

881709



**CENTRO UNIVERSITARIO DEL
ORIENTE DE HIDALGO**



INCORPORADO A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
CLAVE: 8817-09

"GUARDA Y CUSTODIA DE
MENORES"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

MARIA BALDRAMINA ROMERO ALBA

ASESOR: LIC. GUADALUPE LOPEZ BARRERA

TULANCINGO, HGO.

2005

m342487



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

DEDICATORIAS

TETRAGRAMATON

Gracias por todo lo que me has permitido ser, porque en los momentos más difíciles que he vivido a lo largo de mi existencia nunca me has abandonado siempre has estado a mi lado, para protegerme.

A MIS PADRES

A ese hombre maravilloso y a esa mujer admirable que me dieron la vida, que me enseñaron a no dejarme vencer por la adversidad, que en los momentos angustiosos de mi vida siempre han tenido para su hija una palabra de aliento y esperanza y que cuando estaba a punto de caer, ellos siempre me tendieron la mano para evitar mi caída.

A MIS HERMANOS

A esos tres hombres maravillosos que Dios me dio por hermanos porque de ellos sólo he recibido todo tipo de ayuda, palabras de aliento, y de cariño; gracias por quererme tanto y compartir conmigo triunfos y fracasos.

A MI SOBRINO "VLADY"

Por formar parte de mi familia y por compartir momentos dichosos y tristes conmigo.

A TODOS Y CADA UNO DE MIS PROFESORES

Por haber compartido conmigo parte de sus conocimientos.

INDICE

INTRODUCCIÓN

CAPITULO 1

GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES

1.	Guarda y Custodia	1
2.	Antecedentes históricos de la guarda y custodia de menores.....	4
3.	Concepto de guarda y custodia de menores.....	8
4.	Naturaleza jurídica de la guarda y custodia de menores.....	10
5.	Características de la guarda y custodia de menores.....	12
	5.1 General.....	12
	5.2 Especial.....	12
6.	Sujetos activos y pasivos de la guarda y custodia de menores.....	13
7.	Obligaciones dentro de la figura de guarda y custodia de menores.....	13
	7.1 Obligaciones de los sujetos activos.....	14
	7.2 Obligaciones de los sujetos pasivos.....	14
8.	Derechos dentro de la figura de guarda y custodia de menores.....	15
	8.1 Derechos de los sujetos activos.....	15
	8.2 Derechos de los sujetos pasivos.....	16
9.	Modificación, suspensión, pérdida y terminación de la guarda y custodia de menores.....	16
	9.1 Modificación.....	17
	9.2 Suspensión.....	19
	9.3 Pérdida.....	20
	9.4 Terminación.....	20
10.	Guarda y vigilancia del menor.....	21
	10.1 Objeto de este derecho.....	22
	10.2 Sanción en el incumplimiento de la guarda y custodia del menor.....	23
	10.2.1 Conductas antijurídicas.....	24
	a) Sustracción de menores.....	25
	b) Privación ilegal de la libertad de un menor.....	27

10.2.2	Consecuencias de sustracción y/o privación ilegal de la libertad de un menor.....	29
10.2.3	Sanciones aplicadas a las conductas antijurídicas.....	32
	a) Sanción privativa de libertad corporal impuesta a la sustracción y a la privación ilegal de la libertad de menores.....	33
	b) Sanción pecuniaria impuesta a la sustracción y a la privación ilegal de la libertad de menores.....	34
10.3	Carácter del derecho de custodia.....	36
10.4	Incedibilidad de la custodia.....	38
11.	Vigilancia y dirección del menor.....	40
12.	Guarda y custodia compartida de menores.....	41

CAPITULO 2

LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DENTRO DE LA FAMILIA Y SUS INSTITUCIONES

1.	Guarda y Custodia de menores dentro de la familia.....	45
2.	Guarda y Custodia de menores dentro del matrimonio.....	51
3.	Guarda y Custodia de menores dentro del concubinato.....	53
4.	Guarda y Custodia dentro de la unión libre.....	56
5.	Guarda y Custodia de menores dentro del divorcio.....	60
	5.1 Efectos del divorcio.....	62
6.	Guarda y Custodia de menores dentro de la patria potestad.....	66
	6.1 Concepto de patria potestad.....	66
	6.2 Antecedentes históricos de la patria potestad en México.....	69
	6.3 Naturaleza jurídica de la patria potestad.....	71
	6.4 Características de la patria potestad.....	75
	6.5 Sujetos activos y pasivos de la patria potestad.....	77
	6.6 Derechos y obligaciones de los sujetos activos dentro de la patria potestad.....	79
	6.7 Derechos y obligaciones de los sujetos pasivos dentro de la patria potestad.....	81
	6.8 Suspensión, pérdida y extinción de la patria potestad.....	83
	a) Suspensión.....	83
	b) Pérdida.....	84
	c) Extinción.....	84

CAPITULO 3

GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES EN LA LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE HIDALGO

1. Justificación de la adición de un capítulo único de guarda y custodia en el Código Familiar del Estado de Hidalgo.....	87
2. Diferencia que existe entre la guarda y custodia de menores y la patria potestad.....	92
3. La figura jurídica de guarda y custodia con disposiciones legales y concretas independientes de las ya establecidas para la patria potestad.....	94
4. La legislación familiar del Estado de Hidalgo ajustada a derecho para regular las acciones de los ascendientes dentro de la guarda y custodia de menores.....	96
5. En el capítulo único dedicado a la guarda y custodia se establecerán disposiciones específicas de los derechos y obligaciones de los ascendientes en cuanto a la guarda y custodia de los menores.....	98
6. Realidad jurídica y complejidad real de las conductas antijurídicas en la legislación local.....	107
7. Aplicación de sanciones en la Legislación Familiar del Estado de Hidalgo por la comisión de las conductas antijurídicas cometidas dentro de la figura de guarda y custodia.....	112
8. Violencia familiar o doméstica.....	113
CONCLUSIONES.....	117
BIBLIOGRAFÍA.....	121

INTRODUCCION

De los valores que el derecho persigue: el bien común, la paz, el interés general y la justicia; destaca sin lugar a duda la justicia que de antiguo parece ser el valor fundamental y último de todo ordenamiento jurídico actual o pretérito; por eso, la justicia es el principio de la más grande libertad para todos, compatible con un sistema de igualdades para todo el gobernado, en donde sean tratados sin que existan distinciones y especialmente cuando se trate de la aplicación del derecho de familia, el cual representa un grave problema difícil de solucionar en el Estado de Hidalgo, debido a su confusa legislación familiar, así como el gran número de lagunas jurídicas que se aprecian dentro de la misma, las cuales se refieren dentro de este trabajo.

Algunos de los supuestos que se presentan, aparecen dentro de la guarda y custodia de un menor de edad y como todos sabemos este rubro pertenece a la materia familiar, siendo evidente e indudable que surgen problemas entre los ascendientes cuando se trata de guardar y custodiar a sus descendientes menores de edad, muchas de las ocasiones los padres utilizan a los menores para ocasionarle un daño al otro progenitor debido a que la Guarda y Custodia del menor no se encontrara debidamente legislada en la norma jurídica familiar, por lo que se da pauta a que los progenitores transgredan o infrinjan la Legislación Familiar con mucha frecuencia sin que su actuar sea sancionado conforme a derecho.

Tal y como nos podemos percatar dentro la legislación familiar del Estado de Hidalgo no se establecen las bases, los principios, las penas y medidas de seguridad que regulen la guarda y custodia, toda vez que las penas y medidas de seguridad establecidas en el Código Penal del Estado de Hidalgo resultan insuficientes en el momento de sancionar al responsable que atenta contra la estabilidad emocional de un menor de edad.

Como se puede observar es triste enfrentar la realidad jurídicamente hablando de nuestra legislación familiar vigente en la Entidad hidalguense, dadas las lagunas jurídicas que presenta el ordenamiento invocado, y más aún cuando se aborda el tema de guarda y custodia de un menor, por lo que, resulta necesario poner atención sobre dicho tema, es evidente que si existiera una normatividad debidamente legislada se evitaría la confusión que existe actualmente con respecto a quien de los progenitores debe de tener el derecho de guarda y custodia sobre sus descendientes menores de edad, con esto se le quitaría al juzgador la facultad discrecional que le ha conferido el Estado, en lo que respecta a la decisión que toma cuando de otorgar la custodia de un menor de edad se trata y que en la mayoría de las ocasiones lo hace utilizando únicamente su criterio, para dictar resolución sobre el importante y delicado rubro de guarda y custodia de un menor de edad, así como en cierta forma se evitaría que los padres abusen de las facultades que les confiere la ley familiar cuando ejercen la guarda y custodia sobre sus menores hijos .

Así mismo, esta obra contiene orientaciones que es conveniente tomar en cuenta para resolver la crisis que se presenta frecuentemente hoy en día entre los cónyuges cuando éstos deciden separarse iniciando un juicio de divorcio necesario y en donde ambos progenitores, desearían que la resolución del Juez Familiar en cuanto a la custodia de los hijos les resultara favorable, cuando se trata de abordar el delicado tema de la guarda y custodia, cuyo derecho no se encuentra debidamente legislado en el ordenamiento familiar del Estado de Hidalgo es indudable que se tiene que pensar que esta facultad es poco conocida en el ámbito jurídico y que por lo mismo, son contados los progenitores que saben algo sobre tan importante rubro.

Pero que no obstante lo anterior la guarda y custodia de un menor goza de significativa relevancia dentro de la existencia y el buen desarrollo físico, psicológico e intelectual de un menor de edad, ya que si bien es cierto que cuando los cónyuges viven en el mismo domicilio ambos ejercen la guarda y custodia sobre su o sus descendientes, también es cierto que al momento de existir una separación sólo uno de ellos conservará este derecho, surgiendo en este momento la problemática entre los padres quienes se disputan entre si la posesión física o material de sus descendientes.

Lo anterior lo podemos observar cuando los cónyuges que se encuentran unidos por el vínculo jurídico del matrimonio toman la delicada decisión de iniciar los tramites de un divorcio, ya sea necesario o voluntario, o cuando la pareja que vive bajo la institución del concubinato decide separarse, así mismo se aprecian también de una manera objetiva los problemas que existen entre la pareja que vive en unión libre y ésta opta por separarse y tienen que acordar quien de los progenitores custodiará a sus hijos menores de edad, por tanto podemos decir que la inconformidad de los ascendientes aparece independientemente de la situación jurídica bajo la que se encuentren viviendo los padres de los infantes menores de edad sujetos a custodia.

El presente trabajo de tesis reviste una gran importancia dentro del Derecho de Familia, dado que el tema central del mismo es la guarda y custodia de un menor, perteneciendo este sensacional rubro a la materia familiar, cuya figura a todas luces se observa que no se encuentra debidamente legislada dentro del Código Familiar, toda vez que el derecho de guarda y custodia no dispone de un apartado exclusivo, sino que solo se aborda dentro del capítulo de los hijos, dentro de la institución de patria potestad, así como también se encuentra inmerso en el capítulo del divorcio tanto necesario como voluntario, pero en las instituciones referidas se encuentra incluido el derecho de guarda y custodia de forma superficial, aislada e imprecisa, y en donde se observan tantas irregularidades con respecto a la guarda y custodia de un menor de edad .

En materia familiar el juzgador utiliza su criterio para aplicar la norma legal al momento de otorgar la custodia de un descendiente al progenitor que tiene, mínimas probabilidades de poder y querer: cuidar, proteger, educar, orientar y vigilar a sus descendientes menores de edad, todo lo anterior ocasionado por las lagunas jurídicas que presenta el ordenamiento familiar y que por lo tanto al ser aplicada la ley a un caso jurídico, concreto y real de los muchos que se presentan en la sociedad hidalguense, dado que en esta entidad abunda la problemática que se origina dentro del núcleo familiar cuando el grupo que forma una familia se desintegra, surgiendo así la disputa entre los progenitores sobre quien de ellos es más apto para tener físicamente bajo su cuidado a sus

descendientes y de esa manera poder ejercer sobre los mismos el derecho de guarda y custodia.

En el primer capítulo de este trabajo de tesis se analiza concretamente a la guarda y custodia de un menor y dentro de este rubro se expone que el legislador tiene mucho material para poder desarrollar un estudio muy completo sobre el tema central motivo de esta tesis, dando esta investigación pauta a que resalte la importancia de la guarda y custodia de un menor dentro del campo jurídico familiar.

El Derecho interviene y regula las relaciones conyugales y familiares, por tanto el lector encontrará en el presente trabajo de investigación que el tema central se relaciona directamente con el derecho privado civil, en la rama del derecho familiar, dentro del cual la problemática principal es la guarda y custodia de un menor abordando también las figuras de: Familia, Matrimonio, Concubinato, Unión Libre, Divorcio, y Patria Potestad; instituciones propias del derecho familiar, de las cuales existe una íntima relación con la figura jurídica de la guarda y custodia de menores y que conforme se avance en la lectura nos iremos dando cuenta que es necesario tocar todas las figuras jurídicas enumeradas, debido a que todo ser viviente tiene una historia y el ser humano sin historia no es nada, así mismo podemos decir que todo individuo tiene una procedencia y/o un árbol genealógico al cual pertenece y que necesariamente sus ascendientes para tratar de formar una familia vivieron o viven, ya sea bajo el vínculo jurídico del matrimonio, bajo la institución del concubinato o bajo la figura de la unión libre y que dichos rubros conllevan a la institución de filiación, a la institución de patria potestad y lo que es más importante y motivo de este trabajo a la guarda y custodia de un menor de edad.

Para abordar el tema motivo de esta investigación se aplicó el método de investigación documental, así como el método de investigación de campo, acudiendo a pedir información sobre los temas que se abordan en el presente trabajo, con los titulares de las siguientes dependencias a nivel Municipio, a nivel Estado y a nivel Federal: al Desarrollo Integral de la Familia, al Centro de Atención a Víctimas, al Juzgado Familiar del Distrito Judicial de Tulancingo, Hidalgo, al Ministerio Público Federal, así como al del

Fuero Común, a la Procuraduría General de Justicia del Estado de Hidalgo, a la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia, a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, esta última se consultó a nivel Federal, así como también se hizo uso de la bibliografía nacional y extranjera que existe en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la UNAM, en la Biblioteca Central de la UNAM, en la Biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y en la Biblioteca de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, ubicada en la Ciudad de México; con el material obtenido en las instituciones antes mencionadas se recabaron los datos necesarios para la elaboración del presente trabajo de tesis.

CAPITULO I

GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES

1 GUARDA Y CUSTODIA

La guarda y custodia de los menores es una figura de significativa relevancia, que se deriva de los derechos y obligaciones comprendidos en la institución de la patria potestad, la guarda y custodia es un derecho que faculta a uno de los progenitores para cuidar, vigilar, corregir, proteger, educar y representar jurídicamente a los menores de edad, dado que éstos por su incapacidad de ejercicio no pueden comparecer ante un tribunal para efectuar actos jurídicos; así como también el que ejerce la guarda y custodia tiene la atribución de administrar los bienes que posea el menor y proveerle lo necesario oportunamente para que éste pueda subsistir de forma decorosa sin que el menor carezca de lo elemental para poder desarrollarse de acuerdo a lo establecido por la ley. La figura que nos ocupa es tan antigua como la humanidad misma, en tiempos remotos se equiparaba la custodia de una cosa a la de una persona menor de edad.

El derecho de guarda y custodia es muy importante, toda vez que en el buen ejercicio de éste descansa el prospero futuro del menor sujeto a guarda y custodia, por esta razón se debe de tener mayor cuidado de que la persona, que ejerza esta obligación sea un progenitor, un tercero o una unidad pública que demuestren poseer capacidad física, mental, espiritual y moral para poder brindarle al infante todo el cuidado que requiere para su buen desarrollo tanto físico como intelectual, para que el menor sea aceptado dentro de la sociedad, dado que si la persona que ejerce la guarda y custodia

de un niño no tiene un modo de vida honesto, honrado y además gozar de buena reputación, así como de buenas costumbres, sería imposible que guíe la vida del custodiado, dado que para el buen desarrollo de éste resultaría contraproducente vivir al lado de alguien que no se conduce de acuerdo a las normas sociales, morales y jurídicas preestablecidas.

Después de leer la obra de varios doctrinarios extranjeros no se puede concebir que una figura tan importante como lo es la guarda y custodia, a la fecha ninguno de los estudiosos del Derecho de Familia de origen mexicano le hayan dedicado un capítulo exclusivo a tan importante rubro dentro de alguna de sus investigaciones en materia familiar, de igual forma se puede decir que dentro de nuestra legislación familiar vigente tanto en *Materia Federal* como en *Materia Común* la obligación jurídica que nos ocupa no se encuentra reglamentada con disposiciones concretas y precisas, dado que el derecho de guarda y custodia esta contemplado en la legislación familiar del Estado de Hidalgo dentro del apartado de la institución de patria potestad, confundiendo ambas figuras entre sí, ya que algunas personas no saben diferenciar entre lo que es guarda y custodia y lo que es la institución de patria potestad, hecho que para varios integrantes de la sociedad resulta ser injusto, toda vez que es un tema trascendental en la vida del menor de edad, y que si fuera analizado y explorado a fondo, tanto por los doctrinarios como por los legisladores mexicanos tendríamos mucho material sobre este derecho de guarda y custodia, pero en la actualidad los gobernados nos tenemos que conformar con la insuficiente información que existe del derecho de guarda y custodia ya que legalmente podría decirse no se tiene nada sobre tan relevante tema.

No sucediendo lo mismo con los doctrinarios de origen extranjero ni con los legisladores del mismo origen, dado que desde 1921 los españoles ya se preocupaban por la situación del menor de edad y han venido investigando sobre el interesante rubro de guarda y custodia del menor, como podemos constatarlo en sus obras y legislaciones que rigen las acciones de los ascendientes con respecto a sus descendientes menores de edad, pero en México indudablemente los actos antijurídicos de los ascendientes son regidos y sancionados con normas jurídicas inadecuadas y obsoletas de acuerdo a la época que vivimos y a la evolución que ha tenido la sociedad en general, por todas esas

anomalías que se suscitan es impostergable que se adicione y reforme la legislación familiar en el Estado de Hidalgo, para tener un patrón a seguir sobre el derecho de guarda y custodia de un menor de edad.

Cuando hablamos de la figura jurídica de guarda y custodia tendremos que hacer referencia a legislaciones extranjeras, así como a doctrina también de origen extranjero, dado que en nuestro país no se han preocupado los legisladores por establecer penas, bases, principios y medidas de seguridad que regulen de manera explícita este derecho, no obstante que el tema representa un grave problema social de índole familiar difícil de solucionar, ya que es una situación que se da con mucha frecuencia dentro de la sociedad y cada día es mayor el número de familias que desean que a esta figura se le de la importancia que realmente tiene, toda vez, que de el adecuado desempeño de la función de guarda y custodia dependerá que el menor sea una persona productiva cuando éste alcance su mayor edad, así como también es necesario que se legisle debidamente en México tanto en materia federal como en materia común todo lo relacionado a la custodia del menor de edad, debido a que la norma existente presenta demasiada ambigüedad en lo que se refiere a la forma de cómo se debe realizar la custodia de los hijos menores, motivo por el cual es muy frecuente que la autoridad competente en materia familiar cometa errores que en ocasiones resultan ser irreversibles, puesto que dañan la mente infantil ocasionando un problema mayor al hijo que queda bajo la custodia del progenitor menos indicado para ejercer este derecho.

Legalmente es poco lo que se puede hacer en contra del ascendiente que sustrae ilegalmente a un menor sujeto a guarda y custodia cuando el juez le otorga la custodia a alguno de los progenitores, el que la pierde opta por llevarse al hijo que cree le ha sido arrebatado obviamente sin el consentimiento del custodiante del menor, provocando el sustractor con esta situación un desajuste emocional tanto en la persona del menor como en la persona que lo custodia, ya que el padre custodio ignora el lugar al que fue trasladado el menor y éste a su vez extraña el entorno familiar al que estaba acostumbrado y que lo rodeaba hasta antes de ser trasladado ilegalmente a otro domicilio, dado que el progenitor que sustrae al custodiado no siempre lo hace con el propósito de brindarle mejores oportunidades y cuidados, sino que se lo lleva con la

única finalidad de causarle problemas al que ejerce la función de guarda sobre el menor de edad, para posteriormente dejar en manos de otra persona extraña al sujeto pasivo del derecho de guarda y custodia no importándole la suerte que pueda correr el infante.

2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES

El derecho de guarda y custodia tiene su origen en el Derecho Romano, siendo la custodia una diligencia que estribaba en mantener el cuidado necesario para conservar la cosa ajena y en mantenerla constantemente vigilada para que no se fuera a perder, extendiéndose la responsabilidad del deudor hasta los casos fortuitos como el hurto o la huida del depositado, por lo tanto no debemos olvidar que en la legislación romana las mujeres y los menores de edad eran tratados como si hubiesen sido cosas, dado que a las mujeres se les imponía una tutela vitalicia por considerarlas incapaces debido a su sexo; actualmente esta última responsabilidad se ha desechado, adoptando un concepto de "guardián jurídico" que corresponde al poder de corrección siempre que el custodiante, no se encuentre imposibilitado para ejercerlo.

En el derecho español, la Legislación de Matrimonio Civil del 18 de junio de 1870, en su artículo 83 establecía lo siguiente:

La sentencia ejecutoria de divorcio producirá los siguientes efectos:

1.- Quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente. Si ambos fueren culpables, quedarán bajo la autoridad del tutor o curador, que se nombrará con arreglo a las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo los casos comprendidos en el número 2º del artículo 187. No obstante las disposiciones anteriores la madre conservará, en todo caso, a su cuidado a los hijos menores de 3 años hasta que cumplan esta edad, a no ser que expresamente se haya dispuesto de otra cosa en la sentencia.¹

Por lo referido en el dato anterior podemos decir que la legislación española desde hace 134 años ya establecía aunque de manera un poco vaga y confusa quien cuidaría de los hijos menores cuando sus progenitores se estaban divorciando en la

¹ ZANON, Masdeu Luis. *Guarda y Custodia*, pp. 19

actualidad su legislación familiar cuenta con leyes que legislan de manera concreta la facultad de guarda y custodia en lo que se refiere a los hijos menores de edad, partiendo del principio de culpabilidad de los progenitores la cual da origen al juicio de divorcio, con excepción de la edad, sin que la misma sea imperativa para la autoridad judicial.

En el país mexicano fue hasta el año 1917 el nueve de abril cuando Venustiano Carranza expide la *Ley Sobre Relaciones Familiares*, la cual derogó los capítulos y títulos relativos al Código Civil de 1884, en su numeral 44 esta Ley establecía de manera clara y precisa que la mujer era la encargada de la dirección y cuidado de los hijos, así como del gobierno y dirección del hogar, en el Código de 1928 se empiezan a tratar las distintas instituciones del Derecho familiar, pues este Código refería en su artículo 259 de forma precaria los términos del cuidado y custodia de los hijos menores de edad; siendo en las reformas del año 1975 cuando el Código Civil para el Distrito Federal establece la forma que se conoce actualmente sobre el cuidado y el derecho de custodia de los hijos de parejas que enfrentan un proceso de divorcio sin que las lagunas jurídicas que existen en el rubro que nos ocupa se hayan subsanado con dichas reformas, toda vez que a la fecha la legislación familiar no, nos ofrece un patrón a seguir en lo referente al ejercicio del derecho de guarda y custodia.

En nuestra República Mexicana en el año 1967 la Suprema Corte de Justicia de la Nación sustenta la siguiente tesis:

La no existencia de la guarda material de la persona del hijo implica esencialmente la posesión, vigilancia, protección y cuidado del menor y constituye una prerrogativa de la patria potestad; dicha guarda no puede entenderse desvinculada de la posesión material del menor hijo porque tal posesión es un medio indispensable para protegerlo y cultivarlo física y espiritualmente y procurarlo en la satisfacción de todas sus necesidades².

La cita anterior nos refiere que la guarda material del hijo menor constituye una prerrogativa de la institución de la patria potestad, con lo que yo no estoy de acuerdo, así como tampoco comparto ese criterio; como es de notarse, en su origen la figura que nos ocupa abarcaba la obligación de conservar en calidad de depósito al menor hijo

² INSTITUTO, de Investigaciones Jurídicas UNAM. *Diccionario Jurídico Mexicano*, p. 1556

conforme a las instrucciones precisas que se dictaran, por lo tanto a la guarda de hijos se le daba un carácter de depósito o de secuestro judicial y, así de esta manera fijar una nueva situación de los menores dentro del proceso de divorcio, es evidente que desde el año 1967 la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya contemplaba esta figura toda vez que se encuentran datos aislados de lo que implicaba la obligación de guarda y custodia, pero también es importante tomar en cuenta que el tiempo ha pasado y el derecho de guarda y custodia prácticamente no ha sufrido ningún cambio dentro de la legislación mexicana, excepto que actualmente no se considera a la persona sujeta a guarda y custodia como si fuera una cosa, porque en la época moderna aún no se especifican las normas, bases y principios que establezcan la forma concreta en que se ha de aplicar este derecho de guarda y custodia de un menor de edad.

No debemos perder de vista que de la facultad de custodia, tanto en materia federal como en materia común lo poco que tenemos para más o menos darnos una idea de cómo se debe actuar en esta figura lo encontramos de forma dispersa dentro de los apartados de: patria potestad, de los hijos y del divorcio tanto necesario como voluntario, por lo tanto es urgente hacer una adición a la legislación familiar del Estado de Hidalgo en la cual se funden las normas, bases, principios y medidas de seguridad que nos refieran de forma concreta como se debe de realizar la guarda y custodia para que no cometa errores el juzgador cuando se encuentra ante el problema de otorgar a un ascendiente, a un tercero o a una unidad pública la figura jurídica de guarda y custodia de su o sus descendientes, toda vez que en pleno siglo XXI el juez en el problema que surge entre los ascendientes de un menor de edad cuando se trata de ver quien custodiará a éste, se puede decir que la autoridad sólo aplica su criterio y que en ocasiones resulta ser el menos indicado, dado que éste ignora la vivencia que tienen los progenitores en compañía de sus hijos independientemente de la situación jurídica de los padres, y de la facultad discrecional que al juez le otorga el Estado para intervenir en una situación semejante, así mismo cabe mencionar que la autoridad competente en materia familiar no realiza una investigación minuciosa sobre la convivencia familiar para determinar que es lo que más conviene al sujeto pasivo de la guarda y custodia y por lógica cual de los ascendientes debe ejercer la guarda y custodia procurando principalmente el interés del menor de edad.

Es evidente que no existe mucha diferencia entre lo que era, la custodia en la legislación antigua y lo que establece la actual norma legal en lo que respecta a la figura jurídica de guarda y custodia; toda vez que antes y ahora la custodia se refiere a cuidar, vigilar, proteger, educar y corregir los actos del menor, para que su conducta sea la más apropiada dentro de la sociedad en la que se ha de desenvolver y que no sea rechazado por el círculo de amistades de sus progenitores al cual se debe de integrar más tarde o más temprano, en lo que si difiere es únicamente en la modificación de los términos, tal y como lo establece el Diccionario Jurídico el cual se cita a continuación.

En el derecho moderno la responsabilidad de la huida del depositado se ha rechazado, apareciendo un concepto de guardián jurídico que corresponde al poder efectivo de dirección, siempre que el custodiante en virtud de alguna circunstancia de hecho, no se encuentre imposibilitado de ejercerlo, de modo que la repetida responsabilidad solo se conserva parcialmente.³

Es necesario leer detenidamente la cita anterior para formarnos un criterio propio respecto a lo que en realidad es, en la actualidad la obligación de guarda y custodia que tienen los ascendientes con respecto a sus descendientes menores de edad, toda vez que no existen legalmente normas, principios, ni bases que regulen de manera determinada como se realizará esta facultad de vigilancia, protección, cuidado y posesión material o física de los hijos menores de edad, no obstante que la figura de custodia es otorgada por una autoridad competente en materia familiar, y que dicha autoridad debería de cerciorarse cual de los progenitores es el más idóneo para ejercer este derecho de custodiar a los hijos menores, dado que así se evitarían varios problemas que surgen a la hora de que uno de los padres pierde el derecho de custodiar a su menor hijo independientemente del sexo del descendiente, toda vez que es bien sabido por toda la sociedad que cuando uno de los integrantes de la pareja se cree despojado del derecho que le confiere la ley sobre la persona de sus descendientes, éste decide cometer el delito de sustracción de menores y/o el delito de privación ilegal de la libertad en agravio de su pareja y de su o sus descendientes, dado que con esta conducta antijurídica uno resulta ser el ofendido y el o los otros las víctimas, ocasionando con la comisión de cualquiera de los delitos antes mencionados un

³ Ibidem, p. 118

desequilibrio emocional difícil de superar sin proporcionarle ayuda especializada a los sujetos pasivos, todo lo anterior sucede debido a que en pleno siglo XXI aún no existen disposiciones concretas dentro de la legislación hidalguense que regulen el derecho de guarda y custodia.

3 CONCEPTO DE GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES

El significado de las palabras guardar y custodiar, ambos vocablos son de suma importancia en la vida de los menores de edad sujetos al derecho de guarda y custodia, mas sin embargo podría decirse que son contadas las personas que conocen el concepto de la figura de guarda y custodia de un menor de edad, así mismo cabe mencionar que son pocos los progenitores que saben de la existencia de la figura jurídica de guarda y custodia, razón por la cual llegado el momento no se saben defender de las injusticias que comete la autoridad cuando se trata de otorgar la custodia de un descendiente, todo lo anterior debido a que legalmente no se cuenta con normas, principios, ni bases que regulen de manera precisa hasta donde llegan las facultades de la autoridad en el ejercicio de la obligación de guarda y custodia, dado que ésta tiene amplias facultades respecto a como debe actuar frente a dicha obligación.

Supuestamente para que el derecho de guardar y custodiar sea debidamente aplicado en favor de alguno de los ascendientes del menor, al juez de lo familiar el Estado le otorga permiso ilimitado para actuar cuando se trata de otorgar la guarda y custodia de un menor, sin importarle a éste que con su decisión arbitraria afecte el interés del infante, toda vez que a la autoridad no le interesa investigar cual es la verdadera situación que se presenta con la familia en cuestión. "Por lo tanto por guarda de los hijos se entiende en lenguaje jurídico la acción y efecto de cuidar directa y temporalmente a incapacitados con la diligencia propia de un buen padre de familia"⁴. La guarda del hijo, es un medio de protección material y es el elemento de hecho, en casos determinados; la no existencia de la guarda material de la persona del hijo, afecta legalmente y de forma relevante el concepto jurídico de custodia.

⁴ Ibidem, 1555

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado claramente la distinción entre la guarda y custodia del hijo que en casos de divorcio, puede quedar encomendada a uno de los cónyuges, sin perjuicio de que ambos ejerzan la patria potestad. Para el doctor Galindo Garfias el derecho de guarda y custodia es algo muy especial que nos deja bien claro cuales son los alcances de tan importante figura la cual nos define de la siguiente manera.

La guarda del menor hijo, implica esencialmente la posesión, vigilancia, protección y cuidado del menor, y constituye una de las prerrogativas de la patria potestad; dicha guarda no puede entenderse desvinculada de la posesión material del menor hijo, porque tal posesión es un medio indiscutible para protegerlo y cultivarlo física y espiritualmente y procurararlo en la satisfacción de todas sus necesidades.⁵

En parte comparto la opinión del Doctor Galindo Garfias, sobre el concepto de guarda y custodia, en lo que no estoy de acuerdo, es en que, la posesión, vigilancia, protección y cuidado del menor sean una prerrogativa de la patria potestad, toda vez que en la realidad todas y cada una de las obligaciones antes referidas las realiza la persona o institución encargada de ejercer el derecho de guarda y custodia, mas no el sujeto activo de la patria potestad ya que si el custodiantes no tiene la posesión material del menor le resultaría imposible vigilar, proteger, cuidar, educar y cultivar espiritualmente al niño, así como tampoco podría proporcionarle de forma oportuna lo necesario económicamente al menor, para que éste se pueda desarrollar sin ningún problema tal y como está establecido dentro de los derechos del niño.

La cita anterior nos deja ver sin lugar a duda que la persona que se encuentra bajo la custodia o guarda de un ascendiente debe vivir en compañía del custodiantes para que éste a su vez le prodigue todos los cuidados necesarios, vigile el comportamiento del menor y lo proteja, de los peligros que lo asechen. El sujeto que está bajo la guarda y custodia de uno de sus progenitores, de un tercero o de una institución está obligado a vivir en el domicilio de la persona que lo cuida para que el responsable de la custodia pueda darle lo necesario, así como apoyar al menor en todo lo que éste necesite económica y moralmente así mismo poderlo cultivar espiritualmente.

⁵ GALINDO, Garfias Ignacio. Derecho Civil Primer Curso, pp. 701-702

En lo que respecta a la guarda y custodia de los menores de edad en nuestra ley sustantiva vigente en el Estado de Hidalgo, no existe un apartado especial sobre el tema que nos ocupa, que contemple las bases, principios y medidas de seguridad que se deben aplicar al sujeto que viole el derecho de guarda y custodia, la ley antes mencionada simplemente se limita a hablar de esta figura de manera general y aislada, en los capítulos que se refieren a los hijos, al divorcio y a la institución de patria potestad en determinados numerales, como son los artículos 118; 128, Fracción IV; 132, Fracción IV; 224; 249; 250 y 277, los anteriores numerales se encuentran establecidos en el Código Familiar del Estado de Hidalgo.

Es evidente que en México y principalmente en el Estado de Hidalgo el Derecho Positivo no establece un capítulo único que hable exclusivamente de la figura jurídica de guarda y custodia de los menores, no obstante ser un tema de suma importancia, dado que, en el buen ejercicio de este derecho se podría garantizar la adecuada formación y un futuro brillante de los hombres y las mujeres del mañana, toda vez que el custodiante debe de tener mucho cuidado al realizar la función de la guarda y custodia sobre el menor y en el caso de que no lo hiciere así, que la autoridad competente en materia familiar sancione a éste sin importar si existe parentesco entre los sujetos; activo y pasivo de esta facultad.

4 NATURALEZA JURÍDICA DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES

El tema de naturaleza jurídica de guarda y custodia le permitirá a los progenitores conocer la esencia de esta figura, así como establecer la importancia de la misma; para ello es necesario explorar el entorno de guarda y custodia para darnos cuenta que es en realidad este derecho jurídicamente hablando, dado que al conocer su naturaleza jurídica se delimitarán todos y cada uno de los derechos que tienen los sujetos de esta obligación pero como se ha venido diciendo de este rubro, es un poco difícil establecer su naturaleza jurídica, toda vez que no se cuenta con el material bibliográfico suficiente en el ámbito legal que nos diga concretamente de que manera se ejercerá el derecho de guarda y custodia, el ámbito doctrinal se encuentra en iguales circunstancias, pese a lo anterior trataré de aportar algo que beneficie a la sociedad en general ya que creo que

nadie esta exento de enfrentar un problema de guarda y custodia de menores, dado que todo individuo en algún momento de su vida optará por formar una familia ya sea a través del parentesco consanguíneo o del parentesco civil (adopción).

Para algunos estudiosos del derecho la guarda y custodia es un derecho, una facultad, una obligación mientras que para otros la guarda y custodia es una figura jurídica y la Suprema Corte de Justicia de la Nación la contempla como una figura jurídica o como un derecho. Para el Profesor Galindo Garfias la guarda y custodia "es un "derecho" que implica vigilar la conducta del menor de edad sujeto a patria potestad vinculándose con la educación del mismo y con la obligación del menor de no abandonar la casa de los ascendientes".⁶

Aludiendo a lo que reza la cita anterior mi opinión respecto a la naturaleza jurídica del derecho de guarda y custodia es la siguiente: yo contemplo a la guarda y custodia como un derecho, debido a que el ascendiente tiene la facultad de vigilancia, protección, cuidado y posesión de los menores que se encuentren bajo su cuidado; así mismo la veo como una obligación, toda vez que los progenitores están moral y legalmente obligados a proporcionarles a sus descendientes todo lo necesario tanto económica como espiritualmente para poder lograr el adecuado desarrollo del menor, claro que no hay que perder de vista que existen muchos progenitores que no desean tener ningún tipo de obligación con respecto a sus descendientes y los abandonan totalmente a su suerte, olvidándose de que han procreado uno o varios hijos con su pareja independientemente de la situación jurídica en que haya convivido ésta, tan es así que por eso en nuestro país existen muchos niños de la calle que no cuentan con el apoyo ni moral y mucho menos económico de sus progenitores situación que orilla a los menores a tomar una decisión respecto a sus actos terriblemente equivocada como es: drogarse, alcoholizarse, prostituirse y finalmente delinquir o robar para poder costearse todos esos vicios que económicamente resultan ser de un alto costo.

⁶ *Ibidem*, 701

5 CARACTERÍSTICAS DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES

Es necesario saber y conocer que como todas las instituciones jurídicas, así como todas las figuras jurídicas cuentan con sus propias características el derecho de guarda y custodia tiene las propias, que a continuación se desglosan según se deriven ya sea de una facultad natural o de una facultad legal, misma que es impuesta al sujeto activo de la guarda y custodia por una autoridad competente en materia familiar.

5.1 GENERAL

Tratándose de la característica general “se está ante la presencia de una atención ilimitada”⁷, por lo que el guardador siempre deberá actuar con plenitud de facultades y obligaciones, las cuales son: posesión, vigilancia, protección y cuidado del menor sujeto al derecho de guarda y custodia; mientras dichas facultades y obligaciones no le sean expresamente prohibidas por la persona que le confirió el cargo o por la ley, dado que si, así fuera el activo tendría que acatar la orden dada, por una autoridad competente en materia familiar y que conozca la situación del caso en particular.

5.2 ESPECIAL

Cuando se está ante una característica especial “el control se debe restringir a los fines que determinaron la necesidad de la medida ordenada”⁸, sin que el sujeto activo de la figura jurídica de guarda y custodia se tome una atribución que no le corresponde desempeñar, dado que si éste va más allá de lo que le fue encomendado y permitido ya no estaríamos frente a una guarda y custodia especial sino legalmente sería ésta de carácter general, así mismo cabe mencionar que la guarda y custodia puede ser de índole provisional o de carácter definitivo según el tiempo que dure la encomienda hecha al custodiante, y que este debe cumplir de acuerdo a lo que establezca la autoridad competente en materia familiar que conozca del caso en particular.

⁷ Diccionario Jurídico Mexicano, p. 1557

⁸ *Ibidem*, 1557

6 SUJETOS ACTIVOS Y PASIVOS DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES

En lo que respecta a los sujetos de la guarda y custodia nos referimos exclusivamente al sujeto activo (ascendiente, tercero o institución) que son quienes pueden realiza la custodia del menor, y al sujeto pasivo (custodiado). Se entiende por sujeto activo de la figura jurídica de guarda y custodia quien tiene la obligación de convivir, cuidar, proteger, así como vigilar las ocupaciones y conducta del menor y educar de manera adecuada y completa incluyendo la moral y la religión del menor. Y por sujeto pasivo se entiende que es aquél menor que se encuentra bajo el cuidado y vigilancia de quien ejerce la función o realización de la guarda y custodia, quien está obligado a permanecer en el domicilio del sujeto activo de acuerdo a lo que opina Pérez Martín, los sujetos de la guarda y custodia son con carácter exclusivo:

La madre, el padre, existe también reparto entre los progenitores de la guarda y custodia de los distintos hijos, así como también se puede atribuir la guarda y custodia a un tercero o a una entidad pública. Los sujetos pasivos son los menores de edad sujetos al derecho de guarda y custodia.⁹

De acuerdo a lo que refiere la cita anterior indudablemente los sujetos pasivos y activos de la figura jurídica de guarda y custodia vendrían siendo los mismos que los sujetos de la institución de la patria potestad, con excepción de que tratándose del sujeto activo de la guara y custodia tiene ingerencia una entidad pública por ejemplo el (DIF) y cuando hablamos de sujeto pasivo dentro del derecho de guarda y custodia nos referimos exclusivamente al menor de edad.

7 OBLIGACIONES DENTRO DE LA FIGURA DE GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES

Hablando de las obligaciones que tienen los sujetos tanto activos como pasivos dentro de la función de guarda y custodia, nos referimos a las acciones de los sujetos, a la forma en como se debe realizar el derecho de guarda y custodia y a la modalidad del

⁹ PÉREZ, Martín Antonio J. Derecho de Familia, p. 631

comportamiento del sujeto pasivo que en este caso sería el menor, en primer término nos ocuparemos de las obligaciones del sujeto activo que son las siguientes de acuerdo a lo que nos refiere el Profesor Chávez Asencio dentro de su tratado la Familia en el Derecho.

7.1 OBLIGACIONES DE LOS SUJETOS ACTIVOS

Las obligaciones del ascendiente, tercero o entidad pública "son convivir, proteger, vigilar, y educar al sujeto pasivo para lograr así el desarrollo físico e intelectual del menor que tiene bajo su cuidado"¹⁰ no olvidando el sujeto activo de esta facultad las limitaciones que tiene para ejercer el derecho de guarda y custodia así como tampoco debe de olvidar la modalidad de la figura ya sea que se trate de una custodia general o de una custodia especial, dado que no se deben confundir ambas modalidades entre sí ya que esto le ocasionaría al sujeto activo un conflicto de usurpación de facultades situación que no debe suceder por ningún motivo.

7.2 OBLIGACIONES DE LOS SUJETOS PASIVOS

Cuando se trata de hablar de las obligaciones de los sujetos pasivos del derecho de guarda y custodia hay que dejar bien claro todas y cada una de las obligaciones que tienen los menores con la persona encargada de realizar la facultad de guardar y custodiar al menor sujeto a este derecho, dado que resulta muy cómodo para los infantes pensar que solamente gozan de derechos que pueden hacer valer pero nunca se detienen a observar las obligaciones que por lógica deben de tener para con la persona encargada del ejercicio de la guarda y custodia. "El menor está obligado a vivir bajo el mismo techo que el custodiante, a no abandonar el domicilio, a obedecer al sujeto activo y a cooperar dentro de sus posibilidades en los quehaceres del hogar".¹¹ De acuerdo al dato anterior ambos sujetos del derecho de guarda y custodia tienen varias obligaciones que deben observar y cumplir tal cual para una mejor realización del derecho de esta obligación.

¹⁰ CHÁVEZ, Asencio Manuel F. *La Familia en el Derecho*, pp. 289 y 297

¹¹ *Ibidem*, 297

8 DERECHOS DENTRO DE LA FIGURA DE GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES

Cuando nos referimos a los derechos que tienen los sujetos activos de la figura de guarda y custodia la cual es otorgada por una autoridad competente dentro de la materia familiar aunque ésta sea decretada de forma injusta, dado que legalmente no existen bases ni principios establecidos dentro de la legislación hidalguense que puedan servir de patrón a seguir para ejercer dichos derechos, así como tampoco en materia federal se encuentra una norma legal que regule de manera particular los derechos que se supone tienen los sujetos activos y los que tiene el sujeto pasivo de la figura jurídica de la guarda y custodia los cuales mencionamos a continuación de forma detallada.

8.1 DERECHOS DE LOS SUJETOS ACTIVOS

Al mencionar al sujeto activo de la guarda y custodia tenemos que hacerlo en forma plural dado que lo mismo puede ser un ascendiente, un tercero o una institución pública, a quien le sea encomendado el ejercicio de esta facultad de guardar y custodiar al menor siendo sus derechos los siguientes, "El sujeto activo tiene derecho a que se le respete en su persona y en su intimidad, a exigir la posesión física del custodiado, a ser obedecido y respetado en cuanto a lo que le ordene al sujeto pasivo".¹² Tomando en cuenta lo que refiere la cita anterior es muy justo que al sujeto activo de la guarda y custodia se le otorguen estos derechos, dado que de no poder contar con el respeto, la posesión física, y la obediencia del menor resultaría imposible llevar a cabo el ejercicio de la figura jurídica en cuestión ya que un custodiado fuera del alcance del custodiante difícilmente podrá ser educado dentro de las reglas de urbanidad exigidas por la sociedad y el derecho, cuyas reglas deben ser aplicadas de manera apropiada en beneficio de la educación del menor, así mismo un sujeto pasivo irrespetuoso y desobediente jamás se dejará guiar, educar y corregir por el sujeto activo del derecho de guarda y custodia.

¹² Ibidem, 297

8.2 DERECHOS DE LOS SUJETOS PASIVOS

Al referirnos a los derechos del sujeto pasivo de la figura de guarda y custodia debemos de tener mucho cuidado, toda vez que el menor siempre estará buscando la manera de exigir que tales derechos le sean respetados sin tomar en cuenta las obligaciones que tiene para con el sujeto activo, por tal razón se le debe hacer saber al menor de todos y cada uno de sus derechos pero también de todas las obligaciones a las que está sujeto por su condición de custodiado, "es un derecho del menor pedir que lo cuiden, protejan, vigilen, eduquen, respeten en su persona y en su intimidad, se le satisfagan sus más elementales necesidades y a recibir un buen ejemplo del sujeto activo"¹³, es evidente que si no son respetados por el sujeto activo todos y cada uno de los derechos del menor mismos que le confiere la Carta Magna, así como la Comisión Nacional de Derechos Humanos éste se sentirá defraudado por la persona encargada del ejercicio de la guarda y custodia y finalmente puede pedir el auxilio de la autoridad competente que haya conocido del caso a lo cual también tiene derecho.

9 MODIFICACIÓN, SUSPENSIÓN, PÉRDIDA Y TERMINACIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES

Cuando hablamos de la modificación, suspensión, pérdida y terminación de la figura jurídica de guarda y custodia tendremos que remitimos a legislaciones extranjeras, dado que en nuestro país no se ha preocupado la autoridad en materia federal y mucho menos, la de la materia común por establecer penas, bases, principios y medidas de seguridad que regulen de manera clara y coherente este derecho, no obstante que el tema representa un grave problema familiar, así como social difícil de solucionar, dado que es una situación que se da con frecuencia dentro de la sociedad y cada día es mayor el número de padres de familia que desean que a esta figura se le de la relevancia que realmente tiene, ya que si existe un adecuado desempeño de la función de guarda y custodia cabe la posibilidad que el menor sea una persona con principios sólidos, bases y reglas morales inquebrantables que le permitan desenvolverse dentro de la sociedad cuando éste alcance su mayor edad y aún cuando sea un niño, por todo

¹³ *Ibidem*, 297

lo anterior es urgente que en México se legisle debidamente tanto en materia federal como en materia común todo lo relacionado a la custodia del menor de edad.

9.1 MODIFICACIÓN

Tratándose de la modalidad de modificación de la guarda y custodia de un menor, es necesario que el juez tome en cuenta varias situaciones que se presentan en la convivencia entre los sujetos de la figura jurídica de guarda y custodia, dado que es posible que se solicite la modificación por un simple capricho, ya sea del custodiado o de la persona que pretende ejercer el derecho de custodia en un futuro no lejano, argumentando situaciones inexistentes que según él se presentan entre el custodiante y el menor sujeto a este derecho. Por todo lo anterior no obstante que el juez familiar tiene amplias facultades para intervenir utilizando su facultad discrecional, éste debería cerciorarse de que en verdad sean ciertas todas y cada una de las quejas expuestas ante él, dado que si no fuere así se estaría cometiendo una equivocación irreparable por lo tanto la autoridad debe investigar sobre la veracidad de los argumentos que se utilicen para solicitar la modificación del derecho de guarda y custodia con la finalidad de proteger más que nada el interés del menor evitándole así una nueva experiencia que posiblemente resultare perjudicial dentro de su formación, ya que existe la posibilidad de que las desavenencias que surgieren entre los sujetos sean subsanables con el sólo hecho de entablar conversación con cada uno de los implicados en la figura de guarda y custodia sin tener que llegar a los extremos de modificar la figura que nos ocupa.

Para el doctrinario Pérez Martín la modificación de la guarda y custodia se debe autorizar cuando:

Se alteren sustancialmente las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento de dictarse la sentencia.

- a) Que el cambio resulte beneficioso para el menor. Siendo ésta la más importante ante una solicitud de cambio de guarda y custodia, puesto que no es conveniente intentar experiencias nuevas, si los menores se encuentran adaptados adecuada y satisfactoriamente con la actual convivencia, por lo que en ocasiones bastará con requerir

al progenitor custodio para que subsane las posibles deficiencias que puedan haberse cometido en el desempeño de esta función.

b) Que quede acreditada la incapacidad del progenitor que tiene actualmente la guarda y custodia, o que le produzca perjuicios a los menores.

c) Que quede acreditada la capacidad del progenitor que solicita el cambio para asumir las funciones de guarda y custodia.

d) Audiencia de los hijos mayores de doce años, de los que tengan juicio suficiente, ya que si se pretende un cambio de custodia, es evidente que los hijos pueden ofrecer al juez una visión de los hechos que contribuya al dictado de una resolución que se ajuste a la realidad, más sin embargo la sola voluntad del menor no puede ser la única base para alterar el estatus actual.

e) El juez ordenará la práctica de la prueba psico-social por el equipo adscrito a los Juzgados de Familia, antes de proceder a un cambio de custodia. La fase de prueba es uno de los periodos más importantes de todo el proceso por la trascendencia de las actividades que en él se realizan.¹⁴

Por los datos que nos ofrece el estudioso del derecho de familia citado es evidente que el juez debe investigar minuciosamente las razones que esgrime la persona, que desea que se modifique la figura de guarda y custodia del menor, dado que se deben demostrar todas y cada una de las causas que dan origen al problema que se desea subsanar en el ejercicio de la custodia; por otra parte nos damos cuenta que a nuestra legislación familiar le hacen falta las normas, las bases y los principios que regulen el derecho de guarda y custodia, así mismo es necesario que los legisladores dediquen más tiempo a la lectura, dado que, así descubrirán y entenderán las carencias jurídicas que observa la ley familiar mexicana tanto en materia federal como en materia común, da pena y tristeza observar que en México nuestra norma legal familiar sufre un atraso no de años, sino que estamos hablando de más de un siglo, ya que al leer la norma legal actual nos percatamos que ésta es una fiel copia de la legislación de 1870, razón que origina que al buscar solucionar un problema con la ley en la mano lo único que hacemos es agravar más la situación, dado que nuestro derecho positivo antiguo fue creado de acuerdo a la época y necesidades que se vivieron en ese momento, pero hay que pensar que el ser humano dentro de la sociedad que se desenvuelve ha venido evolucionando día con día, cosa que no ha sucedido con la norma legal, misma que se

¹⁴ PÉREZ, Martín Antonio J. op., cit., pp. 631-633

debe de aplicar a los gobernados cuando transgreden una ley, cuya ley no ha sufrido cambio, adición, reforma o modificación con el propósito de actualizarla no obstante la inconformidad del ciudadano.

9.2 SUSPENSIÓN

La suspensión de guarda y custodia quiero pensar que se efectúa en condiciones similares a como se suspende la institución de patria potestad, toda vez que esta da origen al derecho de guarda y custodia y como en la Ley Familiar no hay nada específico respecto a la suspensión de guarda y custodia, es por eso que, es urgente que a la figura de guarda y custodia le sea asignado un capítulo único dentro de la legislación familiar hidalguense que verse de manera clara, concreta y precisa sobre las bases y principios que se deben observar al ejercer el derecho de guarda y custodia, toda vez que es un tema que se encuentra incluido en el Capítulo Vigésimo Cuarto del Código Familiar del Estado de Hidalgo dentro del apartado de la institución de patria potestad, así como en el capítulo del divorcio y en el de los hijos; siendo esto una situación que nos obliga a imaginarnos de manera arbitraria lo que se puede hacer y lo que no se debe realizar actuando prácticamente de acuerdo a la moral o a la costumbre, ya que los legisladores no le han dedicado a este rubro el debido cuidado y tiempo para crear un ordenamiento que sea aplicado a la custodia de un menor, dado que sin una legislación apegada a derecho no se puede hacer gran cosa para solucionar los problemas que se originen entre los progenitores cuando solo uno de ellos ejerce la facultad de guardar y custodiar a su o sus descendientes menores de edad.

Por lo referido anteriormente que los legisladores, así como la autoridad competente en materia familiar, expliquen en donde queda la autonomía del derecho de familia en el Estado de Hidalgo, si todo el sistema jurídico hidalguense se recrea vanagloriándose y pregonando tal autonomía, tan es así que el Estado de Hidalgo cuenta con una legislación familiar independiente del derecho civil, pero dicho ordenamiento es muy confuso en lo que respecta a la obligación y/o derecho de guarda y custodia motivo de esta tesis.

9.3 PÉRDIDA

Tratándose de la pérdida de la figura jurídica de guarda y custodia diremos que este derecho se puede perder por varias razones que a juicio del Juez Familiar perjudiquen al custodiado y que pudieran ser las siguientes y se mencionan en sentido figurado, toda vez que esto no está establecido por la norma jurídica familiar dado que esta carece de preceptos que se pudieran aplicar a tan importante figura, tal y como lo es la guarda y custodia de un menor de edad:

a) Si el que ejerce la función de guarda y custodia es condenado a perder este derecho y que esta pena sea decretada por una autoridad competente en materia familiar.

b) Pudiera perderse también si el que realiza esta acción fuese condenado por delitos graves.

c) El custodiante podría perder este derecho cuando su conducta resultare un mal ejemplo para el menor.

d) Cuando el sujeto activo de la custodia abandonare al sujeto pasivo por más de seis meses, sin que medie causa justificada para ello podría solicitarse la modificación de la guarda y custodia.

e) Porque el custodiante cometiere delitos dolosos en contra de la persona menor de edad que tiene bajo su cuidado.

Es evidente que si el que ejerce la función de custodia quiere conservarla tiene que cuidar cada una de sus acciones al realizar el derecho de guarda y custodia otorgado por autoridad competente en materia familiar, dado que si su forma de actuar para con el menor de edad no es la adecuada la misma autoridad que le otorgó la facultad le condenará a la pérdida del ejercicio de dicha figura.

9.4 TERMINACIÓN

Cuando hablamos de la terminación del derecho de guarda y custodia por lógica tenemos que pensar en que el custodiado ya no necesita ser cuidado por el sujeto activo

de esta figura jurídica y de acuerdo a lo que establece el Diccionario Jurídico la guarda y custodia se termina por varias razones que a continuación se exponen:

- a) Muerte de los afectados.
- b) Vencimiento del plazo prefijado.
- c) Haberse concluido la institución de patria potestad o tutela que le dio origen.
- d) Resolución judicial dictada en incidente por el cual se acredite la inconveniencia de la medida.¹⁵

Después de leer el dato que nos ofrece la cita anterior nos debe de quedar bien claro que para que la función de la figura de guarda y custodia de un menor se termine tiene que existir una razón muy poderosa e irremediable de lo contrario el ejercicio de la custodia no sufrirá alteración, así como tampoco se podrá dar por concluido, sin que medie razón suficiente para ello, toda vez que no se puede extinguir el derecho de guarda y custodia de un menor por un simple capricho de alguno de los sujetos que intervienen en esta figura jurídica, no obstan que la norma legal familiar no contemple los pasos y el método a seguir para hacer valer esta facultad de guardar y custodiar a un menor de edad.

10 GUARDA Y VIGILANCIA DEL MENOR

Empezaremos por definir que es la palabra vigilancia, dado que si hablamos de *vigilar* es necesario conocer el significado de este vocablo. **Vigilancia** es velar sobre una persona o cosa o atender cuidadosamente de ella. Después de leer la definición de la palabra vigilancia y si la aplicamos a la vigilancia de un menor es obvio que esta es una labor que se debe de realizar, poniendo el sujeto activo de la custodia especial cuidado en la conducta que observe el sujeto pasivo ya que si no es así el menor de edad es muy fácil y probable que se desvíe de la meta que el sujeto activo se fija con respecto a como tiene que educar al infante, al aceptar la obligación de vigilar, cuidar y proteger al custodiado, puesto que debido a su corta edad éste comete todo tipo de errores y equivocaciones comportándose inadecuadamente sin tomar en cuenta las reglas de urbanidad que impone el Estado y la sociedad a todo individuo para

¹⁵ Diccionario Jurídico Mexicano, op., cit., p. 1558

comportarse de forma conveniente en los distintos lugares en que éste se a de presentar ya sea de manera pública o privada dentro del domicilio establecido por el custodiante, en el cual se ejerce el derecho de guarda y custodia.

En lo que se refiere al párrafo anterior, nos percatamos que el legislador cometió una terrible equivocación al plasmar en la norma familiar del Estado de Hidalgo en su numeral 253 que la obligación del sujeto activo consistente en cuidar, educar y vigilar de la persona y bienes del sujeto pasivo forman parte de la institución de la patria potestad, tan es así que dichas obligaciones no las puede realizar alguno de los padres o abuelos que ejerzan la patria potestad sobre el menor cuanto éste no viva al lado de alguno de aquellos, de lo anterior se deduce que las obligaciones mencionadas en este párrafo forman parte única y exclusivamente del derecho de guarda y custodia y para que no exista lugar a duda definiré la palabras: *Cuidar* que quiere decir; asistir, guardar, conservar de manera responsable y segura al menor. *Educar*, que significa; dirigir, enseñar, encaminar, desarrollar las facultades intelectuales y morales del infante sujeto a custodia. *Vigilancia*, que es; velar sobre una persona o atender cuidadosamente de ella. Así mismo explicaré la palabra *Proteger*, cuyo significado es; amparar favorecer, defender y resguardar al menor de un posible daño o peligro que lo aseche.

10.1 OBJETO DE ESTE DERECHO

Es de suma importancia conocer el objeto del derecho de guarda y custodia de un menor de edad para saber cuales son las facultades, así como las limitaciones que implica tal obligación, no olvidando que la custodia de un descendiente implica el derecho que tiene el menor a, habitar en la casa de los padres, del tercero o en el domicilio de la Unidad Pública que lo tenga bajo su cuidado para que éstas a su vez puedan vigilar, cuidar, educar y proteger al sujeto pasivo del derecho de guarda y custodia, las tres personas encargadas de la custodia del menor, pueden obligarlo a que habite con ellas y de ser posible hacerlo regresar en el caso de que la criatura se ausente del domicilio preestablecido por alguno de los custodiantes, esto puede ser con ayuda de la fuerza pública si es necesario, toda vez que el hijo menor de edad no emancipado no tiene derecho para abandonar el domicilio de la persona que lo guarda y

custodia, dado que si no se tiene al menor físicamente no se podrá cumplir con el objetivo del derecho, salvo cuando cumpla la mayoría de edad será el momento de que éste se valla a vivir al lugar que más le parezca.

Por lo anterior al menor de edad sujeto a guarda y custodia se le imputa como domicilio, el de la persona que lo cuida, dado que el infante no puede tener otra ubicación diferente a la residencia del sujeto activo de la figura de guarda y custodia ya que convivir con el custodiantes es un derecho que tiene el menor de edad sujeto a esta facultad otorgada por una autoridad competente en materia familiar, porque no se concibe de otro modo, debido a que no es posible ejercer el derecho de guarda y custodia a distancia es decir que el custodiantes viva en el centro de la República y el custodiado viva en Cancún por ejemplo, pues resulta ilógico pensar que estando separados los sujetos activo y pasivo de este derecho se pueda cumplir con el objetivo que implica el derecho de guarda y custodia por tanto ambos deben vivir en el mismo domicilio y bajo el mismo techo para que el menor sea cuidado, educado protegido y vigilado por el que tienen la obligación de realizar dichas facultades.

10.2 SANCIÓN EN EL INCUMPLIMIENTO DE LA GUARDA Y CUSTODIA DEL MENOR

Es menester del sujeto activo de la figura de guarda y custodia conocer y entender esta disposición de sancionar a la persona que viola el derecho que nos ocupa, toda vez que en muchos casos esta acción antijurídica de alguno de los ascendientes queda impune porque el que tiene el ejercicio de la figura jurídica de guarda y custodia no sabe reclamar sus derechos ante la autoridad correspondiente o ni siquiera sabe que el Estado le confiere dicha facultad de petición la cual estriba en denunciar el delito del cual ha sido objeto cuando el ascendiente que no tiene el derecho de guarda y custodia se roba al menor o lo detiene en contra de la voluntad de la persona que lo custodia, ésta tiene derecho a reclamarlo judicialmente y puede ejercitarse en contra de cualquier persona en cuyo poder se encuentre el menor, de esta manera la persona que haya sustraído al chico podrá ser condenada a pagar el daño moral ocasionado al ofendido y a la víctima, según la legislación penal vigente en el Estado de Hidalgo.

Es prudente mencionar que lo anterior se debe a que en nuestro derecho positivo en materia familiar no se establece ninguna norma que sancione debidamente a la persona que sustrae o priva ilegalmente de su libertad a un menor de edad sujeto a guarda y custodia, tan es, así que en pleno siglo XXI la legislación familiar se encuentra prácticamente igual que hace cinco décadas, cosa que aunque nos parezca extraño es verdad, dado que los encargados de legislar no se han detenido a examinar minuciosamente el derecho familiar, tanto en la materia federal como en la materia común ambas tienen un retraso de cincuenta años. Amen de lo anterior encontramos en el Código Penal para el Estado de Hidalgo; algunas sanciones que se aplicarán a los ascendientes que transgredan el derecho de guarda y custodia, y que a continuación se abordan.

10.2.1 CONDUCTAS ANTIJURÍDICAS

Al hablar de conductas antijurídicas cometidas en contra de la guarda y custodia de menores, nos estamos refiriendo a los delitos de *Sustracción de Menores* y de *Privación Ilegal de la Libertad*, dado que en fecha muy reciente la prevaricación de sustracción de menores fue equiparada a la de privación ilegal de la libertad, por un decreto expedido por el H. CONGRESO DEL ESTADO DE HIDALGO, en el mes de enero del año 2002, ya que antes de esta fecha eran dos delitos muy distintos y por lo mismo sancionados de manera diferente; dejando así desprotegidos los intereses del menor y los de el ofendido, actualmente el poder público tutela los derechos tanto del infante el cual resulta ser la víctima de alguno de los delito antes referidos, así como los derechos del agraviado u ofendido que es quien tiene al menor de edad bajo su cuidado ejerciendo en éste la guarda y custodia y que cuyo derecho resulta lesionado al momento de que un ascendiente sustrae o priva ilegalmente de su libertad ambulatoria al sujeto pasivo de la figura de guarda y custodia.

Los delitos de sustracción, y de privación ilegal de la libertad de un menor de edad, son ilícitos que con mucha frecuencia se cometen en contra de la víctima y del ofendido de guarda y custodia de menores, cuyas conductas antijurídicas son realizadas principalmente por los ascendientes de un menor de edad, es menester analizar cada

una de ellas, para poder comprender la necesidad de la creación de normas jurídicas independientes que regulen sobre guarda y custodia de menores dentro de la legislación familiar.

a) *Sustracción de menores.*- consiste en el apoderamiento y retención de un menor de edad por otra persona, sin el consentimiento de ambos padres o por uno de los padres sin el consentimiento del otro progenitor el cual ejerce el derecho de guarda y custodia sobre el menor, siempre que no exista una resolución judicial que le otorgue este derecho al agente activo del delito, así mismo se considera sustracción de menores el traslado de un menor de su lugar de residencia sin el consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente, o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia, así como la retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.

Por *SUSTRACIÓN DE MENORES* nuestro derecho positivo refiere: “al que sin el consentimiento de quien legítimamente tenga su custodia o guarda, sustraiga o retenga a un menor de doce años sin tener con éste relación familiar o de parentesco”.¹⁶ Desprendiéndose del concepto antes citado, que el delito de sustracción reviste dos modalidades que a continuación se abordarán de manera concreta:

En primer lugar hablaremos de la *sustracción nacional*, este tipo de sustracción se origina cuando el menor sujeto a guarda y custodia es arrancado del domicilio en donde habitualmente vive y convive en compañía de la persona encargada de ejercer sobre él la función de custodiante, para ser llevado a otra ciudad o pueblo dentro del territorio de la República Mexicana, con la finalidad de establecer un nuevo domicilio en el lugar elegido por la persona que lo sustrajo ilícitamente, de esta manera el infante inicia forzosamente una nueva vida, la cual en ocasiones presenta un futuro incierto ya sea porque la persona que sustrae al menor no lo hace con el fin de mejorar la existencia de éste o porque en ocasiones aunque quisiera no le es posible proporcionarle lo indispensable al pequeño, para su buen desarrollo tanto físico como intelectual; así mismo el sujeto pasivo del delito presenta un trastorno psicológico

¹⁶ Código Penal. p. 82

debido a que es separado de su entorno físico y social, de esta forma podemos observar que los menores se ven obligados a trabajar a muy temprana edad para poder subsistir, dado que la persona que los sustrajo de su domicilio cuando descubre el inconveniente que representa su acción, los abandona al darse cuenta que no puede tenerlos a su lado debido al problema que implica su acto, y que dicho problema es tanto económico como, de tiempo y atención, que debe prodigarle al menor y que en su momento no lo contempló el sujeto activo del delito de sustracción de menores; o en ocasiones a menudo se observa que dichos menores son alcohólicos, drogadictos, se prostituyen o son delincuentes, surge también el problema con el ascendiente que le arrancan violentamente a su menor hijo ocasionándole un desequilibrio tanto emocional como físico.

En segundo término trataremos lo referente a la ***sustracción internacional***, esta clase de sustracción se presenta cuando un menor, sujeto a guarda y custodia es sacado por un ascendiente del domicilio en donde radica con la persona que realiza la función de custodiante, y es trasladado a otro país es decir fuera del territorio nacional, con la finalidad de que el menor viva en el extranjero en compañía del sujeto activo, o en ocasiones el pequeño es abandonado por la persona que lo sustrajo ilícitamente del lugar en el que habitualmente se encontraba conviviendo con la persona que lo tenía bajo su cuidado, provocando en ésta la incertidumbre ocasionada por desconocer el paradero del custodiado, dado que en ocasiones nunca se vuelve a saber de éste, y en la mayoría de los casos pasan muchos años sin que se tenga noticias del menor, creciendo éste sin el cariño y los cuidados que necesita y que le podría proporcionar alguno de sus ascendientes o ambos.

Por todo lo narrado en el párrafo anterior es muy común que el infante adquiera otras costumbres, aprenda otro idioma y lógicamente olvide todo lo que lo rodeaba, hasta antes de ser trasladado al extranjero, así como también se corre el riesgo de que el menor crezca siendo un niño de la calle convirtiéndose en un delincuente, drogadicto o que se prostituya a muy temprana edad, dado que es por todos conocido que en cualquier país del mundo todos esos vicios existen aunque en algunos más que en otros y que nadie está exento de caer en las garras de alguno de ellos, o de todos a la

vez y que además, si el infante no tiene a alguien que le brinde un apoyo tanto económico como moral es presa fácil de las personas que se dedican a comerciar con los niños, toda vez que los pequeños son los seres más vulnerables que hay sobre la tierra, la sustracción internacional se encuentra tipificada en el artículo número 366 *QUATER* del Código Penal Federal.

b) *Privación ilegal de la libertad de un menor.*- Se considera, "cuando el ascendiente sin limitación de grado o pariente consanguíneo colateral hasta el cuarto grado de un menor de edad, lo sustraiga o cambie de domicilio donde habitualmente resida, lo retenga o impida que regrese al mismo sin autorización de quienes ejerzan la patria potestad".¹⁷, en este delito en que incurre la persona que priva a otra de su libertad de domicilio, de movimiento, corporal, violando así los derechos y garantías establecidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su numeral correspondiente; derechos y garantías que todo gobernado anhelan le sean respetados conforme a lo ordenado en la Carta Magna, toda vez que no hay otro ordenamiento por encima de la Constitución Federal

El tema de privación ilegal de la libertad es un delito que en la actualidad es muy común y se presenta en cualquier esfera social, toda vez que se dan casos en que por simple placer un ascendiente priva de su libertad a un menor de edad, sujeto a guarda y custodia, sin que el sujeto activo del delito se detenga a pensar en el daño que ocasiona tanto a la víctima como al ofendido, así como tampoco piensa en el bienestar de la víctima, dado que el daño que se le ocasiona a ésta puede ser de índole psicológico, así como de carácter moral, ya que el menor es arrancado bruscamente del lugar en donde habitualmente reside con la persona que lo tiene bajo su cuidado, siendo trasladado a un sitio totalmente distinto en todos los aspectos al entorno que lo rodeaba hasta antes de ser privado ilegalmente de su libertad.

Este delito conocido como privación ilegal de la libertad se tipifica en el numeral 163 *BIS* del Código Penal del Estado de Hidalgo, cuando una persona priva a otra de su libertad corporal sin tener facultad para realizar esta acción, impidiéndole al sujeto

¹⁷ *Ibidem*, 59

pasivo el regreso al lugar donde acostumbra residir en compañía de la persona o institución pública que lo custodian, así como obstaculizar a la víctima para que realice sus tareas cotidianas, como en todos los ilícitos, en el delito que nos ocupa existen sus modalidades, pero nos limitaremos a referir todo lo concerniente a la privación ilegal de la libertad de un menor cuya conducta es realizada por uno de sus ascendientes, misma que a continuación se da a conocer.

Privación ilegal de la Libertad de una Persona Menor de Edad. Este supuesto se origina cuando una persona mayor de edad priva de su libertad corporal a un menor de edad, dado que este no tiene capacidad para diferenciar entre lo bueno y lo malo de una situación que se le presente o que le afecte en su persona. El sujeto activo del delito de privación ilegal de la libertad con su actitud esta violando los derechos y garantías establecidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a favor de las personas, cuyos derechos y garantías se encuentran establecidos específicamente en los artículos 3º inciso a); 4º párrafo 4, 11 y 17 párrafo 1. Originándose con esta acción un delito tipificado en el ordenamiento penal y pasando por alto lo estipulado en la Carta Magna en su artículo 11 que al tenor dice:

"Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país".¹⁸

Lo anterior enfocado a que cuando el padre o la madre sustraen al menor del domicilio en donde habitualmente resida, implica coartar su libertad, prohibiéndole el movilizarse a donde éste quiera ir, por obviedad sería con las personas y a los lugares que acostumbraba frecuentar la víctima, hasta antes de ser privado ilegalmente de su libertad.

¹⁸ Constitución Política, pp. 67

Es innegable que esta problemática surge porque la legislación familiar hidalguense no establece bases, normas, ni principios que puedan servir al juzgador como patrón a seguir en el momento en que éste tiene que emitir una resolución apegada a derecho en materia familiar cuando uno de los ascendientes, cometen los delitos de sustracción y/o privación ilegal de la libertad de un menor de edad, el cual se encuentra sujeto a guarda y custodia, tan es así que en pleno siglo XXI, aún el juez familiar aplica su facultad discrecional cuando tiene que decidir a cual de los ascendientes otorgará el derecho de guarda y custodia de uno o varios de sus descendientes menores de edad, sin detenerse a pensar si su sentencia dará solución a un problema o lo agrandará aún más.

Por todo lo anterior es urgente que se le adicione a la norma familiar un capítulo único que verse exclusiva y detalladamente sobre todos los supuestos y pormenores de la guarda y custodia de menores y que además dé solución al conflicto y no que origine uno más a los ya existentes, por esa simple y sencilla razón resulta esencial que los legisladores hidalguenses se tienen que poner a estudiar el rubro de guarda y custodia de menores para que en lo sucesivo no quede ninguna pregunta sin respuesta a la hora de que el juzgador consulte el Código Familiar del Estado de Hidalgo para emitir una resolución.

10.2.2 CONSECUENCIAS DE LA SUSTRACCIÓN Y/O PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD DE UN MENOR

Es evidente que en todos los delitos que se efectúan o se realizan éstos deben de traer consigo ciertos efectos o reacciones, originadas por la conducta voluntaria del sujeto activo, misma que transgrede la norma legal preestablecida para regular los hechos de los gobernados y así vigilar la seguridad que debe de prevalecer dentro de la sociedad. Indudablemente los delitos de sustracción de menores, así como el de privación ilegal de la libertad ambos tienen sus propias consecuencias, toda vez que la conducta que lleva a cabo el sujeto activo infringe los preceptos legales establecidos para resguardar el equilibrio social, tales consecuencias pueden ser de tres tipos: Morales, Sociales y Jurídicas.

Tratándose de las *consecuencias morales* podríamos decir que éstas son las que originan el estado de ánimo individual en el que cae la persona afectada por los delitos de sustracción de menores o por el delito de privación ilegal de la libertad, así como el estado psicológico en el que se hunde la víctima, dado que a éste lo enfrentan a un mundo totalmente desconocido para él en el que tiene que aprender a vivir, por todo lo anterior cabe mencionar que al sujeto activo de cualquiera de los dos ilícitos se le debe de exigir el pago de un daño moral, el cual se encuentra tipificado en el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal que es del siguiente tenor:

El daño moral es la afeción que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas. Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva.¹⁹

De acuerdo a lo que nos manifiesta el numeral 1916 del ordenamiento invocado se le debe exigir a la persona que realiza un ilícito el pago del daño moral que ocasiona con su acción ilícita, ya que si el infractor es obligado a pagar cierta cantidad de dinero por el delito que ha cometido esto le servirá de escarmiento a otros individuos que piensen llevar a cabo una conducta indebida en contra de alguna persona, dado que la víctima o el ofendido legalmente puede reclamar mediante la autoridad competente el pago del daño moral del cual ha sido objeto. (Pago de Daño Moral independientemente de que al infractor se le apliquen las demás penas y medidas de seguridad establecidas en la norma penal y en la norma familiar vigentes en el Estado de Hidalgo a las cuales se haya hecho acreedor al realizar las multitudes conductas antijurídicas).

Cuando hablamos de las *consecuencias sociales*, estas se originan con la conducta voluntaria que realiza el sujeto activo del delito, cuando éste decide cometer el ilícito, toda vez que cuando una persona es trasladada a un lugar que no conoce, así

¹⁹ Código Civil Para el Distrito Federal, p. 202

como también se le obliga prácticamente a convivir con una familia desconocida, la cual tiene costumbres diferentes y en sí todo aquello que lo rodea es nuevo para él o ella, éste o ésta necesariamente se debe de integrar a una sociedad dentro de la cual deberá aprender nuevos modales, nuevas normas de conducta, otras costumbres y en ocasiones hasta un nuevo idioma el cual le permitirá desenvolverse en el círculo social en el que ha de crecer, dado que las circunstancias que se presentan, así lo exigen. Al respecto el investigador Recasens Siches nos refiere lo siguiente:

Los estudios realizados sobre el desenvolvimiento infantil han mostrado que la personalidad del niño, sus sensaciones, percepciones, memoria, lenguaje, moralidad, pueden crecer solamente en un medio social. Ya que si un niño recién nacido es separado de tal ambiente social, y si sobrevive biológicamente a tal separación lo cual es muy difícil su cuerpo crecerá, pero el niño no se desarrollará ni mental ni moralmente.²⁰

Como podemos darnos cuenta no es nada fácil la vida de una persona que es arrancada de manera violenta de su entorno familiar, puesto que psicológicamente queda destruida, sintiéndose ésta totalmente desprotegida en todos los aspectos, dado que su entorno social se ve afectado en el aspecto de que ya no convivirá con los familiares a los que el menor estaba acostumbrado, así como tampoco frecuentará las amistades que tenía, ni acudirá a los lugares en los que pasaba momentos felices en compañía de sus seres queridos que lo custodiaban hasta antes de ser ya sea sustraído o privado ilegalmente de su libertad.

Tratándose de las *consecuencias jurídicas* los legisladores deberían de poner más cuidado para que el sujeto activo del delito sea castigado de acuerdo al daño que ocasiona a la persona afectada y a la víctima, y acorde a los trastornos que origina a éstas, toda vez que las sanciones contempladas en la norma penal en ocasiones suelen ser irrisorias, dado que la pena es leve comparada con los daños que se reciben con la conducta realizada por el agente activo del delito. Las consecuencias de esta índole deberían aparecer también en la norma legal que regula el Derecho de Familia en el Estado de Hidalgo, puesto que dicho Estado ostenta su Ley Familiar de manera autónoma, muy independiente de lo que es el Derecho Civil en Hidalgo.

²⁰ RECASENS, Siches Luis. *Sociología*, p. 131

Por lo anteriormente referido se tiene que hacer hincapié en las sanciones impuestas a los delitos cometidos en la materia familiar, ya que éstos en ocasiones quedan impunes, porque no se les da el valor que realmente tienen, así como también suele suceder que se ignora el daño que se ocasiona a la persona afectada y a la víctima, dado que estas pérdidas no son de índole económico sino más bien diríamos que son de carácter moral, social, psicológico, espiritual y de conciencia, cualidades que la persona que realiza el ilícito no conoce y que ni siquiera tiene noción de que existen, porque de lo contrario no se atrevería a causar tanto daño y desequilibrio emocional, ya que éste es irreversible, pues con nada se paga la angustia que vive el afectado y la víctima al ser separados físicamente, ya que espiritualmente siguen unidos, razón por la cual su dolor es más intenso cada día que pasan lejos uno del otro, se puede decir que cuando la víctima es una persona muy pequeña ésta en ocasiones olvida con cierta facilidad; no así la persona afectada pues ésta normalmente es la que tiene bajo su cuidado al sustraído, que le fue arrebatado ilegalmente y que a la vez se encuentra impotente para solucionar tal situación ya que desconoce el paradero del infractor y el de la persona que tenía bajo su custodia.

10.2.3 SANCIONES APLICADAS A LAS CONDUCTAS ANTIJURÍDICAS

Es indispensable que hablemos de las inadecuadas sanciones que establece el Código Penal del Estado libre y soberano de Hidalgo, mismas que deben aplicarse al agente que incurre en los delitos de sustracción de menores, así como en el de privación ilegal de la libertad. Se hace mención del término inadecuada, toda vez que la pena establecida en nuestra Ley Sustantiva la cual debe de ser aplicada al sujeto activo del ilícito no esta acorde al daño que éste causa tanto a la víctima como al ofendido, así como tampoco concuerda con el bien jurídico que se tutela cuando éste es lesionado. .

Si existieran las normas legales en la legislación familiar hidalguense para sancionar al sujeto activo de la custodia por una mala realización de ésta se le aplicaría un correctivo conforme a derecho, siendo una pena modelo, incluyendo la privación o la suspensión de los derechos que esta figura otorga al sujeto activo, dado que el bienestar

y los derechos de los menores deben de estar bien protegidos de acuerdo a lo establecido por la Constitución Federal y por la Comisión Nacional de Derechos Humanos; así mismo serviría de ejemplo para otras personas encargadas de guardar a un menor, que se cuidarían en el futuro de cometer alguna anomalía en perjuicio de el custodiado o de los bienes que posea el menor.

Nuestro Derecho Positivo nos hace mención de las penas que se le impondrán al sujeto que infrinja la norma legal, al hablar de penas nos referimos tanto a la de privativa de libertad corporal, así como a la pena de índole pecuniario, por lo que se transcribe el numeral 232 del Código Penal vigente en el Estado de Hidalgo que es del siguiente tenor.

Al que sin el consentimiento de quien legítimamente tenga su custodia o guarda, sustraiga o retenga a un menor de doce años o un incapaz, sin tener con éstos relación familiar o de parentesco, se le impondrá prisión de cinco a diez años y multa de 25 a 100 días.

Cuando el delito lo cometa un familiar del menor, que no ejerza sobre él la patria potestad ni la tutela, la prisión será de uno a tres años y de 5 a 40 días de multa. Si el familiar tiene la patria potestad, pero no la custodia la pena será de tres meses a un año y multa de 5 a 25 días.²¹

Es indudable que al leer el artículo anterior nos encontramos con una realidad que a muchos no nos agrada pero que sin embargo tenemos que aceptar, aun cuando nos damos cuenta que en realidad no se están respetando los derechos que nos otorga nuestra Carta Magna en sus primeros 29 artículos y que por el sólo hecho de ser mexicanos podemos gozar de esas garantías, así como también es evidente que el legislar no ha considerado los derechos del niño, aun cuando se mencionen con mucha frecuencia.

²¹ Código Penal, ob., cit., p. 82

a) *Sanción privativa de libertad corporal impuesta a la sustracción y a la privación ilegal de la libertad de menores.*

Según el artículo 232 del Código Penal del Estado de Hidalgo, al referirnos a esta pena de libertad corporal impuesta a la persona que cometa el delito de sustracción de menores se debe de decir que es la que se le aplica al sujeto activo del delito al ser sentenciado por un juez competente ordenando éste, el tiempo que debe de estar recluso en un CENTRO DE READAPTACIÓN SOCIAL, el individuo que infringe la Ley purgando una condena a la cual se hizo acreedor al cometer el ilícito, dicho ordenamiento estipula que se debe aplicar como pena máxima de privación de libertad corporal la siguiente: el agente del ilícito debe cumplir una condena de cinco a diez años recluso en el Centro de Readaptación Social de la Entidad Federativa o del Municipio en el que haya cometido el delito del que se le acusa, siendo la pena mínima de tres meses a un año. Es evidente que con las penas aplicadas al infractor no se compensa el sufrimiento que vive tanto la víctima como el ofendido cuando son separados y enfrentan la pesadilla de vivir lejos uno de el otro, dado que ambos están acostumbrados a convivir bajo el mismo techo, así como a compartir varias cosas; como son comida, juegos y entretenimientos en general.

Al referirnos a la *sanción de libertad corporal impuesta al delito de privación ilegal de la libertad*, el Derecho Positivo vigente en el Estado de Hidalgo en su numeral 163 *BIS* establece como pena máxima y mínima de privación de libertad corporal las que a continuación se enuncian: El sujeto activo del delito debe cumplir una condena de uno a tres años de prisión en el Centro de Readaptación Social de la Entidad Federativa o del Municipio en el que se haya efectuado el ilícito, por lo anterior se sobre entiende que la pena mínima es de un año.

Es bastante notorio que esta pena que le es aplicada al infractor no es la adecuada, porque si lo fuera ya no se cometería el delito que nos ocupa, dado que el delincuente si supiera que las penas son más severas lo pensaría más de una vez para cometer el ilícito, tomando en cuenta que por ejemplo se le privará indefinidamente de sus derechos de familia, así como, que, el delito no prescribiera.

b) Sanción pecuniaria impuesta a la sustracción y a la privación ilegal de la libertad de menores.

Al delito de sustracción de menores según el artículo 232 del Código Penal del Estado de Hidalgo, cuando hablamos de pena pecuniaria nos referimos a la multa que el activo del delito debe pagar a la autoridad competente por haber infringido la norma legal, la cual se tendrá que liquidar conforme al Salario Mínimo vigente en el momento de cometer el ilícito y según el área geográfica en donde se haya efectuado éste, así como también se debe pagar la reparación de los daños ocasionados con la conducta realizada por el infractor. Refiriéndonos al delito de sustracción de menores el ordenamiento invocado establece como pena pecuniaria la siguiente. El sujeto activo del delito debe pagar como multa máxima el equivalente a cien días de Salario Mínimo, y la pena mínima será de 5 días de Salario Mínimo.

Es innegable que las penas pecuniarias establecidas por la Norma Jurídica, resultan irrisorias para el infractor, dado que le es muy fácil exhibir la insignificante multa que le impone el Estado, lo anterior aunado a que no existe disposición alguna como sanción al ascendiente que infrinja la guarda y custodia de su descendiente, razón por la cual se fomenta cada día más la delincuencia; pues el padre infractor sabe que *será castigado pero con cierta benevolencia y además la persona que viola la Ley* esta consciente de que la Comisión Nacional de Derechos Humanos puede intervenir en su favor. Porque el agente del ilícito no conocerá sus obligaciones pero si reclama sus derechos, aun sabiéndose culpable del delito que se le acusa.

Cuando se comete el delito de Privación Ilegal de la Libertad el ordenamiento *invocado establece como pena pecuniaria la siguiente: el agente del ilícito de privación ilegal de la libertad debe pagar a la autoridad competente para el delito que nos ocupa una multa máxima de 300 días de Salario Mínimo y la pena mínima será de 30 días de Salario Mínimo vigente en el momento de violar la norma legal, de acuerdo al área geográfica en que se quebranta la Ley.*

Después de leer lo anterior no podemos negar que las penas pecuniarias establecidas en la Norma Jurídica resultan de fácil obtención para el delincuente, toda vez que éste cuando la autoridad le exige el pago de la multa impuesta por el Estado la exhibe de forma rápida y así puede quedar libre para seguir cometiendo algún otro ilícito que éste tenga en mente, ya que el individuo que delinque una vez es muy sencillo que vuelva a cometer el mismo ilícito en contra de la guarda y custodia de sus descendiente, pero aun así reclama sus derechos pero olvida sus obligaciones que tiene como persona, como ciudadano y como padre de familia, resulta evidente que a pesar de haber sido legislados dichos delito en el año 2002 (sustracción y privación ilegal de la libertad de un menor de edad), no ha disminuido la problemática de los ascendientes en relación a la guarda y custodia, ya que de la lectura de la tipificación y sanciones de los delitos en comento no se habla de ninguna sanción aplicada a los derechos de familia (guarda y custodia y patria potestad).

10.3 CARACTERES DEL DERECHO DE CUSTODIA

La facultad de guarda y custodia presenta dos caracteres que analizaremos detenidamente para diferenciar a ambos y no confundirlos como resulta con mucha frecuencia dado que es muy fácil equivocarse debido a que no existe alguna norma legal en materia familiar que nos saque de dicho error, la cual indique de modo explícito lo que podemos hacer cuando se tiene que regular el derecho de guarda y custodia el cual se encuentra inmerso en las instituciones de divorcio, así como en la institución de patria potestad; y en el capítulo de los hijos; si bien es cierto la patria potestad, es la que da origen a la obligación de guardar y custodiar a los descendientes, también es verdad que es urgente que se asigne un capítulo único en el cual se funden las normas legales que han de regir este derecho de guarda y custodia, para, así poder aplicar esta facultad sin temor a confundirse o emplear el propio criterio del juzgador, toda vez que en la actualidad es así, como se regula la guarda y custodia y en ocasiones se llega a confundir la custodia con la institución de patria potestad, dado que la norma familiar tanto en materia federal como en materia común no establece la diferencia que existe entre ambas figuras.

Existe la posibilidad de que uno de los factores que dificulta el proceso de la guarda y custodia, es desconocer el paradero de quien retiene al hijo o hija, lo que hace imprescindible la localización de quien se ha quedado con ellos sin tener el derecho para hacerlo, toca al juez familiar determinar a quien se le otorga la guarda y custodia: en el caso de desacato, se podría tener el recurso de la vía penal, una vez que se otorga a una de las partes la custodia la otra tiene derecho al régimen de visita y convivencia, es decir ver a sus hijos, (lo que en la realidad muchas de las veces no ocurre, siendo el padre custodio el primer afectado. Sería oportuno hacerle notar al progenitor que tiene el derecho de custodia que en el caso de no cumplir con esta disposición del juez existan sanciones: como el arresto, la multa, inclusive puede cambiar o modificar el régimen de guarda y custodia.

Esta figura jurídica de guarda y custodia presenta el **carácter de un derecho**, facultad que tiene el menor a ser cuidado, protegido, vigilado y educado y obligación que tienen el sujeto activo de tener al menor físicamente a su lado y bajo su cuidado cuyo derecho es ejercido por alguno de los ascendientes, por un tercero o por una unidad pública; encargados de la custodia del menor de edad el cual está bajo el cuidado de alguna de las personas antes mencionadas.

Así mismo se advierte en esta facultad de guarda y custodia un **carácter de obligación**, por parte de los ascendientes para con sus descendientes; dado que engendrar hijos presenta una serie de deberes tanto morales como económicos y que los progenitores tienen la obligación y el deber de cumplir, toda vez que nadie los forzó a procrear descendencia y por tanto tienen el deber moral de velar por el bienestar tanto económico como espiritual de los hijos que traigan al mundo, pero tal parece que muchos progenitores no están de acuerdo con lo anterior puesto que actualmente se escucha con mucha frecuencia en los medios masivos de comunicación de varios casos en los que niños o niñas recién nacidos son abandonados en la puerta de alguna casa de cuna o en las puertas de algún orfanato o simplemente los abandonan en la calle o en la basura para no tener ningún tipo de obligación con los pequeños, los cuales se encuentran indefensos debido a sus pocas horas de haber llegado a este mundo, toda vez que sólo llegaron para sufrir en las pocas horas que logren sobrevivir, dado que si

los niños abandonados en estas circunstancias no son encontrados por un alma caritativa perecerán por no tener ninguna oportunidad para lograr la supervivencia.

10.4 INCEDIBILIDAD DE LA GUARDA Y CUSTODIA

En el país mexicano y especialmente en el Estado de Hidalgo es aceptado que la custodia de los hijos menores sea cedida a otra persona dado que no existe una norma legal dentro de la legislación familiar que regule esa modalidad, la cual estipule o establezca que la guarda y custodia de un descendiente pueda ser o no cedida a un ascendiente, a un tercero o a una unidad pública por tanto se puede ceder la guarda y custodia de un hijo menor, no obstante lo que refiere el estudioso del derecho Marcel Planiol en su obra de Derecho Civil que la guarda y custodia de un descendiente resulta ser incedible, pero no hay que olvidar que en nuestra nación mexicana existen progenitores que regalan a sus descendientes ya sea que lo hagan con algún familiar o sencillamente los dejan abandonados en una casa cuna, en un orfanato sin detenerse a pensar y mucho menos se van a estar preocupando cual es la familia que los adoptará en un futuro, por tanto se puede deducir que si se presenta la cedibilidad de la guarda y custodia.

No obstante lo anterior en la mayoría de los casos resulta que después de abandonar al recién nacido, la madre, porque en la mayoría de las situaciones, es, ésta la que abandona a sus hijos recién nacidos por no querer enfrentar las habladurías de la sociedad al ser una madre soltera o una mujer abandonada por su cónyuge y luego se arrepiente y quisiera dar marcha atrás, cosa que en ocasiones ya no es posible debido a que la casa hogar que recogió para después dar en adopción al niño o niña se reserva el secreto de identidad manteniendo en el anonimato a la familia adoptante para no correr el riesgo de que éstos sean despojados de lo que tanto trabajo les costo obtener, toda vez que para que el Estado otorgue una adopción se tienen que cubrir una serie de requisitos y así mismo poder evitarle a los adoptantes problemas legales en los que se pudiesen ver envueltos. Este es otro caso por el cual se presenta la cedibilidad de la guarda y custodia.

Por todo lo anterior podemos decir que la credibilidad de la guarda y custodia existe de hecho y de derecho, toda vez que si alguien da a su menor hijo en adopción está cediendo la patria potestad y por tanto todos los derechos y deberes inherentes a la misma figura y como la guarda y custodia se origina en la institución de patria potestad, el derecho de guarda y custodia desde ese momento lo cede o pierde el progenitor cedente, no sucediendo lo mismo con el otro progenitor, dado que este puede reclamar el derecho de guarda y custodia, puesto que si legalmente la persona que cede ese derecho no le fue conferido por autoridad competente en materia familiar y mediante sentencia ejecutoriada la otra parte puede invalidar legalmente la cesión del derecho de guarda y custodia de su menor hijo, siempre que éste haya sido reconocido por el ascendiente que invalida la cesión tan es así que es prudente observar que en ese aspecto la ley del Estado de Hidalgo no establece nada con respecto a la credibilidad y lo que no está legalmente prohibido, está legalmente permitido, dado que si bien es cierto cometiste un error en un momento de ofuscación también podrías reconsiderar tu decisión y alegar una y varias argucias legales para así poder recuperar a tu hijo.

Sigo reiterando que es apremiante que a nuestra norma legal hidalguense en materia familiar se le adicione un capítulo único que hable de todos y cada uno de los problemas que presenta el derecho de guarda y custodia, así mismo que decrete sus sanciones tanto pecuniarias como de privación de los derechos de familia, de igual forma que la acción de los padres para pedir la restitución de sus hijos prescriba en un tiempo razonable, por ejemplo de un mes, creo que treinta días para que recapite alguno de los progenitores son suficientes siempre que no se trate de una adopción legal, toda vez que se dan casos en que una madre regala a su hijo o hija con algún familiar y que si esto no sucede después del lapso mencionado, pierda todo derecho a la reivindicación de su menor descendiente, para que así les sirva de ejemplo a otros ascendientes que piensan regalar o abandonar a sus hijos menores de edad, dado que para los progenitores es muy censillo deshacerse de sus descendientes, para luego reclamarlos haciéndose pasar por víctimas incomprendidas exigiendo un derecho que han perdido desde el momento que abandonan o regalan a sus hijos sin importarles la suerte que éstos puedan correr al ser dejados en la calle o con alguna persona

desconocida; este es uno más de los casos en el que se presenta la figura de *cedibilidad de la guarda y custodia*.

11 VIGILANCIA Y DIRECCIÓN DEL MENOR

Conviene saber a los progenitores que no sólo la custodia de los hijos se les puede confiar sino también la *vigilancia y la dirección* de sus descendientes menores que implica que el ascendiente, tercero o unidad pública deben de tener el cuidado de dirigir las acciones del menor, vigilar su desenvolvimiento moral. Igual que la custodia la *vigilancia* es un derecho y una obligación, dado que los padres pueden exigir daños y perjuicios contra los terceros que les llegaren a impedir el normal ejercicio de este derecho, por ejemplo contra quienes dieran a los pequeños una educación contraria a la establecida en los programas de la Secretaría de Educación Pública, contra quienes dieran a los infantes una educación religiosa contraria a la voluntad de los progenitores y contra quienes enseñaran a sus hijos reglas que vayan en contra de la moral y de las buenas costumbres que exige la sociedad en general, dado que si un menor no observa buena conducta en alguna parte seguramente será rechazado por la persona a cargo del lugar de que se trate.

Los padres pueden oponerse a que sus hijos convivan con tal o cual persona, este derecho llega hasta prohibirles la convivencia con sus ascendientes como son sus abuelos, siempre que exista un motivo que realmente amerite tomar esa medida que a simple vista parece demasiado drástica pero que en ocasiones es necesario prevenir y no estarse lamentando más tarde, dado que los menores sujetos al derecho de guarda y custodia suelen aprender de las personas mayores que los rodean todas las cosas, modales, costumbres y en general todo comportamiento equivocado y negativo sin detenerse a pensar que esto los perjudicaría sobre todo en sus relaciones familiares y con los amigos más cercanos porque serían recriminados los menores por su mala conducta.

Los ascendientes están facultados para poder examinar en caso necesario la correspondencia de sus hijos ya sea la que reciben o la que ellos escriben a sus

amistades porque de este modo siempre el sujeto activo de la guarda y custodia podrá estar al tanto y enterado de quienes son las amistades que rodean a los menores de edad que se encuentran bajo su cuidado, y si estos amigos son convenientes para su normal desarrollo o si son personas nocivas para el buen comportamiento del menor ya sea en su casa, en la guardería, en la escuela o dentro de la sociedad, es decir respecto a los menores no existe el secreto y la inviolabilidad de su correspondencia. Los padres tienen la obligación de darles educación a sus hijos y vigilar que en la escuela sus notas de calificaciones sean aprobatorias.

Así mismo los padres pueden en nombre de sus hijos realizar algunas diligencias de carácter legal, que por su corta edad los menores no pueden comparecer ante alguna dependencia pública para hacer valer sus derechos como ciudadano o como gobernado en ese caso los padres de los menores realizarán dichas diligencias que para éstos resultarían un verdadero problema difícil de resolver, dado que los chicos desconocen totalmente el ámbito legal o jurídico que los rodea todo lo referido en este subtema se presenta cuando los progenitores enfrentan un proceso de divorcio ya sea necesario o voluntario, dado que no importa la modalidad del divorcio pues en todos los casos de separación de los cónyuges o pareja que ha hecho vida marital siempre existirá la problemática de quien de ellos se quedará con los hijos menores de edad para vigilarlos y dirigirlos a lo largo de su minoridad y así evitar en lo posible que los infantes se equivoquen respecto a la forma de cómo se deben conducir dentro de la sociedad.

12 GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA DE MENORES

Es necesario dar a conocer a los progenitores que debido a que nuestro derecho tiene gran influencia del derecho español la custodia de sus menores hijos puede ser compartida entre ambos cuando los cónyuges se están divorciando, dado que esta medida sería de gran beneficio para las personas que enfrentan un problema de guarda y custodia de sus hijos menores de edad, toda vez que en España ya se acepta esta modalidad de la guarda y custodia compartida siendo una buena opción que exista legalmente en México, ya que esta figura se presenta de hecho más no de derecho, toda vez que nuestra legislación familiar hidalguense no establece nada sobre la

custodia compartida en ninguno de sus capítulos, títulos o artículos, así como tampoco la doctrina mexicana contempla esta modalidad de custodia compartida es por eso que es inaplazable tomar la medida de adicionar a la legislación familiar hidalguense un capítulo único que nos hable de cómo se debe ejercer el derecho de guardar y custodiar a un menor de edad, así mismo que nos refiera todas y cada una de las posibles cualidades y formas que pueda revestir la custodia compartida de los hijos menores de edad, ya que si se reforma la ley familiar del Estado de Hidalgo se podrían evitar varios problemas entre los ex cónyuges que deben enfrentar la situación de verse envueltos en la penosa diligencia de guardar y custodiar a sus descendientes menores de edad cuando se sigue un proceso de divorcio, dado que en la mayoría de los procesos de divorcios llevan aparejado el juicio de guarda y custodia de los hijos de la pareja.

Sin duda que en su momento el lector se preguntará que es eso de la guarda y custodia compartida, dado que a simple vista resulta ser muy idílico pero si se pusiera a la práctica se velaría más que nada por el interés personal de los infantes, toda vez que los intereses de los progenitores deben de quedar en un segundo plano. La guarda y custodia compartida, es que ambos progenitores intervengan en el cuidado de los hijos, procurando la estabilidad de los pequeños y la continuidad en la rutina de los mismos, intentando que los afecte lo menos posible la separación de los padres que en sí ya es una situación difícil de asimilar para los infantes debido a su corto entendimiento sobre los problemas familiares que se suscitan en su núcleo familiar.

La *guarda y custodia compartida*, su propósito al parecer es loable siempre que los progenitores vivan en la misma ciudad y cuando por lo menos el o los sujetos pasivos tengan siete años de edad, antes no se recomendaría debido a que los niños que son menores de siete años necesitan de cuidados especiales que solo la madre podría proporcionarles, existiendo la posibilidad que el padre sea la persona más idónea para proporcionar a su o sus descendientes los cuidados necesarios; situación que debe analizarse según el caso concreto.

Hablando de la custodia física compartida: los padres intervienen en todas las decisiones importantes que afecten directamente al niño; el sujeto pasivo vivirá un

tiempo con cada uno de los padres, este tiempo no sería inferior a seis meses ni superior a un año; es posible que uno de los padres tenga que pagar gastos de mantenimiento basándose en los ingresos de los padres y el tiempo que el niño pasa con uno de sus progenitores, en pocas palabras la guarda y custodia compartida implica que ambos cónyuges tengan la guarda y custodia de los hijos menores; por tanto, los hijos conviven tanto con el padre como con la madre en periodos temporales alternativos (por ejemplo, los menores vivirían seis meses con uno y los otros siguientes seis meses con el otro ascendiente), esta forma de custodia se presenta con frecuencia en países como Estados Unidos, Argentina y Chile, en México podría ser recomendable cuando los progenitores vivan en la misma ciudad para no afectar al infante en lo que respecta a sus estudios y al círculo de amistades que suele frecuentar el menor.

La terminología de la custodia física compartida es un poco inadecuada y confusa hace ver a esta modalidad como algo erróneo, dado que compartir quiere decir en este sentido, tener, usar o consumir una cosa entre varios; y la custodia es especialmente una cuestión de hecho, para compartirla, se tiene que ejercer de modo simultáneo y por lo tanto ha de convivir el objeto de ella con los sujetos de la guarda. Se comparte la custodia cuando se comparte la vivencia; cuando conviven los menores con los progenitores que la comparten. Puede decirse que la custodia a simple vista no puede ser compartida legalmente entre los ascendientes, debido a que no hay un ordenamiento familiar que establezca que la custodia pueda ser compartida entre los padres que se encuentran separados.

Por todo lo antes referido es menester mencionar que ser padres no es un hecho, sino un arte; un proceso y no un suceso, un dar lugar a una vida nueva por amor y con amor. Implicando ser capaces de responder a las necesidades de otro, que es el hijo, estar capacitados para "trabajar" procurando que ese hijo se desarrolle, crezca y madure para sí mismo y no para los progenitores, evitando que sea, simplemente una realización de sus deseos y expectativas. Por tanto la custodia podemos decir que es los cuidados y protección directa que los padres desarrollan hacia sus hijos y que implica convivencia, atención diaria y contención afectiva, siendo esta custodia de carácter físico.

Cabe mencionar que también existe la **custodia dividida**: esta modalidad de la custodia dividida se presenta cuando la pareja que ha convivido ya sea bajo el acto solemne del matrimonio, en concubinato, o en unión libre procrearon varios hijos y lo que se hace es que algunos se van con el padre y otros con la madre. Sin embargo los juzgadores extranjeros no acostumbran a otorgar este tipo de custodia debido a las implicaciones futuras que pueda traer para los hijos y por que siempre es preferible que los hermanos permanezcan unidos, dado que si éstos se separan se han dado casos que se pierden la pista por mucho tiempo debido a que los progenitores deciden vivir en Ciudades lejanas o en diferentes países y se corre el riesgo de que cuando sean mayores de edad se encuentren y cometan el delito de incesto entre los hermanos, que aunque no resultaren culpables legalmente, moralmente como se sentirán al enterarse que por una equivocación ya sea del juez o de sus padres ellos hayan tenido relaciones sexuales entre hermanos, lógicamente moral y espiritualmente se sentirían destrozados y sin ánimo de continuar viviendo porque según su religión o sus costumbres morales sería un pecado mortal que habrían cometido sin proponérselo, por eso es mejor que los hermanos menores de edad siempre permanezcan unidos al lado del progenitor que tenga el derecho de guarda y custodia obviamente otorgada por una autoridad competente en materia familiar. Esta modalidad se presenta únicamente cuando los ascendientes has procreado dos o más hijos.

CAPÍTULO 2

LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DENTRO DE LA FAMILIA Y SUS INSTITUCIONES

1 GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES DENTRO DE LA FAMILIA

De acuerdo a la opinión de los sociólogos la figura de la familia es una institución social, universal y permanente, aunque de forma independiente la familia tiene una duración limitada que no sobrepasa de la vida de la pareja y sus hijos y que surge antes que el derecho, dado que el derecho nace para regular los actos de las personas que forman una familia cuando esta se integra a la sociedad, la cual esta formada por un sinnúmero de familias. La familia está constituida por un varón, una mujer y los hijos, por algunos parientes que se agregan al núcleo de personas integrado por los padres y los hijos.

Actualmente el derecho establece la forma de cómo se debe integrar la familia en el mundo civilizado; de acuerdo a la norma legal la familia tiene derechos y deberes de forma recíproca entre ascendientes y descendientes y hablando de los derechos familiares surge el derecho que tienen los hijos menores de edad a ser cuidados, educados, protegidos y vigilados es decir custodiados por sus padres, siendo también esta facultad una obligación para los progenitores la cual realizan de forma conjunta cuando se encuentra unida la pareja, cumpliendo uno solo de los ascendientes la obligación de guardar y custodiar a los hijos cuando la familia se desintegra, por lo que el o los menores hijos deben de ser cuidados por alguno de sus ascendientes.

No debemos cerrar los ojos ante una realidad palpable dado que existen tres formas que dan origen a una nueva familia: la institución del matrimonio, la institución

del concubinato la cual es reconocida por el derecho, así como también existe la figura de la unión libre, aunque esta última no la contempla la legislación familiar se presenta con mucha frecuencia dentro de nuestra sociedad moderna. Escudriñando la historia de la familia nos encontramos que ésta ha sido y es la base de toda organización social, toda vez que formando una familia se logra la perdurabilidad de la especie, es evidente que de acuerdo a lo establecido primero por la costumbre y posteriormente por el derecho o por la norma jurídica los cónyuges o la pareja que hacen vida marital tienen la obligación de guardar y custodiar a sus descendientes sin importar la situación jurídica de los progenitores puesto que los hijos no reciben calificativo alguno siendo éstos iguales ante la ley, sean procreados dentro o fuera del matrimonio.

El maestro Chávez Asencio nos ofrece una definición de la familia muy completa y acertada a lo cual refiere: " Que es una institución que constituye una comunidad humana de vida, tiene un patrimonio propio; se integra con los progenitores y con los hijos incluyendo los adoptados, todos los cuales viven en un domicilio común, cuyas relaciones interpersonales y vínculos jurídicos se originan de los estados jurídicos del matrimonio o el concubinato, de la filiación y el parentesco"²², la anterior definición incluye a los diferentes miembros que pueden integrar el grupo familiar sin excluir a ninguno, desafortunadamente con mucha frecuencia varias familias se desintegran, dando lugar al divorcio cuando están unidos los cónyuges por el vínculo matrimonial o si la pareja convive en unión libre simplemente se da la separación de la misma resultando ser los más afectados con esta acción los descendientes menores de edad.

En base a lo que reza la cita anterior es necesario abordar el rubro de filiación, dado que es una institución jurídica que tiene su origen, podría decirse que desde el inicio de la humanidad ya que dicha figura surge como un hecho biológico cuando la pareja procrea su prole, y la reconoce; teórica o doctrinalmente existe la filiación legítima y la filiación ilegítima, siendo la primera la que tiene lugar dentro del matrimonio y la segunda se presenta cuando la pareja no está unida por el vínculo matrimonial. La figura de la filiación es de suma importancia para todo individuo, jurídicamente hablando a través de esta institución se tiene derecho a llevar el nombre de los progenitores, exigir

²² CHAVEZ, Asencio Manuel F. La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares, p. 246.

alimentos, a heredar de sus padres, a ser cuidados, protegidos, educados y vigilados por sus ascendientes, así como también existen obligaciones del hijo hacia sus ascendientes. En cuanto a la filiación en lo que se refiere a los derechos y obligaciones de los hijos lo establece la norma familiar del Estado de Hidalgo en sus numerales 183 y 195, la institución que nos ocupa está muy relacionada con el parentesco que se origina de los progenitores, siendo éstos los ancestros de los parientes, siempre que se pueda demostrar que existe algún lazo sanguíneo entre unos y otros, tomando en cuenta lo establecido por la norma jurídica en materia familiar.

Conocer y entender el significado del vocablo filiación, es esencial para todo individuo ya que a través de esta figura le es permitido a cualquiera conocer quienes son o fueron sus parientes siempre que la persona ocupada de saber sobre sus ascendientes haya sido reconocido ante el Oficial del Registro del Estado Familiar por sus progenitores, ya sea que hayan realizado este acto ambos o por separado, voluntariamente o por sentencia que declare la paternidad; de todo lo narrado en lo que toca a la filiación en los párrafos anteriores lo encontramos establecido en la legislación familiar de Hidalgo en sus numerales 183 al 218, pero es indispensable dar a conocer la opinión de los doctrinarios del derecho familiar como por ejemplo lo que opina Efraín Moto Salazar de la institución de filiación refiriendo que:

La filiación "es la relación que se establece entre dos personas, de las cuales una es padre o madre de la otra. La filiación tiene un carácter presuncional, es decir, resulta de hechos que la presuponen o autorizan a presumirla. Se define diciendo que es la presunción que tiene un individuo a su favor de ser hijo de otro. La relación de filiación tomada desde el punto de vista del padre se llama paternidad".²³

La definición de filiación que nos da Moto Salazar me parece muy acertada, dado que es verdad que filiar a una persona es establecer quien es el padre o la madre y quien es el hijo o hija, de acuerdo con el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación la filiación, "es la procedencia de los hijos respecto de los padres y trae como consecuencia diferentes derechos y obligaciones correlativos, recíprocos, dando origen a

²³ MOTO, Salazar Efraín. Elementos de Derecho, p. 175

la patria potestad ".²⁴ Por lo tanto de la institución de la patria potestad emerge el derecho de custodiar a los hijos menores de edad no obstante que en la actualidad no se contemple debidamente este derecho en la legislación familiar de Hidalgo.

Con la figura de la filiación surgen los derechos que tienen los hijos, entre ellos el derecho de custodia, dado que al filiar a un menor éste podrá esperar de sus padres ser cuidado, protegido, educado, alimentado y vigilado hasta que cumpla la mayoría de edad o se emancipe lo que suceda primero, no importando que, no sea un hijo concebido dentro de la institución del matrimonio, toda vez que según el Código Familiar del Estado de Hidalgo los hijos no reciben calificativo alguno, pues éstos son iguales ante la familia, la sociedad y ante el Estado, según lo refiere el numeral 219 del ordenamiento invocado.

La figura de la maternidad sin lugar a duda que se deriva de un embarazo que solo puede darse en la mujer, dado que resulta imposible que un hombre pueda concebir un hijo en su vientre, cuando nos referimos a la paternidad sin lugar a duda estamos pensando en la relación que existe entre un padre y su hijo, aunque la paternidad siempre se presume pero difícilmente se tiene la certeza de que un hombre sea el padre de un niño nacido fuera de matrimonio, salvo que éste sea reconocido por la persona que lo haya engendrado, ya que nunca se podrá afirmar lisa y llanamente que un menor es hijo de algún individuo, dado que si éste se niega será necesario recurrir a análisis y pruebas de laboratorio para demostrar el parentesco de los sujetos y así poder filiar al menor de edad.

Siguiendo con el tema de la familia a ésta se le define dependiendo del enfoque que se analice como son: el **enfoque biológico** observando éste, estaremos ante un hecho biológico que involucra a todos aquellos que, por el hecho de descender unos de otros, o de un progenitor común, generan entre sí lazos de sangre. Para el **enfoque sociológico** la familia suele ser la institución social formada por los miembros vinculados por lazos sanguíneos, y los individuos unidos, a ellos por intereses económicos, religiosos o de ayuda, todo esto de acuerdo a la perspectiva sociológica. Cuando nos referimos al **enfoque jurídico**, estamos hablando de las relaciones derivadas del

²⁴ Semanario Judicial de la Federación, p. 817

matrimonio y de la procreación la cual se conoce como parentesco, a los que la ley reconoce ciertos efectos, esto es, que crean derechos y deberes entre los miembros que integran la familia.

El concepto jurídico de familia se refiere al grupo formado por la pareja, sus ascendientes y descendientes, así como por otras personas unidas por vínculos de sangre o matrimonio o solo civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y otorga derechos jurídicos que deben de cumplir tanto los cónyuges como los hijos de ambos, visualizando aquí el derecho de guarda y custodia que surge de la familia a la hora de otorgarse los derechos y obligaciones jurídicas, dado que si hacemos mención de la guarda y custodia de los menores de edad, podemos estar ante un derecho o ante una obligación, toda vez que esta facultad reviste las dos modalidades, tan es así que hay doctrinarios que a la guarda y custodia la contemplan como un derecho y existe otro grupo de estudiosos del derecho de familia que visualizan a la guarda y custodia como una obligación de los ascendientes que tienen para con sus hijos menores de edad, siempre que éstos últimos hayan sido reconocidos por sus progenitores, se pueden hacer valer estos derechos y deberes pues de no ser así legalmente no se puede hacer casi nada para obligar tanto a los ascendientes como a los descendientes a cumplir con lo establecido por la norma legal, a no ser que principalmente los progenitores tengan unos principios morales bien claros y definidos, de ser así no habrá necesidad de hacerles ver cuales son sus derechos y deberes, su conciencia les dictará que deben cumplir con sus obligaciones y así podrán exigir sus derechos de esta manera no habrá necesidad de solicitar la intervención del órgano jurisdiccional.

Después de lo anterior creo que nos queda bien claro y no existe duda de que la guarda y custodia de los menores de edad está íntimamente relacionada con la familia, sin importar el enfoque que se le de a la institución familiar los derechos y deberes que existen entre los miembros de una familia no se pueden pasar por alto en ningún momento de la existencia del individuo. Salvo en los casos en que se desconoce quienes fueron los progenitores de alguna persona menor de edad aquí no se puede atribuirle una obligación a alguien, sin que éste tenga parentesco consanguíneo con el infante

excepto cuando una persona mayor de edad decide tomar en adopción a un menor de edad figura que está totalmente reconocida por el Derecho Civil y/o Familiar.

Si bien es cierto que la familia es el fundamento primario de la sociedad y del Estado, también es cierto que el gobierno protege a la familia en la Constitución Federal, observándose también dicha protección a través de las diferentes instituciones que para ello se han creado perteneciendo estas características de cuidar y proteger a los descendientes al derecho de guarda y custodia, otorgado este derecho por un juez familiar y que la ley no lo refiere como tal, ya que el ordenamiento familiar no establece la forma de cómo se debe realizar la obligación de guardar y custodiar a los hijos menores de edad, así mismo señala que ésta es la base necesaria del orden social, y promueve la estructuración social y económica de la familia, sobre el vínculo jurídico del matrimonio, siendo su función la convivencia de sus miembros a través de la estabilidad de sus relaciones, satisfaciendo sus necesidades en general; la familia será siempre la esencia del Estado, dado que el conjunto de varias familias componen la sociedad en sus distintas esferas.

El derecho y la sociedad podrán imponer las diferentes normas que existen con el fin de que los gobernados las cumplan pero creo que las mejores reglas de educación y morales que puede recibir el individuo son las que le puedan dar sus progenitores desde muy temprana edad, esto es que si un individuo es mal educado, desobediente y grosero dentro de su familia podríamos preguntarnos como será en la calle y al mismo tiempo cual es la educación que ha recibido de sus padres o de las personas con quien convive, es decir de la familia que lo tiene bajo su cuidado. Es por ello que el juzgador deberá poner más atención cuando decrete provisional o definitivamente una guarda y custodia, solicitada por alguno de los progenitores, surgiendo entre ellos demasiados conflictos respecto a la posesión física de sus hijos, trayendo consigo hacia el futuro próximo los males que aquejan a la sociedad como son: los niños de la calle, violencia infantil, prostitución infantil, drogadicción y delincuencia infantil.

Por todo lo anterior, se puede establecer que la relación que existe entre la familia y el derecho de guarda y custodia de los menores de edad es que la primera es

fuerza de la segunda, es decir si no existe la familia no existe la guarda y custodia pues no podemos negar que si la familia permanece unida la obligación de vigilar, proteger, guardar, educar, corregir y custodiar a los menores corresponde a ambos progenitores y aún cuando se desintegra debería existir la obligación pero, desafortunadamente por no estar reglamentada dicha institución creen los progenitores que la obligación de educar y mantener a sus descendientes solo recae en uno de ellos.

2 GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES DENTRO DEL MATRIMONIO

La institución del matrimonio tiene su origen en el Derecho Romano, cuyo origen proviene de la familia, tal como lo refiere el artículo primero y once del Código sustantivo Familiar del estado de Hidalgo que a la letra dicen: " La familia es una institución social, permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas por el vínculo jurídico del matrimonio...", " el matrimonio es una institución social y permanente por la cual se establece la unión jurídica de un solo hombre y una sola mujer que con igualdad de derecho y obligaciones originan el nacimiento y estabilidad de una familia..." ; así mismo del matrimonio emanan varias instituciones jurídicas entre ellas la patria potestad y de esta última el derecho de guardar y custodiar a los hijos menores de edad. La institución del matrimonio es una forma legal y lícita establecida por la norma jurídica a través de la cual se constituye la familia, siendo el matrimonio un enlace entre un hombre y una mujer, cuyo propósito de la unión es el de procrear hijos perpetuando así la especie humana y brindándose apoyo mutuamente, tanto económico como moral durante el tiempo que dure la convivencia.

Con el transcurso del tiempo la institución del matrimonio ha ido evolucionando hasta convertirse en un acto jurídico y solemne como lo establece nuestro derecho positivo vigente en el Estado de Hidalgo. Es necesario y prudente mencionar que con respecto a los hijos menores de edad los cónyuges tienen la obligación de cuidarlos, protegerlos, educarlos y vigilarlos cuando ambos hacen vida en común y que sus descendientes hayan sido reconocidos en una misma acción. Los derechos que tienen ambos cónyuges dentro de la figura del matrimonio son los siguientes: el esposo y la esposa de común acuerdo darán solución a los problemas que se presenten en el hogar

o en lo que se refiere a la educación de sus hijos, así como en la administración de los bienes que posean.

El matrimonio es una institución y cuya figura es la base de la familia, dentro de la cual ambos cónyuges tienen igualdad en los derechos, así como en las obligaciones en cuanto a los descendientes cuyos derechos y obligaciones emanan del matrimonio. Ambos cónyuges tienen el derecho de ejercer la patria potestad sobre sus menores hijos, la ley también los faculta para representar al infante en los actos jurídicos para los cuales por su incapacidad de ejercicio, él no puede realizar por sí mismo. Acerca de las obligaciones que nacen del matrimonio para con los hijos menores de edad y que son impuestas a ambos cónyuges, éstos están obligados a contribuir al sostenimiento y alimentación de los hijos que procreen, así como cuidarlos, protegerlos y educarlos mientras los chicos sean menores de edad, se emancipen o cumplan la mayoría de edad.

En lo que respecta a los derechos y obligaciones procedentes del matrimonio civil nuestro derecho positivo vigente en el Estado de Hidalgo establece lo siguiente:

El artículo 45 establece que por el matrimonio los cónyuges tendrán la obligación de alimentar, mantener, educar, criar y proteger a sus hijos.

El artículo 46 nos refiere que los cónyuges tienen derecho a decidir sobre la educación de sus hijos. A su vez el artículo 48 decreta que los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento de la familia, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a su educación en los términos establecidos por la Ley, según sus posibilidades.²⁵

Como podemos darnos cuenta el derecho positivo, no olvidó mencionar ninguna obligación a cargo de los cónyuges a favor de sus descendientes, porque la norma legal es muy clara y precisa al establecer hasta donde llega el deber de cada uno de los progenitores para con su prole. Aunque en muchos casos los padres suelen olvidarse de que sus actos son regidos por la Ley y sólo se preocupan por engendrar hijos, sin hacerse responsables de los gastos económicos que este hecho representa, así como tampoco están pendientes de la educación, la alimentación y el bienestar psicológico de

²⁵ Código Familiar de Hidalgo, pp. 37 - 40

los menores; situación que en nuestros días representa un grave problema social, dado que existen muchos niños en la calle totalmente desamparados. Sin tener quien les brinde ningún tipo de ayuda, para poder aspirar a un futuro prometedor, y esto, en gran medida se debe a que no existen sanciones precisas para su desacato.

Por todo lo anterior resulta innegable la relación que existe entre la institución del matrimonio y el derecho de guarda y custodia cuyo derecho se deriva de la institución de la patria potestad, toda vez que la legislación y los doctrinarios aunque de manera vaga y confusa nos refieren sobre los derechos y obligaciones que tienen los ascendientes para con sus descendientes, dado que la norma familiar no establece ninguna base o principio que nos sirva de apoyo para la adecuada realización del derecho de guarda y custodia sobre los hijos menores de edad, tan es así que en este rubro se tiene que actuar conforme al criterio del juzgador, aún cuando este suele equivocarse con mucha frecuencia por desconocer la parte medular de la situación que se vive a intramuros del hogar de la familia que se está desintegrando, si bien es cierto que el matrimonio civil es totalmente legal también es cierto que éste crea tanto derechos como obligaciones para con los hijos que procreen los cónyuges unidos por este acto y tienen todo el derecho a ser cuidados y protegidos por sus progenitores; cuando están viviendo juntos.

3 GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES DENTRO DEL CONCUBINATO

Al abordar el tema del concubinato nos estamos refiriendo a un matrimonio de hecho cuya institución permite que se inicie una familia con todos los derechos que emanan del matrimonio civil y principalmente los deberes que se tienen para con los hijos procreados dentro del concubinato, ya que de la unión de un hombre y una mujer libres de matrimonio puede llegar a formarse una familia, pues el hombre y la mujer que hacen vida en común en la mayoría de los casos procrean uno o varios hijos, teniendo éstos los mismos derechos que los hijos de matrimonio entre dichos derechos se encuentra el derecho de los hijos a ser cuidados, educado y protegidos por sus padres, cuando éstos viven juntos a ambos les corresponde la obligación de velar por sus descendientes, pero cuando la pareja se separa, este deber recae sobre uno de los

progenitores creyendo tener el otro el derecho de visita y convivencia pero este se olvida que a pesar de que no tiene la guarda y custodia sobre sus menores hijos, también tiene la obligación de la educación y vigilancia de estos, tal como lo establece la institución de patria potestad.

En la actualidad el concubinato es una unión lícita que produce efectos jurídicos con respecto a los hijos cuyos efectos comprenden el cuidado, la educación, la protección y la vigilancia de los menores, así como la obligación de que los concubenarios se proporcionen alimentos entre sí. El maestro Baqueiro Rojas nos da un concepto de concubinato muy completo: "Concubinato siendo este la unión libre y duradera entre un hombre y una mujer, que viven y cohabitan como si estuvieran casados, y que puede o no producir efectos legales".²⁶ El Código Familiar vigente en el Estado de Hidalgo en su artículo 164 nos da la siguiente definición cuyo numeral es aplicable en materia familiar en el Estado antes mencionado. "El concubinato es la unión de un hombre y una mujer libres de matrimonio, que durante más de cinco años, de manera pacífica, pública, continua y permanente, hacen vida en común como si estuvieran casados, y con obligación de prestarse alimentos mutuamente".²⁷ De acuerdo a lo establecido por nuestro derecho positivo vigente en el Estado de Hidalgo el concubinato se puede equiparar al matrimonio civil siempre que éste reúna los requisitos contenidos en el artículo 168 que estatuye lo siguiente:

Que la unión concubinaria tenga las características que dispone el artículo 164.

Solicitar los concubinos conjunta o separadamente la inscripción del concubinato.

Los bienes habidos durante el concubinato se rigen por las reglas de la sociedad conyugal.

La solicitud a que se refiere este artículo, podrá pedirse por los concubinos, conjunta o separadamente; los hijos por sí mismos o a través de su representante legal; o por el

Ministerio Público.²⁸

De acuerdo a lo que nos refiere la Ley sustantiva vigente en el Estado de Hidalgo, nos percatamos que es muy importante inscribir la figura del concubinato para que éste surta sus efectos legales como si la pareja se encontrara unida por el vínculo

²⁶ BAQUEIRO, Rojas Edgard. Derecho de Familia y Sucesiones. p. 121

²⁷ Código Familiar, ob., cit. p. 85

²⁸ Ibidem

matrimonial, ya que la mayoría de las parejas que no están unidas por el vínculo matrimonial, optan por vivir en concubinato institución que no surte sus efectos en la mayoría de los casos, por no reunir los requisitos establecidos por la norma jurídica en materia familiar.

El concubinato termina de la misma forma que se inicia, por acuerdo mutuo de la pareja, dado que ambos deciden ya no vivir juntos, separándose y conviniendo de manera verbal hacer su vida cada uno por su lado, pero si el concubinato fue registrado tal como lo establece el artículo 168 de la ley sustantiva familiar tendrá que darse por terminado ante el juez de la misma materia; en ambos casos después de concluido el concubinato prevalecen los efectos legales entre la pareja así como las obligaciones que tienen ambos concubinarios con los hijos que procrearon durante el tiempo que cohabitaron juntos, si los hijos han sido reconocidos por sus progenitores dado que en la figura del concubinato también surge el derecho de custodia sobre los hijos menores de edad, razón por la cual deben cumplir los padres con sus deberes familiares pues esta facultad de guarda y custodia es inherente a la institución de la patria potestad, aun cuando no se encuentre debidamente establecido en el Código Familiar del Estado de Hidalgo el derecho de custodiar a los hijos menores.

Es muy importante saber cuales son los efectos que causa la extinción del concubinato, principalmente en lo que se refiere a la persona de los hijos; se reconocen los efectos jurídicos que de esta unión se derivan como son: los hijos tienen la posibilidad de investigar quienes fueron sus padres y una vez establecida la filiación de los hijos habidos durante el concubinato, éstos tendrán derecho a alimentos y a ser llamados a la sucesión del padre, así como también tendrán los hijos el derecho a ser cuidados, educados, vigilados y protegidos hasta que cumplan la mayoría de edad o hasta que se emancipen lo que suceda primero, lo anterior es obligación de los progenitores.

Por todo lo referido nos damos cuenta que el derecho de custodia se relaciona íntimamente con el concubinato, siempre que los concubinarios tengan descendencia durante el tiempo que dure la convivencia de la pareja que aunque la legislación

hidalguense no contempla bases ni principios que nos digan como poder realizar este derecho de guarda y custodia sobre los menores de edad es evidente que esta obligación existe, razón por la cual es urgente que se revise a conciencia el contenido de la norma familiar hidalguense para, así poder subsanar las lagunas jurídicas que se encuentran en la institución de patria potestad dado que de ésta emerge el derecho de custodia cosa que no debería de ser, pues el derecho de custodia debería tener un capítulo único que estableciera un patrón a seguir en lo que se refiere a la realización de esta facultad sobre los menores de edad, así mismo que este capítulo único nos establezca que verdaderamente no existe diferencia ni calificativo para los hijos tal y como lo establece el derecho Positivo vigente en el Estado de Hidalgo en su numeral 219.

Pero que no obstante lo referido por la norma familiar si hay diferencia entre los hijos, dado que si se va a realizar un convenio de custodia sobre los descendientes de una pareja que cohabita bajo la institución del concubinato dicho convenio se realiza de forma verbal y privada es decir entre la pareja, toda vez que en éste no tiene ingerencia el órgano jurisdiccional (excepto cuando el concubinato ha sido registrado) para darle legalidad a dicho convenio por eso resulta muy sencillo pasar por alto los términos en los que se redacta dicho documento, dado que éste no reviste las características legales exigidas por el derecho y por tanto puede observarse o no lo manifestado en el acuerdo realizado entre los progenitores de los menores de edad por lo que se refiere a la guarda y custodia de éstos, solo interviene el juez cuando existe controversia respecto a cual de los progenitores tendrá el derecho de custodia sobre los hijos menores rigiéndose la autoridad de acuerdo a lo establecido en la institución de patria potestad o en la costumbre, cabe mencionar que cuando la pareja que se separa ha vivido en concubinato difícilmente la custodia de los menores será jurídicamente vigilada.

4 GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES DENTRO DE LA UNIÓN LIBRE

Esta figura aunque no esta contemplada legalmente, si es una fuente para la guarda y custodia de los menores hijos procreados por la pareja que cohabita bajo esta figura de hecho, cuya figura es tan antigua como la humanidad misma, se presenta

cuando un hombre y una mujer deciden unir sus vidas, cohabitando en el mismo domicilio como si estuvieran unidos por la institución del concubinato, dado que la unión libre es una modalidad que no tiene ninguna validez legal, por tanto no produce efectos jurídicos en relación a la pareja.

Pero crea una relación de parentesco natural entre el o los hijos y sus progenitores surgiendo así la guarda y custodia que tienen los padres para con sus hijos, cuando la pareja está unida ambos ejercen este derecho y cuando optan por separarse la facultad solo la detenta uno de ellos mientras que el otro progenitor solo tiene el derecho de visita y convivencia aún cuando decidan separarse el derecho u obligación de guarda y custodia persiste, dado que los hijos son iguales ante la ley no importando la situación jurídica de los progenitores en el momento de concebir a las criaturas. La convivencia de la pareja dentro de la figura de la unión libre normalmente es transitoria e ilícita dado que esta forma, de vida no se encuentra contemplada en ningún ordenamiento legal, la figura de la unión libre se termina cuando el hombre o la mujer ya no desean seguir cohabitando bajo el mismo techo, decidiendo separarse de común acuerdo, o aun habiendo oposición por una de las partes.

Sin embargo dentro de la Unión Libre únicamente prevalecen los derechos y obligaciones con los hijos que haya procreado la pareja durante la convivencia, siempre que éstos hayan sido reconocidos; podría decirse que la figura que nos ocupa está basada en la costumbre y se origina de la misma manera. Bajo la figura de "unión libre", conviven varias parejas que hacen vida en común, dentro de la cual procrean uno o varios hijos, mismos que en ocasiones son rechazados por la sociedad como si éstos fueran culpables de la situación jurídica de sus progenitores al momento de concebirlos, sobre este tema no han abundado los doctrinarios, dado que esta figura no es contemplada por la norma legal, salvo uno que otro autor como es el caso del profesor Manuel Chávez Asencio que nos dice que la unión libre son: "Las relaciones sexuales que existen entre varones y mujeres no comprometidos en una vida conyugal. Están como posibles las relaciones concubinarias y las habidas esporádicamente. Excluye las

adulterinas por la especial ilicitud de ellas y el daño que causan a la vida conyugal".²⁹

El juicio que emite el profesor Chávez Asencio es muy respetable, pero habrá quienes no compartan su opinión ya que al parecer él, es una persona muy moralista, cualidad a la que el lector le tiene que dar su justo valor, no olvidándose de que en la actualidad la sociedad piensa de manera muy diferente a la de el profesor Chávez Asencio. Hoy en día la pareja prefiere vivir en unión libre, que atarse por el vínculo matrimonial ya que para los jóvenes vivir juntos es como un ensayo del matrimonio si durante el tiempo que dura el ensayo, su relación amorosa no se deteriora, sino que por el contrario se consolida y procrean hijos la pareja decide en ocasiones formalizar legalmente su convivencia casándose por lo civil, no siendo un requisito tener descendencia, para darle legalidad a su vida de pareja. Es necesario referir que los hijos nacidos dentro de la figura de la unión libre no quedan desamparados, porque el Código Familiar vigente en el Estado de Hidalgo, en su capítulo vigésimo segundo y en sus numerales 219, 222 y 225, nos ofrece todo lo referente a los hijos, no importando el estado civil de sus progenitores.

Todo lo que la ley sustantiva establece en beneficio de los hijos nacidos fuera de matrimonio en lo que se refiere a la teoría esta muy bien, pero ya en la realidad algunas de las hipótesis que ofrece nuestro derecho positivo en el Estado de Hidalgo no se cumplen, debido al poder económico que se detenta sólo en algunas personas y a que los encargados de aplicar la ley, se dejan sobomar, convirtiéndose así en una autoridad corrupta. Muy diferente sería que la norma legal se aplicara, no violando lo estatuido por los legisladores respetando de esta manera todos y cada uno los derechos y garantías que ofrece nuestra legislación familiar, así como lo establecido por la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos y la Comisión Nacional de Derechos Humanos, aceptando principalmente la autoridad que los derechos de todos los niños, sin importar el círculo social al que pertenezcan deben de ser respetados y en lugar de lucrar con éstos, sancionar al padre o a la madre desnaturalizados que tratan de evadir la responsabilidad que tienen para con sus descendientes, hasta que éstos cumplan la mayoría de edad o se emancipen, lo que suceda primero.

²⁹ CHAVEZ, Asencio Manuel F. La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares, p. 210.

Que diferente sería la vida de los niños, hijos de una unión libre si su progenitor les proporcionara lo suficiente para sufragar sus más elementales necesidades, durante su menor edad o hasta que se emancipen; (al igual que en otras fuentes del derecho de guarda y custodia), pero por lo regular esto no sucede ya que por lo general ser responsable es cuestión de conciencia y de principios morales, con lo que los progenitores no cuentan o también se da esta situación debido a la poca cultura que tiene la sociedad en México, pues la pareja se piensa que sus descendientes no tienen derecho a pedirles una pensión alimenticia bastante para que éstos no sufran privaciones, que los obliguen a cometer algún ilícito o en ocasiones en el caso de las niñas a prostituirse a muy temprana edad para obtener dinero que utilizan para poder aportarlo al hogar.

Cabe hacer mención de que en la figura de la unión libre, cuando la pareja decide disociarse se realiza un convenio al igual que se hace dentro de la institución del concubinato; de manera verbal en donde se establece quien de los progenitores ejercerá la guarda y custodia de los menores y además de forma interna entre los padres, dado que aquí no interviene el órgano jurisdiccional para otorgar a alguno de los ascendientes el derecho de guarda y custodia de los menores hijos, es decir la pareja utiliza su libre albedrío para realizar el derecho de guarda y custodia sobre sus descendientes cosa que no debería de ser ya que la ley familiar del Estado de Hidalgo nos refiere que los hijos son iguales ante la familia, ante la sociedad y ante el Estado, sin importar la situación jurídica de sus progenitores al momento de concebir a sus descendientes.

Si bien es cierto que los hijos son iguales ante la familia, la sociedad y el Estado también es cierto que deberían de ser tratados y considerados de igual manera dentro de la norma familiar hidalguense, respetándoles todos y cada uno de los derechos que les confiere el Estado, por ejemplo porque en lo que respecta al derecho de guarda y custodia lo que la pareja acuerde tiene que ser de manera privada en donde no interviene la autoridad familiar si los hijos son iguales ante la familia, la sociedad y el Estado solo interviene el juzgador cuando existe controversia, habría que preguntarse en dónde se encuentra la igualdad de los hijos, independientemente que éstos sean

procreados dentro de la institución del matrimonio, dentro de la institución del concubinato o dentro de la figura de la unión libre, así mismo es necesario mencionar que cuando la pareja que se separa a vivido en concubinato o en unión libre es muy raro que se regule el derecho de guarda y custodia sobre los descendientes de ésta.

5 GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES DENTRO DEL DIVORCIO

En esta institución se le da al derecho de guarda y custodia mayor relevancia dado que es aquí, en donde jurídicamente se establece la obligación de guardar y custodiar a los hijos menores de edad de la pareja que decide divorciarse, toda vez que en el caso de que ésta no logre ponerse de acuerdo en cuanto a las condiciones que revestirá el convenio referente a la custodia de los hijos, será el juez familiar quien tenga la facultad de intervenir y así decidir cual de los progenitores supuestamente es la persona más idónea para tener el derecho de custodia sobre los hijos menores de edad, en tanto que el otro ascendiente tendrá el derecho de visita y convivencia.

Sería beneficioso para los cónyuges que deciden divorciarse que antes de hacerlo se preocuparan por saber que significa realmente la palabra divorcio, así como investigar cuales son las consecuencias del mismo. Si bien es cierto que el divorcio rompe con el vínculo conyugal, también es cierto que las obligaciones de los ex cónyuges para con sus hijos permanecen intactas, así como las obligaciones legales, entre aquellos debido a que la norma legal familiar en este rubro si establece bases, normas y principios que refieren los términos en los cuales se debe de realizar el divorcio.

Nuestro Derecho Familiar Positivo vigente en el Estado de Hidalgo en el artículo 110 nos afirma que el divorcio "es la disolución del vínculo conyugal, a petición de uno de los esposos, o de ambos, dejándolos en aptitud de contraer un nuevo matrimonio".³⁰ Si bien es cierto que los ex cónyuges pueden volver a contraer matrimonio, también es cierto que primero que nada deben de pensar en el bienestar de sus descendientes cuando existan, procurando que éstos resulten lo menos afectados posible, porque los menores de edad dentro de la sociedad son y serán los hombres y mujeres del mañana

³⁰ Código Familiar, op., cit., pp. 60-61

y si éstos presentan problemas psicológicos tendríamos que hacernos una pregunta ¿como será esa sociedad y que traumas se observarán en ella? Después de haber leído la opinión de algunos doctrinarios sobre la palabra divorcio la comparo con lo que refieren los legisladores y concluyo que tanto para éstos como para algunos doctrinarios aunque con diferentes palabras el divorcio significa que los cónyuges dejarán de cohabitar en el mismo domicilio, así como también dejarán de tener las demás obligaciones inherentes al matrimonio excepto las obligaciones que tienen para con sus descendientes al efectuarse la disolución del vínculo matrimonial y que los hijos menores de la pareja quedarán bajo la custodia de uno de ellos, teniendo el otro progenitor el derecho de visita y convivencia.

La naturaleza jurídica del divorcio para darnos una idea, de lo que tienen que enfrentar los que inician el trámite del divorcio el Diccionario Jurídico nos dice que, "es una Controversia de Orden Familiar, por ello es juez competente el Juez de lo familiar del domicilio conyugal"³¹. Es evidente que su naturaleza debe de ser de orden familiar ya que afecta directamente los intereses de los miembros que integran una familia, tanto a los ascendientes pero principalmente a los descendientes.

Cuando la pareja opta por separarse disolviendo el vínculo matrimonial que los unía o si la pareja vivía en concubinato o en unión libre y ésta decide separarse, el derecho de guarda y custodia de los descendientes corresponde a uno solo de los ascendientes sin importar si es la persona más idónea para realizar esta facultad o no, lo es, dado que la legislación familiar no contempla bases ni principios que nos refieran como se debe aplicar este derecho de guarda y custodia sobre los menores de edad, cuyos padres han decidido romper el vínculo matrimonial que los mantenía unidos o sencillamente la pareja opta por separarse existiendo esta laguna jurídica tanto en materia federal como en materia común.

Es urgente una revisión exhaustiva y total de la legislación familiar del Estado de Hidalgo, para que el Juzgador ya no tenga las facultades de intervención total en el otorgamiento del derecho de guarda y custodia de un menor de edad cuando los

³¹ Diccionario Jurídico Mexicano, ob., cit., p. 1188

progenitores de los menores no logran ponerse de acuerdo sobre quien de ellos tendrá bajo su cuidado a los hijos, ya que sería importante que se establezcan normas, principios y bases que regulen esta facultad de guarda y custodia de los descendientes que vivan el problema de que sus progenitores se estén divorciando pues para el juez es muy cómodo decidir el futuro del infante sin detenerse a pensar si hizo lo correcto o si su decisión va a dañar psicológica y moralmente de manera irreversible al sujeto pasivo del derecho de guarda y custodia, dado que el juzgador no conoce absolutamente nada de la convivencia de esa familia que se está desintegrando y que por tanto no debería ser él, quien resuelva la situación legal del menor, puesto que una persona puede ser un mal cónyuge pero no un mal padre o una mala madre y es lo que el juzgador se debería de poner a analizar de forma cuidadosa, obviamente si se encontrara contemplada la guarda y custodia en un capítulo único dentro del ordenamiento familiar.

5.1 EFECTOS DEL DIVORCIO

Es muy importante que los cónyuges que deciden divorciarse se preocupen por conocer todos y cada uno de los efectos que causa la disolución del vínculo matrimonial con respecto de los hijos, dado que de esa manera tal vez lo pensarían mejor antes de tomar una determinación tan delicada como lo es iniciar los trámites de un divorcio ya sea voluntario o necesario, ya que ambas figuras traen como consecuencia la desintegración familiar hablaremos especialmente de los efectos que ocasiona en los hijos la disolución del vínculo matrimonial. Aunque son tres clases de efectos los que se originan con la disolución del vínculo matrimonial solamente trataremos los efectos referentes a los hijos menores de edad, dado que éstos son las personas más vulnerables en un proceso de divorcio y por tanto merecen más atención por su incapacidad de ejercicio, a men de que el tema central del presente trabajo es la guarda y custodia de menores.

Antes de las últimas reformas al Código Familiar, la Ley imponía como sanción al cónyuge culpable del divorcio, la pérdida de la patria potestad sobre sus hijos, o la suspensión de la misma mientras viviera el cónyuge inocente. Actualmente la sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el Juez de lo Familiar

deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos cuya obligación debe de estar a cargo de ambos progenitores, pues los efectos del divorcio no deben recaer en las relaciones de padres e hijos. Los que se divorcian son los cónyuges, no los padres de los hijos. Un individuo (a) puede ser mal cónyuge, adúltero, etc., pero puede ser al mismo tiempo un progenitor (a) responsable y amoroso al que no debe privársele de la patria potestad, que implica el interés en todo lo que se refiere a la formación y contacto con el hijo. El padre o la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos, ya que éstas no disminuyen en lo absoluto, toda vez que se originan con el parentesco, resultado de la filiación entre los progenitores y sus descendientes, no obstante todo lo referido cabe hacernos una pregunta ¿en dónde queda la esencia de la familia después de que ésta se desintegra?

Referente al párrafo anterior nuestro Derecho Positivo vigente en el Estado de Hidalgo nos enuncia lo siguiente en su numeral 132 en las siguientes fracciones.

La sentencia de divorcio deberá contener en cuanto a los hijos:

I.- Relación entre padres e hijos.

II.- Medidas cautelares de convivencia familiar.

IV.- Modalidades en la custodia, vigilancia y cuidado de los hijos.

V.- Pensiones alimenticias vencidas y futuras.

VI.- Educación de los hijos.³²

De acuerdo a todos los requisitos establecidos por la ley, que debe reunir una sentencia de divorcio quedan aparentemente protegidos todos los derechos y obligaciones que tienen los progenitores para con sus hijos, pero si nos detenemos a observar la situación que viven los hijos de padres divorciados todo lo que refiere la norma legal en la realidad no se cumple principalmente en lo que se refiere al derecho de custodia, toda vez que el progenitor que pierde este derecho su función se limita a proporcionar una raquítica pensión alimenticia que en la mayoría de los casos no alcanza para solventar todos y cada uno de los gastos que representa el buen desarrollo

³² Código Familiar, ob., cit., pp. 73 y 74

tanto físico como intelectual de un niño.

Así mismo se olvidan de que sus descendientes necesitan de su presencia y que no solamente les basta para estar bien educados, cuidados, protegidos y vigilados el signo de pesos; sino que las obligaciones anteriores recayeran sobre ambos progenitores, dado que cuando la pensión no es bastante la persona que ejerce el derecho de guarda y custodia se ve en la necesidad de trabajar para proveer lo que hace falta a sus menores hijos, descuidando durante la jornada de trabajo a sus descendientes, lo que origina que en la sociedad actual muchos de los hijos de padres divorciados se vuelvan delincuentes, alcohólicos, drogadictos o lo que es peor las niñas se prostituyan a muy temprana edad, todo lo anterior porque estos menores no tienen a una persona mayor para que los cuide como debiera ser y para que los progenitores no cometan anomalías en el futuro hace falta que a la legislación familiar se le adicione un capítulo único que establezca hasta donde llegan los derechos y obligaciones de cada uno de los progenitores y en donde empiezan los de el otro ascendiente, para que si alguno de los progenitores llegara a violar lo estipulado en la sentencia se le sancione conforme a derecho.

Respecto a los efectos del divorcio en cuanto a los hijos nuestro Código Familiar vigente en el Estado de Hidalgo nos dice lo siguiente:

En su artículo número 118 expresa que la patria potestad de los hijos quedara a cargo del cónyuge inocente, salvo el caso de los menores de 5 años que siempre estarán bajo la custodia de la madre, excepto que tenga notoria mala conducta.

El artículo 123 anuncia que el Juez podrá retener hasta el 50% de los ingresos del deudor alimenticio para ser entregado a sus acreedores.

El artículo número 124 expone que antes de proveer definitivamente sobre la patria potestad o la tutela de los hijos, el Juez Familiar podrá acordar a petición de los abuelos, tíos, hermanos mayores de edad o el Ministerio Público, cualquier medida que se considere benéfica para los menores.³³

Todo lo que hasta el momento se ha referido en el tema del divorcio es únicamente en lo que toca al **divorcio necesario**, el cual esta contenido en el numeral

³³ Ibidem, pp. 67 - 70

110 del Código Familiar del Estado de Hidalgo, pero eso no quiere decir que sea la única clase de divorcio que existe, pues también se cuenta con la figura del divorcio voluntario: **Divorcio voluntario** cuya figura se encuentra establecido en el artículo 127 del ordenamiento antes referido la cual significa, la disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges por autoridad competente, ante la solicitud por mutuo consentimiento de ambos esposos.

Es evidente que el derecho de guarda y custodia de los hijos no esta desvinculado de la institución del divorcio, toda vez que este derecho es ejercido por los padres de manera conjunta cuando se encuentran conviviendo en el mismo domicilio, surgiendo la problemática de la custodia cuando los cónyuges deciden divorciarse, dado que en este momento ambos quisieran tener el derecho de custodiar a sus descendientes cosa que no puede ser debido a que la familia se desintegra y solo uno de los padres tendrá la facultad de guarda y custodia sobre los hijos menores de edad, mientras que el otro progenitor solo tendrá el derecho de visita y convivencia el cual podrá ejercer en su momento, pero también es importante mencionar que el progenitor que no tenga a su favor la guarda y custodia, no se olvide que también tiene la obligación de educar y vigilar a sus descendiente cosa que rara vez sucede, dado que la norma familiar tiene varias lagunas jurídicas al respecto.

Si en un futuro no lejano se lograra la adición del capítulo que se ha venido mencionando es casi seguro que se evitarían varios problemas de índole familiar y social, pero más que nada sería una buena medida para que los menores de edad sujetos al derecho de custodia no tuviesen que aceptar algo que el órgano jurisdiccional les imponga prácticamente por la fuerza sin preocuparse éste de investigar las verdaderas causas de la separación de la pareja y tomando en consideración que un cónyuge puede resultar que sea mal compañero o mala compañera, pero puede ser un muy buen padre o buena madre ya que una cosa es ser esposo o ser esposa y otra muy distinta es ser padre o madre, cosa que la ley familiar no obliga al juzgador a analizar a fondo para evitar conflictos familiares mayores que los ya existentes.

6 CUARDA Y CUSTODIA DE MENORES DENTRO DE LA PATRIA POTESTAD

Dentro del Derecho Privado se encuentra la rama del derecho familiar y dentro del derecho familiar encontramos ubicada la institución de la patria potestad de cuya figura se desprende el derecho de guarda y custodia, y dichos preceptos jurídicos frecuentemente son confundidos por los doctrinarios, legisladores y por el juzgador, toda vez que hasta la presente ninguno de los grupos antes mencionados se han dado a la tarea de establecer la diferencia que existe entre ambos vocablos, así como tampoco le han dado la importancia que realmente tiene de guardar y custodiar a un menor de edad cuando sus progenitores se están divorciando o simplemente se separan .

Al referirme al importante rubro de la institución jurídica de patria potestad me voy a permitir abordarla de una manera detallada para que al lector no le resulte difícil establecer la diferencia que existe entre la institución de la patria potestad y el derecho de guarda y custodia de menores. Así mismo esta institución le da cohesión al grupo familiar y el sujeto activo de esta institución tiene la facultad de administrar los bienes propiedad del sujeto pasivo de la patria potestad siempre en beneficio de éste último.

El ejercicio de la patria potestad se les atribuye a los padres y a los abuelos, para que velen por el bienestar de sus descendientes, esta función no se puede transferir ni negociar, así como tampoco se puede renunciar a ella dado que esta institución se origina con la filiación, teniendo como finalidad proteger a los menores no emancipados, cuyo objetivo en la realidad no se da, debido a que la protección de los menores siempre la realiza el sujeto activo del derecho de guarda y custodia. Podemos decir que en la patria potestad están inmersos tanto los derechos como las obligaciones de la guarda y custodia a los que están sujetos los progenitores, así como los descendientes siendo éstos los sujetos pasivos de la patria potestad.

6.1 CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD

Al referimos al concepto de patria potestad es necesario mencionar que lo deberían de conocer principalmente los padres de familia, los abuelos y en sí la sociedad

en general, ya que éste les dará la idea exacta de lo que en esencia es la institución a la que nos estamos refiriendo para no confundirla con el significativo derecho de guarda y custodia, que no obstante que la obligación de guarda y custodia se deriva de la institución de patria potestad ambas figuras son muy diferentes entre sí, toda vez que mientras que la patria potestad se puede ejercer de una manera mancomunada, el derecho de guarda y custodia solo se ejercerá conjuntamente cuando los progenitores vivan juntos, pero cuando los ascendientes se divorcian o se separan solo uno de ellos ejercerá este derecho, en tanto que el otro progenitor solo tendrá el derecho de visita y convivencia con su descendiente; visita y convivencia que en ocasiones no se realiza por la negligencia del visitante, ya que este derecho se puede realizar aun en contra del sujeto activo del derecho de guarda y custodia puesto que el derecho de visita y convivencia lo otorga una autoridad competente en materia familiar y por tanto el custodiante se tiene que abocar a lo establecido por el juzgador en la sentencia del juicio de divorcio en la cual se establece quien de los progenitores ejercerá la custodia de los hijos menores de edad, a continuación daremos a conocer lo que opinan algunos estudiosos de la materia familiar sobre la definición de patria potestad:

En primer lugar, cabe mencionar lo que nos refiere nuestro Derecho Positivo Familiar vigente en el Estado de Hidalgo en su numeral 243 que a la letra dice. La patria potestad "es el conjunto de derechos y obligaciones reconocidos y otorgados por la ley, a los padres y abuelos en relación a sus hijos o nietos, para cuidarlos, protegerlos y educarlos, así como sus bienes".³⁴ Respecto a la cita anterior voy a hacer una crítica referente a lo que establece el Código Familiar sobre el concepto de patria potestad, ¿yo me pregunto en dónde queda la obligación de cuidar, vigilar, proteger y educar al menor, cuando los progenitores se separan, dado que la patria potestad es ejercida por ambos? si en la realidad todas esas atribuciones son delegadas al sujeto activo del derecho de guarda y custodia y en ningún momento el progenitor que no ejerce la guarda y custodia realiza las obligaciones derivadas de la patria potestad, según como refiere el precepto legal antes referido, y por tanto opino que los legisladores se han equivocado rotundamente al pensar que los derechos y obligaciones de los cuales hablan pertenecen a la institución de patria potestad cuando en realidad yo creo que

³⁴ Código Familiar, ob., cit., p. 113

dichos derechos y obligaciones son exclusivos del derecho de guarda y custodia, toda vez que los ascendientes pueden ejercer la patria potestad sin tener físicamente al menor, mientras que el derecho de guarda y custodia no se puede realizar si el sujeto pasivo no se encuentra viviendo al lado del sujeto activo en el mismo domicilio para que éste pueda cuidar, educar, proteger y vigilar a la criatura.

Así mismo la patria potestad se ejerce de manera conjunta aunque los progenitores vivan separados mientras que la guarda y custodia se ejerce conjuntamente cuando la pareja vive unida pero cuando los ascendientes se divorcian o deciden separarse la custodia solo la ejerce uno de los ascendientes y el otro únicamente tendrá el derecho de visita y convivencia por eso sigo diciendo que los legisladores, doctrinarios y el propio juzgador confunden la institución de patria potestad con el derecho de guarda y custodia de un menor. Razón por la cual es urgente que se adicione a la legislación familiar de Hidalgo un capítulo único que establezca normas bases y principios sobre el derecho de guarda y custodia y que a la vez este derecho se convierta en autónomo deslindándose de la institución de patria potestad y estableciendo la diferencia que existe entre ambas figuras, ya que a simple vista se parecen pero no son iguales a la hora de ser aplicadas dentro del Derecho de Familia.

Para Daniel Hugo D' Antonio la patria potestad "es la institución protectora de la minoridad, natural y legalmente puesta a cargo de los progenitores para los fines de lograr el pleno desarrollo y la formación integral de los hijos".³⁵ Si bien es cierto que la patria potestad es una institución que protege a los menores y recae esta obligación principalmente sobre los padres, también es cierto que cuando éstos se desunen ambos tienen la patria potestad sobre sus descendientes, pero solo uno de ellos podrá tener el derecho de guarda y custodia sobre los hijos, mientras que el otro progenitor tendrá el derecho de visita y convivencia en esto estriba la diferencia entre estas dos figuras jurídicas por tanto no debemos de confundirlas.

Julien Bonecase nos manifiesta que la patria potestad "es el conjunto de prerrogativas y obligaciones legalmente reconocidas, en principio al padre y a la madre,

³⁵ D' ANTONIO, Daniel Hugo. Derecho de Menores. p. 165

parcialmente a los ascendientes a los terceros, respecto a los hijos menores considerados tanto en sus personas, como en sus patrimonios “.³⁶ Después de saber como definen a la patria potestad más de un doctrinario se puede decir que esta institución, tanto en legislaciones antiguas como en la norma legal actual, los legisladores y doctrinarios confunden la patria potestad con el derecho de guarda y custodia, dado que el ejercicio de la patria potestad en primer término le es atribuido a los progenitores, teniendo éstos la facultad de cuidar, proteger, orientar y cultivar intelectualmente a sus descendientes, así como también cuidar de los bienes del menor sujeto a patria potestad cosa que no siempre sucede dado que uno de los progenitores puede tener la patria potestad pero encontrarse a cientos de kilómetros de distancia del sujeto pasivo de esta institución y por tanto no lo puede cuidar, proteger, educar, corregir y vigilar, dado que éste se encuentra viviendo lejos con el sujeto activo del derecho de guarda y custodia.

Por esa simple y sencilla razón no comparto la opinión de los autores señalados, así como tampoco me parece acertado lo establecido por los legisladores en la norma familiar del Estado de Hidalgo, respecto a los derechos y obligaciones que emergen de la institución de patria potestad y en lo que toca a los derechos y obligaciones originados dentro del derecho de guarda y custodia de los menores de edad, para establecer la diferencia que existe entre guarda y custodia y patria potestad es necesario; remitimos a los antecedentes históricos de ambas figuras.

6.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PATRIA POTESTAD EN MÉXICO

Para hablar de los antecedentes de la patria potestad tomaremos como referencia a Roma ya que esta institución tiene su origen en el Derecho Romano cuyas características eran; el poder que ostentaba el paterfamilias excluyendo a la mujer, el jefe de familia tenía autoridad total a lo largo de la existencia de los sujetos pasivos, pues en esa época no importaba que el individuo cumpliera la mayor edad ni se consideraba emancipado cuando éste contraía matrimonio, además se extendía el mando sobre la

³⁶ BONECASE, Julián. Elementos de Derecho Civil, pp. 426 - 427

persona, así como sobre sus bienes que poseía. El paterfamilias tenía la facultad de matar al que estaba bajo su potestad, si así lo consideraba justo, así como también podía venderlo, abandonarlo o entregarlo al sujeto a quien le causara algún daño, para que éste fuera condenado a la reparación del perjuicio que había ocasionado con sus actos sin que le importara al paterfamilias la suerte que corriera aquél y si hablamos de la historia habría que saber que nos refieren los estudiosos del derecho romano sobre la institución de patria potestad, al respecto Floris Margadant nos menciona lo siguiente:

La patria potestad normalmente duraba hasta la muerte del paterfamilias y nos muestra los siguientes aspectos:

- a) El padre o abuelo tenía un poder disciplinario, casi ilimitado, sobre el hijo; hasta podía matarlo, venderlo o exponerlo. Actualmente de este amplio poder del padre sobre los hijos no nos queda más que un moderado derecho de castigar.
- b) Por ser el paterfamilias la única persona verdadera dentro de la familia, originalmente el hijo no podía ser titular de derechos propios. Todo lo que adquiría entraba a formar parte del patrimonio del paterfamilias.
- c) La patria potestad que, en su origen fue un poder establecido en beneficio del padre, se convirtió, durante la fase imperial, en una figura jurídica en la que encontramos derechos y deberes mutuos.³⁷

Entre los pueblos antiguos, la patria potestad tenía un sentido absoluto y despótico, incluso en Grecia y Roma, nacido de la especial configuración política y religiosa de aquella época, había que tomar en cuenta que desde el punto de vista político al no existir el Estado con las características y finalidades que más tarde aparecen, cada familia constituye un Estado propio, y, lógicamente el jefe de este grupo debía asumir en su persona los atributos fundamentales del poder. Los hijos procreados fuera de legítimo matrimonio no estaban bajo la potestad paterna y la legitimación fue la forma que se empleó para conferir a los padres la patria potestad sobre sus hijos naturales, respecto a lo anterior veamos que nos aporta el doctrinario Chávez Ascencio.

Nos dice que en México, en los Códigos de 1870 y 1884 la patria potestad se ejercía, en primer término, por el padre y después por la madre. Sólo por muerte, interdicción, ausencia del llamado preferentemente, entraría al ejercicio de la patria potestad el que seguía en el orden establecido en los artículos del Código. Después de la muerte seguía

³⁷ FLORIS, Margadant S. Guillermo. El Derecho Privado Romano, pp. 200 y 201

el abuelo paterno, después el materno. Fue en la Ley sobre Relaciones Familiares donde el artículo 241 estableció que la patria potestad se ejerce por el padre y la madre en primer término, y después por los abuelos paternos y por último por ambos abuelos maternos, lo que recibe el Código Civil actual, de tal forma que la patria potestad se ejerce mancomunadamente.³⁸

Como podemos observar la institución de la patria potestad ha sufrido un cambio de poca relevancia de acuerdo al movimiento que se ha manifestado en la sociedad moderna, dado que la patria potestad es una figura que crea derechos y deberes en relación a los padres y abuelos para con sus descendientes, lo que no ha evolucionado como debiera ser es la mentalidad de los legisladores, así como la de los doctrinarios mexicanos y me atrevo a manifestar lo anterior debido a que los derechos y deberes que tanto se mencionan dentro de la institución de patria potestad en la mayoría de los casos no se cumple con el objetivo de éstos.

Si bien es cierto que los ascendientes están obligados a cuidar, educar, proteger y velar por sus descendientes, también es cierto que los deberes antes mencionados le corresponde realizarlos al sujeto activo del derecho de guarda y custodia, dado que es éste el que convive con el menor de edad pues al tenerlo bajo su cuidado es un requisito que ambos deben de vivir en el mismo domicilio o de lo contrario no se estaría cumpliendo con la finalidad del derecho de la guarda y custodia, mientras que los sujetos activos de la patria potestad pueden o no vivir bajo el mismo techo que el sujeto pasivo y como podemos observar a distancia no se puede cuidar, educar, proteger y vigilar al sujeto pasivo; por eso sigo diciendo que las facultades que los legisladores le han conferido equivocadamente al sujeto activo de la institución de la patria potestad son exclusivas del sujeto activo del derecho de guarda y custodia y por tanto más que nada los legisladores no deberían de ocasionar que el sujeto activo de la patria potestad usurpara los deberes del sujeto activo del derecho de guarda y custodia.

6.3 NATURALEZA JURÍDICA DE LA PATRIA POTESTAD

Al hablar del tema de la naturaleza jurídica de la patria potestad nos permite

³⁸ CHÁVEZ, Asencio Manuel F. La Familia en el Derecho. p. 269

conocer, la esencia de esta institución así como la importancia de la misma y establecer la diferencia que existe entre ésta y el derecho de guarda y custodia; para ello es necesario explorar el entorno de esta figura y así darnos cuenta que es en realidad la patria potestad jurídicamente hablando, para que en lo sucesivo no la sigamos confundiendo con lo que es el derecho de guarda y custodia, toda vez que ambas figuras suelen parecerse pero no son iguales a la hora de ser aplicadas dentro un caso concreto .

Hay quienes dicen que la Patria Potestad es una Institución, establecida por el derecho, con la finalidad de asistencia y protección a los menores no emancipados, cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de nacidos de matrimonio, de hijos nacidos fuera de él, o de hijos adoptivos, hay quien manifiestan que la patria potestad es una institución protectoria de la minoridad y, como tal, perteneciente al ámbito de la protección jurídica del menor, es decir al derecho de menores.

Existen otro grupo que ve a la Patria Potestad como Facultades y Derechos, opinando que ésta es el conjunto de facultades que suponen también deberes conferidos a quienes ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria y por tanto la patria potestad es el conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos mientras son menores no emancipados para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento, alimentación y educación a que están obligados.

Así mismo hay quien dice que la Patria Potestad es un Poder, estando constituida por un conjunto de poderes conferidos al padre y a la madre con el objeto de proteger al menor frente a los peligros a que está expuesto en razón de su juventud e inexperiencia.

Pero también se presenta un grupo y dice que la Patria Potestad es un Derecho Subjetivo, declarando que ésta es un derecho subjetivo familiar positivo, que nuclea los más numerosos derechos subjetivos de doble funcionalidad, ya que quien la inviste goza de verdaderos derechos subjetivos para el cumplimiento del deber hacia los hijos.

Comparto de manera total la opinión de quienes dicen que la naturaleza jurídica de la patria potestad es un derecho subjetivo, dado que este derecho tiene su origen en una norma legal la cual es establecida por los legisladores; dando con esta Ley a los sujetos activos de esta institución la facultad y/o derecho subjetivo de cuidar, educar, proteger y velar por los intereses del sujeto pasivo hasta que éste cumpla la mayoría de edad o se emancipe lo que suceda primero.

También se puede decir que la naturaleza jurídica de la patria potestad en verdad es un derecho subjetivo, por la simple y sencilla razón de que los derechos conferidos a padres o abuelos del sujeto pasivo son intangibles y que sólo ellos pueden tener la potestad de ejercer los derechos que les otorga el precepto legal, en lo que no estoy de acuerdo es en que los sujetos activos de la patria potestad cuidan, protejan, educan y vigilan al sujeto pasivo; dado que en ocasiones el sujeto pasivo y el sujeto activo viven distanciados mientras que uno vive en el sur, el otro vive en el norte de la República mexicana y así resulta imposible que se cumpla con el objetivo de la patria potestad, a mi forma de ver y entender lo establecido en la norma legal familiar esta equivocado el fin que persiguen los legisladores al pretender que los sujetos activos de la patria potestad usurpen los deberes del sujeto activo del derecho de guarda y custodia ya que con esta situación se presenta la problemática de no saber que hacer con la obligación de guardar y custodiar al menor de edad.

Después de haber referido todo lo anterior creo que es indispensable que en este subtema se haga mención de lo que es la naturaleza jurídica del derecho de guarda y custodia, con la finalidad de hacerle ver al lector que si existe una marcada diferencia entre lo que es la patria potestad y lo que representa el derecho de guarda y custodia.

La naturaleza jurídica de guarda y custodia les permitirá a los progenitores establecer y conocer la importancia que reviste este derecho; jurídicamente hablando, hay que delimitar todas y cada una de las facultades que tienen los sujetos de esta obligación, sin que dichos derechos sean usurpados por los sujetos activos de la patria potestad como se ha venido haciendo a lo largo de nuestra historia, no obstante que es

un poco difícil establecer su naturaleza jurídica, toda vez que no se cuenta con el material bibliográfico suficiente en el ámbito legal que nos diga concretamente de que manera se ejercerá el derecho de guarda y custodia, así como tampoco se encuentran establecidos los principios y las bases que nos pudieran servir de modelo para solucionar el problema que se nos presenta a la hora de que la autoridad competente en materia familiar otorga la obligación de guarda y custodia a uno de los ascendientes, a un tercero o a una unidad pública, pese a lo anterior trataré de establecer la diferencia entre la naturaleza jurídica de la patria potestad y la naturaleza jurídica del derecho de guarda y custodia.

Como ya se refirió en el capítulo de guarda y custodia de menores para el profesor Galindo Garfias, la guarda y custodia es un *DERECHO*, mientras que para la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la guarda y custodia es una *OBLIGACIÓN* y la legislación familiar hidalguense no nos aclara en donde empieza la obligación y en donde termina el derecho de cada uno de los progenitores, porque no basta proporcionar una raquítica pensión para que los hijos estén bien cuidados, pues el derecho y la obligación debe de recaer sobre ambos ascendientes, y en este tema me voy a permitir ratificar mi punto de vista respecto a la naturaleza jurídica del derecho de guarda y custodia, sin lugar a duda contemplo a la guarda y custodia como un derecho, debido a que el ascendiente tiene la facultad de vigilancia, protección, cuidado y posesión de los menores que se encuentren bajo su cuidado; así mismo la visualizo como una obligación, toda vez que los progenitores están moral y legalmente obligados a proporcionarles a sus descendientes todo lo necesario tanto económica como espiritualmente para poder lograr el adecuado desarrollo del menor.

En síntesis dependiendo desde el punto de vista que se este enfocando la figura de guarda y custodia se podrá decir si es un derecho o una obligación; si observamos la guarda y custodia desde el ángulo de los descendientes sería un derecho, mientras que si la contemplamos desde la perspectiva de los ascendientes es una obligación, que tienen éstos para con sus hijos menores de edad.

6.4 CARACTERÍSTICAS DE LA PATRIA POTESTAD

Tanto en la doctrina como en la ley las características de la patria potestad coinciden, la norma familiar nos muestra dichas cualidades a través del Capítulo Vigésimo Cuarto del Código Familiar vigente en el Estado de Hidalgo en Materia Común el cual establece como características de la patria potestad las siguientes:

a) *Cargo de Interés Público.* La patria potestad es la institución reguladora de las relaciones entre padres e hijos, mientras éstos no han alcanzado la edad necesaria para bastarse a si mismos. El conjunto de deberes y derechos que componen esta institución se consideran de interés público, al establecerlo la ley como un cargo irrenunciable.

b) *Intransferible.* Casi todas las relaciones de carácter familiar son de índole personalísimo, no pueden por ello ser objetote de comercio, no pueden transferirse por ningún título oneroso ni gratuito. La patria potestad que solamente permite una forma de transmisión derivada de la figura de la adopción.

c) *Imprescriptible.* La patria potestad no se adquiere ni se extingue por prescripción. Quien está obligado a desempeñarla y no lo hace, no pierde por ello su obligación para entrar a su ejercicio. Lo propio sucede con aquel sujeto que, sin ser padre o madre o ascendiente, protege y representa de hecho a un menor, no adquiere por el transcurso del tiempo, este cargo.

d) *Irrenunciable.* La patria potestad tiene un significativo interés público, de allí que textualmente se le considere irrenunciable, pues implica el cumplimiento de las responsabilidades más serias que puede asumir un sujeto: traer hijos al mundo.

e) *Temporal.* Este cargo se ejerce únicamente sobre los menores de edad no emancipados, por ello dura tanto como la minoridad de los hijos o hasta que contraen matrimonio antes de cumplir la mayoría de edad. El máximo plazo del ejercicio de la patria potestad con respecto a cada hijo son dieciocho años.

Las cualidades o características de la institución de la patria potestad que nos ofrece la ley familiar del Estado de Hidalgo al parecer son las más acertadas pero no todas se llevan a la práctica debido a que el sujeto activo de la institución de la patria

potestad suele olvidarse de los deberes que tiene que cumplir con sus descendientes y además porque esta institución con mucha frecuencia se confunde con el derecho de guarda y custodia de los menores, lo anterior ocurre porque la norma legal familiar hidalguense no contempla normas, bases ni principios que establezcan la diferencia entre ambas figuras.

Por todo lo anterior es apremiante que al Código Familiar de Hidalgo se le adicione un capítulo único que verse exclusivamente sobre el derecho de guarda y custodia y que establezca la diferencia que existe entre ambas figuras, dado que éstas no son iguales aunque se parezcan existe entre las dos una gran diferencia, contraposición que los legisladores y doctrinarios no han podido o no han querido establecer y que por alguna razón no se atreven a dar a conocer al público en general.

Resulta indispensable que en este subtema, como en el anterior también hagamos mención de las características del derecho de guarda y custodia con el objeto de que el o los lectores de este trabajo de tesis hagan una comparación y se puedan dar cuenta de que es cierto lo que manifiesto con respecto a la discrepancia que hay entre el derecho de guarda y custodia y la institución de patria potestad cuyas cualidades son las siguientes:

Como se refirió en el capítulo número uno , dedicado al derecho de guarda y custodia de menores, este cuenta con dos características principales una de carácter general y una de carácter especial; **a) GENERAL:** tratándose de esta característica se puede decir que se está ante la presencia de una atención ilimitada hacia el sujeto pasivo del derecho de custodia, por lo que el guardador siempre deberá actuar con plenitud de facultades y obligaciones, las cuales son (posesión, vigilancia, protección, educación y cuidado del menor sujeto al derecho de guarda y custodia). Cuando hablamos de la característica **b) ESPECIAL:** el cuidado sobre el menor se debe restringir a los fines que determinaron la necesidad de la medida ordenada, sin que el sujeto activo de la figura jurídica de guarda y custodia se tome una atribución que no le corresponde desempeñar, dado que si éste va más allá de lo que le fue encomendado y permitido ya no estaríamos frente a una guarda y custodia especial sino legalmente

sería ésta de carácter general. Así mismo cabe mencionar que la guarda y custodia puede ser de índole *provisional* o de carácter *definitivo* según el tiempo que dure la encomienda hecha al custodiante, y que éste debe cumplir de acuerdo a lo que establezca la autoridad competente en materia familiar que conozca del caso en particular.

De acuerdo a lo referido en el párrafo anterior es evidente que la diferencia que existe entre la institución de patria potestad y el derecho de guarda y custodia, estriba precisamente en el contraste que se observa en las características de cada figura, toda vez que mientras que las características de la patria potestad son: *cargo de interés público, intransferible, imprescriptible, irrenunciable y temporal*, las características del derecho de guarda y custodia son: **GENERAL, ESPECIAL, PROVISIONAL Y DEFINITIVA**; por tanto sigo diciendo que no es lo mismo la institución de patria potestad y el derecho de guarda y custodia.

Si se logra realizar la adición de un capítulo único a la legislación familiar hidalguense que verse exclusivamente sobre el derecho de custodia, en donde se establezcan las bases, normas y principios que le manifiesten al juzgador de que manera puede otorgar esta facultad de custodia, pudiéramos pensar que se evitarían un sinnúmero de problemas entre los progenitores a la hora de que el órgano jurisdiccional le confiere a uno de los ascendientes el derecho de guarda y custodia, mientras que al otro solo le otorga el derecho de visita y convivencia, dado que en la actualidad todo esto se hace utilizando el juez familiar su facultad discrecional al decidir quien de los padres tendrá la custodia del o de los menores de edad.

6.5 SUJETOS ACTIVOS Y PASIVOS DE LA PATRIA POTESTAD

Al referirnos a los sujetos de la patria potestad estamos hablando de las personas que están sujetas a esta institución y a quienes ejercen este derecho protegiendo aparentemente de esta manera al menor incapaz y a sus bienes que posee, y hago uso del término aparentemente porque en la práctica no se da el fin de esta figura ya que los sujetos activos de la patria potestad no siempre cumplen con el objetivo de esta

institución.

Se entiende por sujeto activo quien debe desempeñar el cargo, y sujeto pasivo aquél sobre quien se cumple. Los sujetos activos de la patria potestad son: los padres conjuntamente, o solamente la madre, o sólo el padre; los abuelos tanto paternos como maternos, unos u otros, o uno sólo de cada pareja. Los sujetos pasivos son únicamente los hijos o nietos menores de edad. Nunca existe patria potestad sobre los mayores de edad. Y si los menores no tienen padres o abuelos, tampoco estarán sujetos a patria potestad; la autoridad competente en materia familiar les nombrará un tutor.

Todo lo anterior creo que ha quedado bien claro, más sin embargo debemos precisar que encontramos diferencia en lo que se refiere a los sujetos del derecho de guarda y custodia, tan es así que hablaremos en este tema un poco de ellos, dado que en lo que respecta a los sujetos de la guarda y custodia nos referimos exclusivamente al **sujeto activo (ascendiente, tercero o institución)** que son quienes pueden realizar la custodia del menor, al **sujeto pasivo (custodiado)**. Se entiende por sujeto activo de la figura jurídica de guarda y custodia quien tiene la obligación de convivir, cuidar, corregir, proteger, vigilar las ocupaciones y conducta del menor y educar de manera adecuada y completa incluyendo la moral y la religión del menor. Y por sujeto pasivo se entiende que es aquél menor que se encuentra bajo el cuidado y vigilancia de quien ejerce la función o realización del derecho de guarda y custodia, quien está obligado a permanecer en el domicilio del sujeto activo, ya que si esto último no se cumple jamás se obtendrá el fin que se persigue al otorgar el derecho de guarda y custodia, pues si el sujeto pasivo vive separado del sujeto activo no es posible que éste cuide a aquél tal y como se pretende.

De acuerdo a lo que se ha referido anteriormente es indudable que los sujetos pasivos y activos de la figura jurídica de guarda y custodia no son los mismos, toda vez que en el derecho de guarda y custodia nos estamos refiriendo a los padres, a un tercero como sujetos activos excluyendo a los abuelos tanto maternos como paternos, así como también podría ser sujeto activo una entidad pública (DIF, CASA HOGAR) y cuando hablamos de sujeto pasivo dentro del derecho de guarda y custodia nos

referimos exclusivamente al menor de edad. Es notorio que también en lo que respecta a los sujetos tanto activos como pasivos del derecho de custodia y los sujetos activos y pasivos de la institución de patria potestad hay una marcada diferencia y que por tanto se puede decir que no es lo mismo el derecho de custodia que la institución de patria potestad.

6.6 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS SUJETOS ACTIVOS DENTRO DE LA PATRIA POTESTAD

Trataremos lo referente a los derechos y obligaciones de los que ejercen la patria potestad, los cuales tienen un doble carácter respecto a la persona del menor y en lo que toca a los bienes de éste. En lo que se refiere a la persona o personas que ejercen la patria potestad tiene las siguientes obligaciones y derechos:

- a) **Representación legal.** Como los menores de edad son incapaces de ejercicio, actuarán en su nombre los que ejercen la patria potestad
- b) **Designación de Domicilio.** Los padres o abuelos en su caso tienen el derecho o deber de custodiar al menor, de vivir con él, y en este sentido está el deber de los últimos de no dejar la casa donde viven con quienes ejercen la patria potestad.
- c) **Educación, Corrección y Ejemplaridad.** La ley señala que, a las personas que tienen el hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarlo convenientemente. El deber de educación es parte de los alimentos e implica forzosamente la conducta correctiva y castigar a sus hijos mesuradamente. Así mismo los que ejerzan la patria potestad están obligados a observar una conducta que sirva de ejemplo a los sujetos pasivos.
- d) **A nombrar Tutor Testamentario.** Se establece mediante una declaración de última voluntad, hecha por el ascendiente supérstite o adoptante del sujeto sobre quien ejerce la patria potestad, o por el testador que deje bienes a un incapacitado, limitándose en este último caso a la administración de dichos bienes.³⁹

De acuerdo a lo que hemos referido sobre los derechos y obligaciones de los sujetos activos de la institución de la patria potestad, mismos que son conferidos por la Ley, para que sean aplicados a los sujetos pasivos con las reservas que la norma establece, si bien es cierto que los ascendientes tienen la facultad de corregir a los

³⁹ *Ibidem*, pp. 347 - 349

menores, también es cierto que éstos nunca deben excederse en la corrección, en lo que se refiere a los bienes del menor éstos pueden ser de dos clases *bienes adquiridos por su trabajo y bienes obtenidos por cualquier otro concepto*, cuyos bienes son administrados por los sujetos activos de la patria potestad, con excepción de los que el menor adquiera con su trabajo, pero también es cierto que no los pueden enajenar ni gravar de ningún modo, solamente cuando medien causas de gran necesidad y que lo autorice la autoridad competente.

Es evidente que los bienes del sujeto pasivo están bien protegidos, hasta que éste llegue a la mayoría de edad, cuando el sujeto activo deberá hacer entrega de la fortuna con sus respectivas ganancias al legítimo dueño. Todo lo que dice la doctrina y lo que establece la norma legal en teoría resulta ser muy bonito pero cuando se trata de aplicarlo a la realidad que se vive dentro de la sociedad nada es fácil, dado que si una de las personas que ejerce la patria potestad sobre el menor lo visita o lo que es lo mismo lo ve cada quince días, cada mes o cada seis meses resulta difícil que el sujeto activo pueda educar, corregir, cuidar, proteger y vigilar al menor.

Por tanto sigo diciendo que estas facultades son exclusivas de la persona que tiene el derecho de guarda y custodia de los menores, que aunque respecto a tan mencionado derecho la legislación hidalguense no nos muestre un patrón a seguir en la realización del derecho de custodia es muy notoria la diferencia que existe entre la institución de patria potestad y el derecho de guarda y custodia, ya que los deberes exclusivos del sujeto activo de la custodia según lo que enuncia el derecho positivo en el Estado de Hidalgo son usurpados por los sujetos activos de la patria potestad, pero en lo que respecta a la usurpación solo resulta en teoría, más no en la práctica, ya que si bien es cierto que las facultades de cuidar, proteger, educar, corregir y vigilar al sujeto pasivo de la patria potestad son conferidas por el juzgador al sujeto activo de la misma institución, también es cierto que éste no realiza tales obligaciones debido a que en muchos casos suele suceder que los sujetos tanto pasivos como activos de la patria potestad viven en países distintos, mientras que uno vive en el país mexicano el otro vive en el vecino país norteamericano por tanto cuando se da esta situación al sujeto activo le resulta imposible llevar a la práctica las facultades de la institución de la patria

potestad.

Por todo lo anterior continúo manifestando que la facultad de educar, proteger, cuidar, corregir y vigilar al menor de edad es exclusiva del sujeto activo del derecho de guarda y custodia aunque la ley no lo contemple de esa manera.

De lo antes mencionado se encuentra otra gran diferencia entre guarda y custodia y patria potestad, de lo anterior se desprende que resulta urgente se le adicione un capítulo único al Código Familiar del Estado de Hidalgo en el que se establezcan y delimiten de una forma clara y precisa todos y cada uno de los derechos y deberes tanto de los sujetos activos de la institución de patria potestad como los de los sujetos activos del derecho de custodia con la finalidad de que los sujetos activos de ambas figuras no se usurpen entre sí sus obligaciones u olviden las mismas; así mismo especificar los términos en los que se ha de realizar el derecho de guarda y custodia de los menores de edad cuyos progenitores se divorcian o simplemente se separan cuando éstos viven en concubinato o en unión libre.

6.7 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS SUJETOS PASIVOS DENTRO DE LA PATRIA POTESTAD

Hablaremos en segundo término de los derechos y obligaciones de los menores sujetos a patria potestad; o sujetos pasivos: en donde estableceremos la diferencia que se observa entre los sujetos pasivos de la patria potestad y los sujetos pasivos de la obligación y/o derecho de guarda y custodia.

Los hijos cualesquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.

Los hijos no deben dejar la casa de los que ejercen la patria potestad sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente.

Los hijos estarán sujetos a la patria potestad, hasta la mayoría de edad o hasta que se emancipen.⁴⁰

⁴⁰ MONTÉRO, Duhalt Sara. *Derecho de Familia*, p 346

Para que todo lo anterior se cumpla los padres o abuelos pueden recurrir, en caso necesario a pedir el auxilio de la fuerza pública cuando los menores sujetos a patria potestad se revelen o no acaten las decisiones de sus ascendientes siempre y cuando éstas no violen lo establecido por la norma jurídica. Es normal que en ocasiones a los menores les parezca excesivo un castigo o una corrección que se les haga, porque para los pequeños sería muy cómodo que nadie los reprendiera aun cuando hayan cometido algún acto reprobable, y es aquí en donde se manifiesta el derecho que asiste a los encargados de ejercer la facultad de guarda y custodia, la cual es otorgada por la autoridad competente en materia familiar para guiar, educar, cuidar y corregir las acciones de los sujetos pasivos de la figura que nos ocupa, para que su conducta sea la más idónea dentro de la sociedad a la que se deben de integrar, dado que si el ser humano observa una conducta ilícita no es bien aceptado por la colectividad.

Para que lo anterior se cumpla es necesario que los sujetos tanto activos como pasivos vivan en el mismo domicilio, supuesto que en ocasiones no se presenta dado que se dan casos en que los sujetos viven distanciados y así pues resulta imposible cumplir con el objetivo de la patria potestad que la norma familiar establece. Por tal situación es urgente que se adicione un capítulo único a la legislación familiar en donde se establezca la diferencia entre la patria potestad y el derecho de guarda y custodia, para que los sujetos de las figuras en comento no se usurpen sus derechos y obligaciones entre sí.

Como podemos ver lo anterior es referente a los sujetos pasivos de la institución de patria potestad pero es necesario mencionar a los sujetos pasivos del derecho de guarda y custodia para ubicar la diferencia que radica entre éstos, al mencionar los derechos y obligaciones del sujeto pasivo del derecho de guarda y custodia debemos de tener mucho cuidado, dado que de no ser así podemos confundirnos con los derechos y deberes de la patria potestad, toda vez que el menor siempre estará buscando la manera de exigir que tales derechos le sean respetados sin tomar en cuenta las obligaciones que tiene para con el sujeto activo, por tal razón se debe dar a conocer al menor todos y cada uno de sus derechos pero también, todas las obligaciones a las que está sujeto por su condición de custodiado, es un derecho del menor pedir que lo cuiden, protejan,

vigilen, eduquen, respeten en su persona y en su intimidad, se le satisfagan sus más elementales necesidades y a recibir un buen ejemplo del sujeto activo y las obligaciones del menor son: la principal vivir en el mismo domicilio del sujeto activo para que se pueda cumplir con lo anterior, obedecerlo, y respetar su intimidad así como su persona, es evidente que si no son respetados por el sujeto activo todos y cada uno de los derechos del menor mismos que le confiere la Carta Magna, así como la Comisión Nacional de Derechos Humanos éste se sentirá defraudado por la persona encargada del ejercicio de la guarda y custodia y finalmente puede pedir el auxilio de la autoridad competente que haya conocido del caso a lo cual también tiene derecho el infante.

6.8 SUSPENSIÓN, PÉRDIDA Y EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Son tres los supuestos que se pueden presentar en la institución de la patria potestad para que el sujeto activo de esta figura deje de ejercerla sobre el sujeto pasivo según sea el actuar del que realiza este derecho, dado que si su desempeño no es el adecuado se puede solicitar al juez de lo familiar que intervenga a favor del menor sujeto a patria potestad, para que éste no sufra las consecuencias que pueda originar la conducta equivocada del sujeto activo para con el sujeto pasivo, dado que si se demuestra que el ascendiente no es capaz de cuidar y proteger al incapaz se le puede suspender o quitar definitivamente el ejercicio de esta figura; referente a lo anterior Sara Montero Duhalt nos dice lo siguiente:

a) *Suspensión.* La patria potestad se le puede suspender al que esta en ejercicio de la misma por las tres siguientes razones:

1. Por incapacidad declarada judicialmente.
2. Por la ausencia declarada en forma.
3. Por sentencia condenatoria que imponga como pena la suspensión de la institución que nos ocupa.

b) *Pérdida*. Las personas que ejercen la patria potestad pueden perder este derecho por cinco razones:

1. Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de este derecho.
2. Cuando es condenado dos o más veces por delitos graves.
3. Por conductas de los padres nocivas para con sus hijos: costumbres depravadas, malos tratamientos, abandono de sus deberes, etc.
4. Por exposición de los hijos, o por abandono prolongado por más de seis meses.
5. Cuando el que la ejerza hubiere cometido contra la persona o bienes de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada.

c) *Extinción*. La patria potestad termina tanto para el sujeto activo como para el sujeto pasivo cuando:

1. Muere el que la ejerce y que no haya otra persona en quien recaiga.
2. Con la emancipación derivada de matrimonio.
3. Por mayoría de edad del hijo.⁴¹

Las dos primeras situaciones de la pérdida de la patria potestad que nos refiere la doctrina se solicitan ante el juez familiar correspondiente invocando dichas causas para que se dé el supuesto, más sin embargo el Código Familiar del Estado de Hidalgo solo establece dos modalidades en su numeral 273 por las cuales el sujeto activo de la institución de patria potestad puede perder el ejercicio de la misma cuyas formas son las siguientes:

a) *Suspensión*. La patria potestad se le puede suspender al que esta en ejercicio de la misma por las siguientes razones:

- 1.- Por malos tratos al menor.
- 2.- Por poner al menor en peligro de perder la vida.
- 3.- Por causarle daños físicos y morales.
- 4.- Por abandono del menor.
- 5.- Por condenar por delito grave al que la ejerce.
- 6.- Por la incapacidad del titular, declarada judicialmente.

⁴¹ Ibidem, 353

- 7.- Por ausencia declarada en forma.
- 8.- Por sentencia condenatoria, imponiendo como pena esta suspensión.
- 9.- Por ser declarado cónyuge culpable en la sentencia de divorcio.

b) *Terminación.* La patria potestad termina

tanto para el sujeto activo como para el sujeto pasivo por los siguientes motivos:

- 1.- Por la muerte del titular, si no hay persona en quien recaiga.
- 2.- Por la mayoría de edad del hijo.
- 3.- Por la adopción del hijo, en cuyo caso, la patria potestad se transmite al adoptante.

Las fracciones cuarta, quinta y octava del artículo y ordenamiento invocados deberían de ser motivo suficiente para que la persona que ejerce las facultades de la patria potestad pierda el ejercicio de ésta por incumplir sus obligaciones que tiene para con el sujeto pasivo de la misma institución, haciendo una comparación de lo que nos refiere la doctrina y lo que establece la norma familiar yo estoy de acuerdo con lo que nos menciona la doctrina ya que una cosa es la suspensión, otra la pérdida y algo muy distinto es la extinción de la patria potestad y por consiguiente se puede deducir que, dada la existencia de esta laguna jurídica el sujeto activo de la institución de la patria potestad que abandona al sujeto pasivo por mucho tiempo sin preocuparse de cómo pueda sobrevivir éste, tranquilamente puede regresar aquél después; por ejemplo diez años mas tarde y hacer valer sus derechos que le confiere la figura de patria potestad, cosa que no debiera de ser, dado que, como es posible que el que ejerce la patria potestad sobre un descendiente lo descuide tanto tiempo si, según la legislación familiar éste es el encargado de cuidarlo, protegerlo, educarlo y vigilarlo entonces habría que preguntarse porque si no cumple con sus obligaciones, conserva sus derechos.

De lo anterior se desprende que el derecho de guarda y custodia si debería de tener un capítulo único dentro de nuestra legislación familiar del Estado de Hidalgo, ya que si bien es cierto que de la filiación y de la patria potestad se origina el derecho de custodia también es cierto que no sabemos como aplicarlo de forma legal, es decir no contamos con una ley que diga claramente; "juez puedes hacer lo siguiente, si se te presenta el problema de a quien de los progenitores debes otorgarle el derecho de

custodia, que debes investigar como juez familiar para estar seguro que tu decisión es la correcta y si no es la correcta por lo menos es la más acertada"; hasta el momento no se cuenta con un ordenamiento familiar que establezca algo claro y preciso al respecto, toda vez que se confunden los deberes y derechos de la patria potestad con los derechos y obligaciones de la guarda y custodia, dado que la legislación hidalguense no marca la diferencia jurídica que existe entre ambas figuras dejando que se aplique únicamente la facultad discrecional del juzgador cuando se trata de otorgar el derecho de guarda y custodia a alguno de los ascendientes.

El legislador no está cumpliendo correctamente con su labor, ya que todos y cada uno de los gobernados afectados nos podemos preguntar en donde ubico el incumplimiento del sujeto activo de la patria potestad, pues como podemos ver la norma familiar no lo establece de manera concreta y es por eso que recomiendo la adición de un capítulo único que promulgue de forma precisa la diferencia que presentan entre sí la institución de patria potestad y el derecho de guarda y custodia, basándome principalmente en la frecuente confusión que causan los términos de (patria potestad y guarda y custodia), entre la sociedad en general sin que a la fecha se haya logrado establecer en donde empiezan y en donde terminan las facultades de la patria potestad, pero tampoco sabemos en donde principia y en donde finaliza el derecho de guarda y custodia originándose con esta confusión un verdadero problema familiar y social, al cual no se le puede dar solución conforme a derecho, ya que en estos rubros de patria potestad en la legislación hidalguense se observan varias lagunas jurídica que aún no se han podido subsanar y respecto al derecho de guarda y custodia se puede decir que realmente no lo contempla de manera adecuada, dado que este tema solo lo menciona de forma aislada e imprecisa en el apartado de los hijos, en la institución de patria potestad y en el apartado del divorcio necesario, así como en la figura de divorcio voluntario y por tanto restándole la importancia que realmente tienen el derecho de guarda y custodia; y como ha quedado precisado en este subtema no es lo mismo guarda y custodia que patria potestad, existen tantas diferencias entre ambas figuras que no podemos considerar a la guarda y custodia como prerrogativa de la patria potestad.

CAPÍTULO 3

LA GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES EN LA LEGISLACIÓN FAMILIAR DEL ESTADO DE HIDALGO

1. JUSTIFICACIÓN DE LA ADICIÓN DE UN CAPÍTULO ÚNICO DE GUARDA Y CUSTODIA EN EL CÓDIGO FAMILIAR DEL ESTADO DE HIDALGO

El planteamiento que a continuación se hace, es en base a la problemática que surge entre los progenitores cuando éstos se separan y el juez familiar decide de acuerdo a su facultad discrecional quien de ellos ejercerá la custodia de sus descendientes menores de edad, así mismo la propuesta que se hace es con la finalidad de dar solución a dicha problemática para que los integrantes de una familia estén protegidos, pero principalmente los niños y las niñas menores de dieciocho años; el proyecto tiene la intención de que se respeten todos y cada uno de los derechos de los niños, mismos que han sido otorgados por las distintas leyes vigentes en la República mexicana, así como por las legislaciones vigentes en el Estado libre y soberano de Hidalgo, toda vez que para nadie es un secreto que todos los derechos de los niños y niñas; inherentes a la guarda y custodia son violados por alguno de sus ascendientes, dado que nuestra población aun no tiene la cultura de dar a conocer a los menores los derechos que les confiere el Estado y mucho menos se le da publicidad a las obligaciones y derechos que tiene todo individuo, por el solo hecho de pertenecer a una familia, sin importar el nivel social, cultural o económico de la misma, ya que el estatus social no faculta a nadie para que viole las normas jurídicas preestablecidas, pisotee los sentimientos, la dignidad, la moral y lo que es peor afectar los lazos familiares; como son el cariño, el amor, el afecto y la convivencia entre padres e hijos,

así como entre los hermanos.

Es evidente que la desintegración familiar trae como consecuencia severos daños psicológicos, espirituales, morales y sociales a los menores de edad, toda vez que dentro de la sociedad podemos apreciar que cada día es mayor el número de jóvenes alcohólicos, drogadictos y delincuentes en diferente escala y grado; los cuales al ser cuestionados sobre su conducta delictiva, en la mayoría de los casos sabremos que éstos provienen de una familia desintegrada y que dicha situación conlleva al menor a cometer en ocasiones todo tipo de equivocaciones y excesos, dañándose a sí mismo y a sus familiares, ya que al cometer, una serie de errores no solo se denigra él, sino que sus familiares más cercanos son víctimas de los comentarios morbosos que se desencadenan dentro de una sociedad que no aprueba la conducta del que suele vivir al margen de las normas morales, sociales, urbanas y jurídicas que deben acatar todos y cada uno de los individuos que integran la sociedad.

Indudablemente que con las deficiencias que presenta la actual legislación en el Estado de Hidalgo, también se infringen los derechos de las personas mayores de edad, toda vez que nuestras leyes contienen varias lagunas jurídicas, en este caso específico la materia familiar. Como he venido refiriendo en todos y cada uno de los capítulos anteriores de este trabajo de tesis es necesario que a la legislación familiar hidalguense se le adicione un capítulo único que verse única y exclusivamente sobre la guarda y custodia de un menor de edad y que dicho capítulo que se propone contemple todos los pormenores respecto al importante rubro de guarda y custodia de los infantes, las diferencias que existen entre la institución de patria potestad y la guarda y custodia y que a la vez estableciera disposiciones legales y concretas independientes de las ya establecidas dentro de la patria potestad, así mismo que refiriera preceptos específicos sobre cuales son los derechos y obligaciones de cada uno de los ascendientes en cuanto a la guarda y custodia de los menores de edad, dado que con lo anterior la víctima y el ofendido podrán hacer valer sus derechos a través de la autoridad y en la vía correspondiente.

He venido mencionando reiteradamente a lo largo de este análisis la adición que

debe hacerse a la norma familiar, toda vez que la multimencionada legislación vigente en el Estado de Hidalgo carece de normas, bases y principios que ayuden y orienten al juzgador cuando éste debe tomar la delicada decisión de otorgar la guarda y custodia de un menor de edad, a uno de sus ascendientes cuando éstos se están divorciando o simplemente si los progenitores deciden separarse cuando la convivencia conyugal se ha tornado insoportable, dado que cuando la familia no se ha desintegrado guardar y custodiar a los hijos corresponde a ambos progenitores de manera conjunta y como no existe en la Ley Familiar un patrón a seguir y que éste se pudiera adecuar a cada caso en especial, el juzgador tiene que utilizar su facultad discrecional que le confiere la ley para resolver la problemática que surge entre la pareja que se esta disociando, porque ambos creen tener el derecho u obligación de guardar y custodiar a sus descendientes debido a que dentro del marco legal lo que no esta legalmente prohibido está legalmente permitido, teoría que en el derecho de guarda y custodia de un menor no es prudente aplicar, ya que es un tema muy delicado que requiere de la inaplazable atención de los legisladores para que no se siga dando este problema de orden social y familiar, debido a que de el buen desempeño de esta figura depende más que nada el futuro y el buen desarrollo tanto físico como intelectual del sujeto pasivo de la de guarda y custodia.

Sin temor a equivocarme puedo asegurar que con la adición del capítulo único a la Legislación Familiar que propongo es seguro que se disminuirán los problemas que se originan entre los ascendientes de un menor de edad sujeto a guarda y custodia cuando el destino y el futuro de éste dependen de la resolución que emita el juez familiar, ya que dentro del multicitado capítulo propuesto los legisladores deben de establecer todos los posibles supuestos de la guarda y custodia de un menor de edad, así como los derechos y las obligaciones que cada uno de los progenitores tengan, naturalmente derechos y obligaciones inherentes a la custodia para evitar complicaciones presentes y futuras entre los ascendientes, así mismo se evitaría que el juez familiar emplee su criterio a la hora de dictar sentencia, misma que en ocasiones lesiona el estado emocional del sujeto pasivo del derecho de guarda y custodia; ya que si bien es cierto que al juzgador el Estado le ha conferido poder de decisión sobre tan relevante rubro, también es cierto que el juez suele equivocarse en el momento de

otorgar la guarda y custodia de un menor la cual en ocasiones en lugar de ser beneficiosa para el sujeto pasivo resulta contraproducente en su formación, cuya equivocación resulta insubsanable en la mayoría de los casos debido a que después de dictar sentencia el órgano jurisdiccional nunca más se vuelve a ocupar de la situación que vive el sujeto pasivo de la guarda y custodia, quedando éste prácticamente a merced de la persona que en ocasiones es la menos indicada para ejercer el derecho de guarda y custodia sobre el menor de edad.

En otros países tanto los doctrinarios como los legisladores hace varias décadas que han tomado cartas en el delicado rubro de la guarda y custodia de un menor de edad para poder ayudar al integrante más desvalido de una familia como lo son los descendientes de la pareja que se desintegra por alguna razón independientemente de la situación jurídica de ésta, y por tanto los doctrinarios así como los legisladores extranjeros han puesto por encima de los intereses personales de los cónyuges que se quieren divorciar el interés y el bienestar intelectual y psicológico del infante que quedará bajo la guarda y custodia de alguno de sus progenitores, así como tampoco hay que perder de vista el inconveniente que representa para los menores de edad, el que sus progenitores tomen la determinación de separarse ya que esta situación familiar implica que los descendientes en la mayoría de los casos queden al cuidado del ascendiente más irresponsable y en tales circunstancias se podría decir que el sujeto pasivo del derecho de guarda y custodia queda prácticamente desamparado, lo cual ocasiona que el o los menores se inclinen por alguno de tantos vicios que actualmente existen, ya que en las calles podemos observar un gran número de infantes que son: drogadictos, alcohólicos, hurtadores o que se prostituyen a temprana edad todo lo anterior para evadirse de su tremenda realidad familiar que se vive a intramuros de su hogar, cuando se desintegra una familia para los menores representa un grave problema difícil de asimilar debido a su corta edad y a que han quedado bajo la guarda y custodia del progenitor menos indicado para ejercer dicha facultad, por tanto les es más cómodo a los custodiados escapar por una de tantas puertas falsas que existen, sin detenerse a pensar que se dañan en todos los aspectos.

Por todo lo anteriormente narrado es indispensable y urgente que a nuestra

legislación familiar estatal se le reforme y adicione nuevas medidas de seguridad, para evitar en lo posible que la Ley se infrinja con mucha facilidad, protegiendo en primer término los derechos y los intereses familiares, no olvidando que los niños y niñas son los hombres y las mujeres del mañana encargados de perpetuar la especie humana; si el adulto procura que los niños y niñas se desarrollen en un ambiente sano y sin problemas éstos formarán en un futuro no muy lejano una sociedad, si no perfecta por lo menos sin traumas ni resentimientos hacia sus antecesores y hacia la sociedad en general, dado que de esa manera los menores crecerán teniendo respeto, por el prójimo, por su persona, por su dignidad y jamás le permitirán a otra persona, así se trate de uno de sus progenitores que ponga en riesgo su integridad física moral, espiritual y mental.

Es inaplazable que la legislación hidalguense se modifique y adicione conforme a las necesidades que exige la sociedad, debido al constante crecimiento y a los continuos cambios que sufre la misma. Dichas modificaciones y adiciones deben contemplar los beneficios tanto de la víctima y del ofendido como los del trasgresor, que deben ser inferiores puesto que éste debe reparar el daño que ocasiona, pero resarcirlo de una manera que sea acorde a el mal que causa con su acción antijurídica, toda vez que no siempre la elevada pena pecuniaria resulta ser la manera más idónea de frenar al delincuente, sino que existen otras formas de constreñir al infractor; por ejemplo la modalidad de suspensión de derechos de familia o la privación de los mismos según sea la gravedad del delito que haya cometido éste, será la pena que se le aplique, y que así mismo sus obligaciones para con su familia continúen independientemente de que se le prive o se le suspendan sus derechos de familia, dicha norma debe ser aplicada sin distinción de personas, de una manera responsable por parte del juzgador, sin tomar en cuenta que el infractor sea un obrero o que éste sea un encumbrado personaje dentro de la sociedad, o que simplemente por ser familiar de un funcionario público o de un político no reciba el justo castigo por transgredir la norma legal.

Por tanto sigo reiterando que es urgente se le adicione a la legislación familiar del Estado de Hidalgo un apartado en el cual se establezcan todos los pormenores, así

como los supuestos de la guarda y custodia, mismos que sirvan de patrón a seguir y en el cual se apoye el juzgador a la hora de emitir una resolución de guarda y custodia de un menor, tomando en consideración principalmente los derechos que les confieren las distintas leyes vigentes en la República mexicana, así como el interés personal del infante sin importar a que círculo social pertenezca éste, ya que tampoco debe de importar la situación económica de los ascendientes para que les sea otorgado este derecho, dado que para eso está establecido en la norma familiar que el progenitor debe proporcionar una pensión suficiente y bastante para la manutención, la educación, el vestido y la vivienda de sus descendientes; lo anterior con el objeto de que los menores no carezcan de lo elemental para poder subsistir decorosamente, aun cuando sus padres se encuentren separados.

2 DIFERENCIA QUE EXISTE ENTRE LA GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES Y LA PATRIA POTESTAD

En este tema analizaremos detenidamente la diferencia que existe entre el derecho de guarda y custodia y la institución de patria potestad, dado que ambas figuras son representativas en la vida de un menor de edad sujeto a guarda y custodia y por tanto debemos abordarlas dándoles un enfoque jurídico, de manera conciente, y, responsable, dado que en la buena explicación de estos dos rubros está la clave para identificar la equivocación que han tenido tanto los doctrinarios como los legisladores de nacionalidad mexicana al confundir la guarda y custodia de un menor con la institución de patria potestad, no obstante que a simple vista se aprecia el gran contraste entre ambas figuras por lo que a continuación mencionaré en donde estriba la diferencia de estas modalidades :

La patria potestad es ejercida por los padres o abuelos mancomunadamente aun cuando los padres se encuentren separados y lejos de los hijos, o los abuelos pueden ser un abuelo paterno y un abuelo materno los que ejerzan esta facultad o la pueden realizar los abuelos maternos o los abuelos paternos pueden cumplir con este derecho no obstante que los abuelos se encuentren distantes de los nietos sujetos a patria potestad, así mismo la ley establece que los encargados de ejercer la patria potestad

tienen la obligación de cuidar, proteger y educar al sujeto pasivo, situación que en la realidad no se presenta en la mayoría de los casos, dado que en ocasiones el sujeto activo de la institución de la patria potestad no vive en el mismo domicilio en donde habita el sujeto pasivo de la misma institución y por tanto resulta imposible que pueda cuidar, proteger y educar al menor aunque la ley lo refiera en el apartado dedicado a la institución de patria potestad, existen situaciones en las que el sujeto activo vive en la Ciudad de Acapulco mientras que el sujeto pasivo radica en la Ciudad de Tijuana y como podemos darnos cuenta así no se pueden realizar las obligaciones inherentes a la patria potestad establecidas en la Ley Familiar vigente en la entidad Hidalguense, las cuales de forma equivocada han establecido los legisladores sin tomar en cuenta lo absurdo que resulta el dicho de la ley comparado con la realidad que viven los descendientes de padres divorciados.

La naturaleza jurídica de la patria potestad puede ser; una institución, una facultad, un poder o un derecho subjetivo; y sus características son: cargo de interés público, intransferible, imprescriptible, irrenunciable y temporal. La guarda y custodia es ejercida por ambos padres cuando la pareja vive y conviven juntos en el domicilio conyugal y la realiza solo uno de los progenitores cuando hay una separación o un divorcio, según sea el caso y la situación jurídica de los ascendientes, así mismo puede cumplir con esta obligación una Entidad Pública y como requisito principal para que se de la guarda y custodia del menor, el sujeto pasivo debe de habitar en el mismo domicilio en el que el sujeto activo de esta figura radica, ya que solamente así se puede cumplir con todas y cada una de las obligaciones inherentes a la guarda y custodia como son: cuidar, vigilar, corregir, proteger, educar y representar jurídicamente a los menores de edad; al analizar todas las obligaciones que tiene el sujeto activo de la guarda y custodia es obvio que si el sujeto activo no tiene la posesión material del sujeto pasivo, le resultaría imposible al custodiante cumplir con las obligaciones y facultades que le confiere la guarda y custodia de un menor; siendo su naturaleza jurídica de esta figura un derecho y una obligación dependiendo desde que ángulo se este analizando la guarda y custodia de un menor y sus características son de carácter general o de índole especial, así mismo se puede decir que la guarda y custodia puede ser temporal o definitiva.

Es evidente que después de todo lo referido en este subtema queda bien claro que no son lo mismo patria potestad y guarda y custodia de un menor y que además si existe una gran diferencia entre ambos rubros, dado que ya he expuesto en donde estriba la discrepancia entre la institución de patria potestad y el derecho de guarda y custodia y que creo que debe haber más contraposiciones entre las figuras que nos ocupan, pero ese trabajo de encontrarlas se lo vamos a dejar a los estudiosos del derecho y a los legisladores, quienes tienen la obligación de establecerlas clara y concretamente en nuestra legislación hidalguense para que en el futuro ya no se sigan confundiendo la institución de patria potestad y la guarda y custodia, dado que aunque ambas figuras pertenecen a la materia familiar, si nos dedicamos a estudiarlas en su esencia son totalmente diferentes, ya que en la actualidad la aplicación de los dos rubros en la vida de algunos gobernados en muchos aspectos suele estar equivocada y más que nada dicha equivocación surge desde el legislador, pasando posteriormente al juzgador y afectando finalmente al sujeto pasivo de la guarda y custodia que resulta ser el menor de edad y que con todo lo anterior la misma autoridad competente en la materia esta violando los derechos de los niños y niñas.

3 LA FIGURA JURÍDICA DE GUARDA Y CUSTODIA CON DISPOSICIONES LEGALES Y CONCRETAS INDEPENDIENTES DE LAS YA ESTABLECIDAS PARA LA PATRIA POTESTAD

Resulta de carácter urgente e inaplazable el que la guarda y custodia cuente en la legislación familiar hidalguense con preceptos legales y concretos que la distingan y separen debidamente de la institución de patria potestad, dado que lo poco que se aborda de manera imprecisa y aislada de la figura de guarda y custodia dentro del capítulo de la institución de patria potestad, así como dentro de la figura del divorcio tanto necesario como voluntario no resulta ser suficiente para tratar un tema de la importancia que reviste la guarda y custodia de un menor sujeto a este derecho, que por no tener elementos legales y jurídicos en que apoyarse el juzgador, éste otorga el derecho de guarda y custodia sin detenerse a pensar en el resultado de su acción, ni en la situación que vivirá el menor de edad al lado de una persona que pudiera no ser la más indicada para realizar la obligación de guarda y custodia sobre aquél, así mismo es notorio que principalmente los legisladores no están bien documentados sobre el rubro

de guarda y custodia, toda vez que tienen miedo separar este derecho de la institución de patria potestad ya que para éstos resulta muy cómodo actuar de igual forma como se hizo hace cuatro décadas y como si en realidad a lo largo de cuarenta años no hubiese habido progreso jurídico en lo que respecta a la materia familiar.

Por lo anterior, es importante que los legisladores locales se sienten a debatir en materia familiar, para estudiar y analizar que a la guarda y custodia se le debe de asignar un apartado dentro de la legislación familiar del Estado de Hidalgo en el que se establezcan sus propias disposiciones legales y concretas, sin perder de vista que las disposiciones que existen dentro del capítulo de la institución de patria potestad fueron creadas exclusivamente para dicha institución, más no para el derecho de guarda y custodia, así como tampoco deben olvidar que entre estas figuras existe una gran diferencia, y crearle al multicitado derecho sus propias penas y medidas de seguridad las cuales deben de ser aplicadas a los ascendientes que infrinjan la norma familiar, dado que para eso se presume de la autonomía del derecho de familia en el Estado de Hidalgo por esa simple y sencilla razón los legisladores deben de pensar que si ya hablamos de autonomía en materia familiar por que no, implantar en el ordenamiento familiar hidalguense las sanciones aplicables a las conductas antijurídicas cometidas por alguno de los ascendientes en contra de un menor sujeto a guarda y custodia o la suspensión de los derechos familiares.

De acuerdo a lo antes referido la legislatura que se encargue de la adición del capítulo único de guarda y custodia de un menor podrá hacerlo en virtud de que esta figura jurídica cuenta con antecedentes históricos, concepto, naturaleza jurídica, características que la distinguen plenamente de la patria potestad, sujetos activos, así como con sujetos pasivos, obligaciones que deben de cumplir ambos sujetos del derecho de guarda y custodia, derechos que tienen los sujetos tanto pasivos como activos; así mismo la guarda y custodia puede ser modificada, suspendida, perdida o simplemente se termina la obligación de guarda y custodia; de igual forma la guarda y custodia cuenta con la modalidad de vigilancia del menor, con la modalidad de vigilancia y dirección del menor, así como con la modalidad de la guarda y custodia compartida, por todo lo anterior si los legisladores se dedicaran a la tarea de ahondar

en el derecho de custodia encontrarían aún más de lo ya mencionado, y entonces me pongo a reflexionar, lo antes expuesto es una milésima parte de lo que pudiera contemplar la guarda y custodia de un menor comparado con lo que pudieran encontrar u observar los legisladores sobre tan importante rubro.

Es evidente que resulta de suma urgencia que se implanten disposiciones jurídicas y concretas que regulen de manera amplia y clara la guarda y custodia de un menor dentro de la legislación vigente en el Estado de Hidalgo, pero que además si no se desvincula totalmente el derecho de guarda, de la institución de patria potestad, dado que esto resultaría imposible por la relación tan estrecha que ambas figuras guardan entre sí, por lo menos se separen y distingan de forma precisa las disposiciones jurídicas de cada una de éstas, para que en el futuro no se sigan confundiendo entre si, toda vez que tenemos que aceptar que son muy relevantes dentro del derecho de familia pero cada figura aplicada por separado y de acuerdo al caso concreto que se este ventilando, ya que una cosa es ejercer la patria potestad y otra muy distinta es realizar la obligación de guarda y custodia de un menor de edad, dado que de ello depende la adecuada aplicación de la guarda y custodia, así como de la congruente utilización de la institución de patria potestad.

4 LA LEGISLACIÓN FAMILIAR DEL ESTADO DE HIDALGO AJUSTADA A DERECHO PARA REGULAR LAS ACCIONES DE LOS ASCENDIENTES DENTRO DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES

Después del arduo proceso de investigación que se ha realizado para poder presentar este trabajo de tesis, a medida que fui avanzando, también me pude percatar de la imperiosa necesidad de adicionar a la norma jurídica ya existente en materia familiar un apartado en donde se promulguen las diferentes penas y medidas que se le aplicarán a los ascendientes en el caso de que alguno de ellos cometa por lo menos una de las conductas antijurídicas abordadas en el tema de guarda y custodia de menores en su apartado que habla sobre la sanción en el incumplimiento de guarda y custodia de menores en el capítulo número uno, pero no debemos perder de vista que dichas conductas atentan contra la guarda y custodia, perteneciendo este relevante

rubro al derecho de familia, o quizás sea prudente dada la importancia que reviste el derecho de guarda y custodia crear un buen Fundamento para la Ley Familiar ya existente en la entidad hidalguense, en cuya base se regulen conforme a derecho todos y cada uno de los pormenores y modalidades que presente la guarda y custodia, así como las diferentes acciones o conductas de los ascendientes para con el menor de edad sujeto a guarda y custodia, y que además, dicha reglamentación sea ajustada a derecho tanto en materia penal como en materia familiar, dado que, si bien es cierto que la sustracción de menores, así como la privación ilegal de la libertad son delitos que se encuentran ya establecidos en el Código Penal vigente en el Estado de Hidalgo, también es cierto que la realización de dichos ilícitos van más en contra de la materia familiar que de la materia penal, toda vez que estas conductas o acciones son realizadas principalmente por un progenitor al cual no le fue otorgada la guarda y custodia de su o sus descendientes y que por tanto el ascendiente piensa que le han arrebatado algo que cree le pertenecía por derecho y que éste al sentirse despojado buscara la forma de realizar una conducta o acción encaminada a apoderarse del menor, cuya custodia le fue negada por la autoridad competente en materia familiar.

Por todo lo anterior creo que resulta prudente proponer la creación de un Fundamento Legal y que dicho apoyo sea creado con el objetivo de subsanar todas y cada una de las lagunas jurídicas existentes dentro de la norma familiar, así mismo que la base se ajuste a las normas jurídicas y que su función sea la regulación de las acciones o conductas realizadas por los progenitores, cuyas acciones sean encaminadas a la realización de las conductas antijurídicas en contra del derecho de custodia.

La ley familiar vigente actualmente en la entidad no cuenta con bases y principios que nos manifiesten de que manera debe ser aplicada la facultad de guarda, por eso manifiesto todo lo expuesto en este párrafo, claro todo esto después de que los legisladores hagan una exhaustiva investigación respecto a la guarda y custodia de un menor, ya que este derecho forma parte de la problemática principal del presente trabajo, los legisladores deben realizar un análisis profundo de la guarda y custodia, dado que esta figura representa la problemática de esta investigación y que como creo

hay facultades mal reglamentadas, conferidas y delegadas equivocadamente al sujeto activo de la institución de patria potestad, puesto que éste no cumple con sus obligaciones tal y como lo establece la Ley Familiar porque dichas obligaciones son realizadas por el sujeto activo del derecho de guarda y custodia, dado que éste es quien tiene físicamente al sujeto pasivo y convive en el mismo domicilio con él y que por tanto puede educarlo, protegerlo, vigilarlo, cuidarlo y realizar todas las obligaciones inherentes al derecho de guarda y custodia como se expone en forma detallada en el primer capítulo de este trabajo.

En realidad lo que interesa en el proceso de custodia es el bienestar de los hijos, por ello es importante realizar una evaluación a profundidad que permita establecer *el cómo, el dónde, el cuándo y el por qué*: *el cómo* hace referencia a la forma en que serán educados los hijos; *el dónde* permitirá establecer cual es el mejor lugar físico y afectivo para el menor; *el cuándo*, nos ayudara a establecer las edades en las que los hijos deben permanecer bien sea con el padre o con la madre y *el por qué*, cual de los dos padres es mas apto para quedarse con la guarda y custodia de los hijos.

5 EN EL CAPÍTULO ÚNICO DEDICADO A LA GUARDA Y CUSTODIA SE ESTABLECERÁN DISPOSICIONES ESPECÍFICAS DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS ASCENDIENTES EN CUANTO A LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES

En todos y cada uno de los capítulos de este trabajo de tesis se ha venido mencionando que se le debe de adicionar un capítulo único a la Ley Familiar vigente en el Estado de Hidalgo y que dicho apartado nos tiene que hablar propiamente de la guarda y custodia, pero además el capítulo tendrá que establecer concretamente una serie de disposiciones que nos refieran todos y cada uno de los derechos, así como las obligaciones que tengan los progenitores en cuanto a la guarda y custodia, sirviendo como apoyo al juzgador al momento de decidir a quien de los progenitores le otorgará la guarda y custodia de su descendiente.

Así mismo el Juez dejará de aplicar su facultad discrecional al emitir sentencia, la decisión de la autoridad independientemente de que ésta sea acertada o

equivocada, no lo es todo dentro del derecho de guarda y custodia, ya que no hay que perder de vista la forma de actuar de los progenitores del menor de edad, y que dichas actuaciones no se limiten a lo que hace cada uno de los ascendientes durante el tiempo que dure el proceso de divorcio o de la separación y que dentro de ese lapso la autoridad competente en materia familiar debe otorgar la custodia, si no a lo largo de la minoridad del sujeto pasivo de la guarda y custodia, dado que no estamos hablando de un mes, un año o dos años sino de un largo periodo dependiendo de la edad que tenga el menor en el momento que se dicta sentencia respecto a quien de sus progenitores lo custodiará durante toda su menor edad, por tanto los legisladores tendrán que investigar, analizar y estudiar a conciencia la importante facultad de guarda y custodia para que así puedan establecer hasta donde llegan las obligaciones y los derechos del custodiante, así como los derechos y las obligaciones del progenitor que sólo conservará el derecho de visita y convivencia con su o sus descendientes, toda vez que cuando la norma familiar mencione y distinga de manera clara y precisa las facultades de cada uno de los progenitores de un menor sujeto a guarda y custodia ninguno de los dos podrá, así como tampoco deberá usurpar el derecho del otro ascendiente independientemente de lo que piense cada uno de los padres, ambos deberán abocarse a lo que establezca la Ley Familiar ya adicionada y reformada, así como a lo que estatuya el Fundamento Legal y Jurídico de la Ley Familiar, dado que si no es así se les podría enjuiciar conforme a derecho si alguno de los dos infringiera la Ley Familiar de la Entidad.

La problemática que surge entre los progenitores, cuando sólo a uno de ellos el juzgador competente en materia familiar le otorga la facultad de custodiar a sus descendientes menores de edad y al otro solo le conceden el derecho de visita y convivencia, dado que en la norma legal no se establece de manera objetiva cuales son las facultades o derechos ni cuales son las obligaciones que tiene cada uno de los progenitores después de haberse divorciado o separado para con sus descendientes, por tanto le resulta fácil a alguno de ellos violar lo que el juez familiar ha decretado en su resolución decidiendo cometer alguna de las conductas antijurídicas que se mencionan en el capítulo número uno respecto a las sanciones del incumplimiento de la guarda y custodia de un menor, las cuales se detallan de manera clara y precisa en el

citado capítulo, por ejemplo: no permitir la visita o no cumplir con la visita de convivencia a la cual tiene derecho el padre que no tiene la facultad de guarda y custodia sobre sus hijos menores de edad, pero que en ocasiones el ascendiente que tiene el derecho de visita y convivencia tampoco lo ejerce porque para éste resulta muy cómodo únicamente proporcionar una insuficiente pensión alimenticia creyendo que, hasta ahí esta cumpliendo con todas las obligaciones de un progenitor que ha perdido el derecho de custodia, pensión que en ocasiones no alcanza a cubrir todas y cada una de las necesidades del descendiente, o también se llegan a dar casos en que alguno de los progenitores le ha sido otorgado el derecho de guarda y custodia de sus descendientes y aquél abandona a éstos con algún familiar, y los menores tienen que verse obligados a vivir en el mismo domicilio en que radican los abuelos, los tíos o los hermanos mayores de edad sin que éstos tengan la facultad de guardar y custodiar a sus nietos, sobrinos o hermanos, mientras que el progenitor al que le fue otorgada la guarda y custodia por una autoridad competente en la materia en ocasiones radica en otro país, visitando a sus descendientes cada ocho meses, o cada año, o en ocasiones sencillamente no vuelven al país mexicano y de esa manera no es posible que un ascendiente siga detentando el derecho de guarda y custodia, puesto que dicho derecho lo ha dejado en manos de otra persona, y por tanto el progenitor custodio debería perder el multicitado derecho.

Los doctrinarios extranjeros nos refieren que es un requisito para que se de la obligación de guarda y custodia que vivan el custodiado y el custodiante bajo el mismo techo es decir en el mismo domicilio deben de vivir y convivir el sujeto activo y el sujeto pasivo de la guarda y custodia y en este último supuesto creo que sería prudente que el ascendiente que renuncia voluntariamente a custodiar a su o sus descendientes debe de perder legal y jurídicamente el derecho de guardar a sus hijos menores de edad, toda vez que con su ausencia demostraría lo poco que le interesan los infantes.

De lo anterior se desprende que si nuestra Ley vigente en el Estado de Hidalgo estableciera alguna sanción que se le aplicara al facultado para realizar el derecho de guarda y custodia, cuando éste no lo hiciera de acuerdo a las normas preestablecidas en la legislación familiar se pudiera sancionar conforme a derecho, pero como no es

así, nos tenemos que conformar con la insuficiente e imprecisa información que existe en la Ley Familiar respecto a la custodia, y observar como cada día los progenitores dejan de cumplir con las obligaciones que les confiere el derecho de guarda, así como de que forma tan irresponsable algunos ascendientes ceden los derechos que les confiere el otorgamiento de la guarda y custodia, la cual es decretada por una autoridad competente en materia familiar.

Que diferente sería si la norma familiar refiriera cuales son las sanciones jurídicas que se le pudieran aplicar a los padres de un menor sujeto a guarda y custodia cuando el progenitor dejara de cumplir con sus obligaciones y no ejerciera sus derechos; obviamente obligaciones y derechos inherentes a la figura de guarda y custodia de un menor de edad, solo entonces se le podría exigir jurídicamente al ascendiente el cumplimiento de dichas obligaciones y derechos o bien fincarle responsabilidad jurídica por incumplimiento de obligaciones y derechos conferidos por la figura de guarda y custodia de un menor.

La intuición del juez familiar es la que prevalece determinando cual de los dos padres será mas apto para el cuidado de los hijos, en México no existen psicólogos como parte del equipo de los juzgados de familia, dedicados a evaluar, y en muy contados casos se recurre a los psicólogos de medicina legal para que con base en un peritaje de ellos se atribuya la custodia a uno de los progenitores, en el Estado de Hidalgo los casos de divorcio, separación de cuerpos, nulidad del matrimonio, suspensión o terminación de la patria potestad, así como en el otorgamiento de la guarda y custodia el juez familiar tiene la facultad de confiar a los hijos al cuidado de uno de los padres o del pariente más próximo, según lo crea más conveniente.

El juzgador debería de tomar en cuenta que dentro de este proceso legal de divorcio o separación, la evaluación psicológica tendría como objetivo el estudio de la competencia del ascendiente, en lo referente al nivel de compatibilidad entre las características y habilidades educacionales de los padres con las características y necesidades de los hijos. La evaluación debe enfocarse al momento en que se encuentra el proceso de separación, dado que implica analizar una serie de cambios

legales, sociales, psicológicos y económicos, enlazados de forma compleja a través del tiempo. Se deben evaluar las expectativas, deseos, nivel de adaptación y capacidades (físicas, emocionales, intelectuales) tanto de los padres como de los menores.

Podríamos decir que la guarda y custodia debe estar a cargo de la madre siempre y cuando los menores requieran de cuidados maternos, aunque también se debe optar por tomar en cuenta la opinión de niñas o niños cuando rebasan los siete años de edad. Generalmente permanecen al lado de la madre, a menos que se compruebe que no está en capacidad para responsabilizarse por ellos, "pues aquí se trata de tutelar perfectamente la figura del menor".

¿Se debe elegir al padre que tenga mayores valores morales? Tal vez pero no hay que olvidar que el problema principal se deriva de que los valores morales no pueden ser un criterio legal ni psicológico ya que no se pueden evaluar porque son elementos obviamente subjetivos y sobre ellos no hay unificación social objetiva. No se debe descartar la posibilidad de que se puede ser "un adulto con elevado porcentaje de moralidad, pero con deficiencias en cuanto a su habilidad para relacionarse y corregir a los niños. Lo cual resultaría contraproducente para asignar la custodia a uno de los progenitores."

Para otorgar la figura de custodia el juzgador debe de tener mucho cuidado, toda vez que en ocasiones se la da, al padre que tiene mayores recursos económicos. Debido a que la autoridad competente en materia familiar piensa que el dinero proporcionará estabilidad en aspectos físicos como alimentación, educación y salud, pero no garantiza el interés, ni el bienestar psicológico del custodiado y ambos deben ser prioritarios a la hora de asignar la custodia. Porque el que tiene los recursos económicos aunque ostente o no el derecho de custodia, en todo caso tiene el deber y la obligación de proporcionar dichos recursos que servirán para cubrir todas las necesidades económicas del acreedor alimentista o del descendiente.

Se debe de tener en cuenta la disponibilidad de tiempo del padre al que se le otorgará la custodia. Aunque no debe ser tomado al pie de la letra porque además de la cantidad de tiempo hay que fijarse en la calidad del mismo, dado que es muy probable

que el horario de tiempo disponible del ascendiente no sea el más apropiado para dedicárselo al sujeto pasivo de la guarda y custodia, ya que en ocasiones resulta que al progenitor que se le otorga la guarda y custodia de su o sus descendientes tiene un horario de trabajo un poco inadecuado para que éste pueda ejercer la guarda y custodia sobre el menor de edad, teniendo que dejar solo a éste la mayor parte del tiempo.

El criterio erróneo que tienen algunos progenitores respecto a que cuando a un padre se le entrega la custodia de sus hijos, en virtud de los derechos que ésta confiere, el facultado para ejercer el derecho de guarda y custodia puede prescindir totalmente del otro cónyuge para efectos de crianza, educación y establecimiento del hijo, en lo que evidentemente hay una equivocación generalizada, toda vez que al sujeto pasivo de la guarda y custodia siempre le hará falta tanto la presencia paterna como la presencia materna y por tanto ambos progenitores deben de estar pendiente de sus descendientes, independientemente quien de ellos tenga el derecho de custodia, dado que el otro padre conservará el derecho de visita y convivencia.

También es conveniente tener en cuenta el tiempo que el padre y la madre se han ocupado del niño. Dado que a mayor tiempo previo, existen mayores posibilidades de ganar la custodia, porque no se debe adjudicar a un ascendiente la custodia de un menor de edad si el probable custodiante resulta ser un desconocido para el custodiado, ya que esta situación traería como consecuencia un total desequilibrio emocional en el menor por tener que vivir con una persona que en su vida ha visto solo en algunas ocasiones.

Así como también, es importante no perder de vista el tipo de relación que tenga el niño con sus padres, hermanos y otras personas involucradas. Si el niño se relaciona adecuadamente, se deduce que está adaptado y que se puede dejar allí, pero de lo contrario se le tendrá que buscar alguna alternativa aún después de dictada la resolución del juzgador, dado que de esto se desprende que la decisión de la autoridad competente en materia familiar no ha sido la más correcta y habrá necesidad de subsanar la equivocación que tuvo el juez familiar, pensando en todo momento en el interés y en el bienestar del descendiente menor de edad.

Resulta evidente que hay que contemplar la disposición del niño para aceptar cambios de casa, escuela o de población, toda vez que es éste el que va a resentir los cambios que se presentarán en su nueva vida a partir de la fecha en que se de la resolución definitiva sobre quien lo custodiará en lo sucesivo. Si es estrictamente necesario introducir cambios de lugar, se tratará de prever la actitud que tomará el niño frente a dichos cambios, sin perder de vista que lo más importante es el bienestar psicológico y el interés del menor.

Así mismo hay que tomar en cuenta los deseos del padre y de la madre. El deseo es un criterio para atribuirlo, no se recomienda forzar a nadie para que la asuma, dado que, si al progenitor que, le otorgue el juzgador la guarda y custodia de su o sus descendientes no la acepta, el otro ascendiente se vera obligado a ejercer el derecho de guarda y custodia sobre sus descendientes menores de edad, aunque no resulte ser la persona más idónea para realizar la facultad de guarda sobre su o sus descendientes.

También se deben considerar los deseos del niño, especialmente si es un preadolescente o adolescente ya que a esta edad resulta difícil que el menor acepte un cambio radical en su vida, tan es así que éste tratará de hacer valer sus derechos, mismos que le son conferidos por las distintas leyes vigentes en la República mexicana.

No debe olvidar el legislador la capacidad del padre y de la madre para proveer cuidados y educación, dado que en ocasiones hay progenitores que se encuentran discapacitados y habría que tomar en cuenta el tipo de discapacidad que sufran, para ver si procede o no el otorgamiento del derecho de custodia sobre sus descendientes.

Cuando se tenga evidencia de abuso conyugal o cualquier otro tipo de violencia doméstica, toda vez que si existe abuso conyugal o violencia doméstica. El juzgador lo debe de entender como un criterio negativo que excluya la atribución de la custodia.

Los antecedentes criminales, si es que los hay, de los padres. El juzgador lo debe de tomar como un criterio negativo que disminuye la probabilidad de ganar la custodia de los descendientes menores de edad. Por tanto la custodia no se le debe otorgar a un

padre que tenga antecedentes judiciales, especialmente aquellos relacionado con violencia doméstica. Y esto no es una mentira, si alguno de los dos padres tiene antecedentes de violencia doméstica hay una predisposición de comportamiento y es posible que el progenitor vuelva a reaccionar con agresividad en su entorno familiar, tan es así que el que haya cumplido con la sanción judicial no implica que haya modificado su conducta.

No pueden dejar de observar el juzgador, así como el progenitor que ejerza la guarda y custodia de un menor los siguientes derechos de los niños:

- 1.- Los derechos a la vida y a un sano desarrollo
- 2.- El derecho a la identidad
- 3.- El derecho a una atención especial del niño en consideración de sus intereses
- 4.- El derecho a la libertad de expresión
- 5.- El derecho a la no discriminación
- 6.- Los derechos a vivir en familia y a recibir cuidados alternativos adecuados en caso de desamparo familiar
- 7.- El derecho a ser protegido contra peligros físicos o mentales, el descuido el abuso sexual, la explotación, el uso de drogas y enervantes, el secuestro y la trata
- 8.- El derecho a disfrutar en el mayor grado posible de buena salud
- 9.- El derecho a una educación que respete la dignidad y prepare para la vida en un espíritu de comprensión, paz y tolerancia
- 10.- Los derechos al descanso, al juego y a las actividades culturales y artísticas
- 11.- Los derechos a la libertad de pensamiento y conciencia, así como a disfrutar libremente de la cultura, la religión y el idioma
- 12.- La libertad de asociación
- 13.- El derecho a la protección contra injerencias arbitrarias y a un trato humanitario en cualquier circunstancia y
- 14.- El derecho a la protección internacional.

Creo que todos los puntos que anteceden a este párrafo son dignos de tomarse en cuenta, toda vez que en ellos se encuentran acciones inadecuadas realizadas por los

progenitores las cuales estoy proponiendo que se regulen conforme a derecho para que las conductas de los ascendientes no lastimen el desarrollo social, psicológico, moral y espiritual del custodiado.

Por todo lo anteriormente referido es importante que los progenitores decidieran de común acuerdo quien asumirá la custodia para que el niño no se vea enfrentado a un conflicto judicial, donde vivirá y que recibirá visitas constantes del otro; explicarle si habrá proceso judicial y decirle que puede expresar lo que piensa, preguntar lo que quiera, dado que los ascendientes pueden disiparle todas y cada una de las dudas que el menor pueda tener con respecto a la separación de sus progenitores y a los términos en los cuales se efectuará dicha desunión.

El juzgador y los padres podrán seguir, el siguiente orden de ideas que tal vez pudieran servir como base para una mejor relación entre los progenitores y el sujeto pasivo de la guarda y custodia, así mismo se pueden tomar estas ideas para que el Juez Familiar pueda emitir una justa y equitativa sentencia en materia de guarda y custodia de menores; tal vez implementando estas ideas en un precepto legal dentro del capítulo de guarda y custodia de menores que en este trabajo se propone.

- a) Hacer un plan que permita a sus hijos ver y hablar con sus dos Padres.
- b) Mantener contacto con sus hijos para que éstos no se sientan olvidados
- c) Hacer saber a sus hijos que tienen el apoyo de los dos Padres.
- d) No cancelar los planes que haga con su hijo salvo cuando exista algo verdaderamente impostergable.
- e) Hacer un hogar para el hijo en la casa de cada padre con un lugar para sus juguetes, ropa y otras cosas.
- f) Preparar a los hijos para las visitas del otro padre.
- g) Estar a tiempo para recibir a su hijo.
- h) Mantener la comunicación entre Padres abierta.
- i) Aprender a controlar su enojo y sus sentimientos lastimados.
- j) Dejar de pelear y avanzar con sus vidas.
- k) Utilizar la separación para resolver su rencor y sentimientos lastimados.

l) Utilizar los consejos de gente profesional.

En conclusión, los padres conjuntamente pueden ayudar a mejorar la relación de cada uno de ellos con sus hijos de los cuales no poseen su custodia; y para esto, además de lo mencionado ya anteriormente, puede ayudar a sus hijos teniendo en cuentas las siguientes pautas:

1.- Lo más importante es que los hijos sigan manteniendo una relación con los dos Padres. Si esto no ocurre, los hijos pueden sentirse más y más infelices y deprimidos.

2.- A veces, los hijos y Padres que antes no eran cercanos pueden utilizar esta experiencia para establecer una relación más cercana y profunda.

3.- Los hijos necesitan mirar a sus Padres como personas razonables quienes decidieron terminar su relación de una manera cuidadosa e inteligente.

4.- Los hijos necesitan admirar a sus Padres y mirarlos como personas que saben echar a un lado sus diferencias para poner en primer lugar lo que es mejor para sus hijos.

5.- Los hijos necesitan tener el apoyo de los dos Padres. Necesitan saber que no serán olvidados.

6.- El padre custodio que sabe apoyar la relación de los hijos con el otro padre le ofrece, estabilidad emocional a sus hijos.

Puntos que deberán ser observados por el juzgador al momento de emitir la resolución y los cuales deberán seguir bajo vigilancia de la autoridad competente en materia familiar, o a través de los auxiliares de la justicia,

6 REALIDAD JURÍDICA Y COMPLEJIDAD REAL DE LAS CONDUCTAS ANTIJURÍDICAS EN LA LEGISLACIÓN LOCAL

En este rubro mencionaré la supuesta realidad jurídica del delito de sustracción de menores originado en el Estado de Hidalgo, al utilizar el término supuesta se trata de mencionar que en realidad las cifras reales son superiores a las que arroja la estadística proporcionada por la PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL

ESTADO DE HIDALGO, específicamente la Dirección de Informática en su Departamento de Estadística y que a continuación se da a conocer, abarcando un periodo de tres años con cuatro meses:

A continuación se explica el detalle estadístico de los delitos de sustracción de menores e incapaces del año dos mil, según cifras proporcionadas por la Unidad de Estadística de la PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL ESTADO DE HIDALGO, en el periodo de enero a diciembre del año antes mencionado se denunciaron 108 casos de sustracción de menores y/o privación ilegal de la libertad existiendo un promedio mensual del 9%. Estadísticamente hablando de sustracción de menores existe una cifra en el año dos mil uno, de acuerdo a los datos proporcionados por la dependencia antes mencionada, un total de 105 delitos de cuya cantidad se presume un promedio mensual del 8.8%.

En el año dos mil dos la Unidad de Estadística nos da una cifra de delitos registrados de un total de 87 casos de sustracción de menores y/o privación ilegal de la libertad existiendo un promedio mensual de 7.3%, es evidente que en este año la incidencia disminuyó considerablemente, o muchos de los ilícitos no fueron denunciados por la parte afectada. En el periodo comprendido de enero a mayo del año 2003 la Unidad de Estadística nos proporciona el siguiente dato, por tratarse de un lapso reducido nos arroja un total de 34 delitos denunciados de cuya cantidad se desprende que hay un promedio mensual del 6.8%.

Del número de incidentes que se han dado es indudable que tenemos que hacer conciencia de que no todos los delitos de sustracción de menores y/o privación ilegal de la libertad se denuncian ante el Ministerio Público, dado que de acuerdo a la estadística de delitos cometidos y que son de materia penal sólo se querellan el 30% de los afectados, quedando un 70% de delitos impunes, toda vez que el sujeto pasivo por ignorancia o por temor no acude ante la autoridad correspondiente a presentar su inconformidad, respecto al agravio que recibe por parte del agente activo del delito.

Si bien es cierto que muchos de los casos no se denuncian ante el representante

social, también es cierto que esta actitud que toma la víctima o el ofendido se debe a que sencillamente cuando acude a querellarse lo único que hace la autoridad es darle largas al asunto, dado que en ocasiones una denuncia no progresa poniendo como pretexto la autoridad competente que le hace falta al querellante algún dato más que debe aportar para que su caso sea juzgado conforme a derecho o que simplemente el delito no se tipifica porque no lo establece la norma legal.

Que diferente sería si nuestra Ley Familiar de la Entidad ostentara un capítulo único en donde se establecieran las penas y medidas de seguridad acordes a las conductas antijurídicas que alguno de los ascendientes realiza en contra del derecho de guarda y custodia, afectando con esta acción al menor que se encuentra sujeto a la guarda y custodia, así como a la persona que tiene a éste bajo su cuidado, por eso vuelvo a reiterar que es urgente se modifique y adicione la legislación familiar del Estado de Hidalgo agregándole un apartado, en el cual refiera detallada y acertadamente conforme a derecho, de que manera se debe de aplicar la guarda y custodia de un menor de edad, para que así no se afecte el interés de éste, dado que en la mayoría de los casos nunca piensa el juzgador en lo que le conviene al infante, al otorgar a uno de los ascendientes la custodia de su o sus descendientes, y en ocasiones esto en lugar de dar solución a un problema ocasiona que se presente una situación aún más grave que la ya existente.

Este tema es de suma importancia, dado que en el se da a conocer la problemática que presenta la Norma Legal vigente en el Estado de Hidalgo, comparado con lo que realmente vive la sociedad actualmente, toda vez que es muy poco lo que hace la autoridad para que los delitos sean castigados conforme a derecho, porque es indudable que la Ley está del lado del que posee más dinero, aun cuando a la persona de escasos recursos lo asista la razón.

No todos los delitos se denuncian, pero ¿cuántos de los casos que llegan al Ministerio Público se resuelven haciendo justicia al que tiene la razón y por tanto la Ley debería estar a su favor?; podríamos decir que varias de las Averiguaciones Previas, en eso quedan en una simple denuncia a la que la o el representante social no le da

ningún seguimiento, no obstante que el delito se persiga de oficio y cuando esto sucede cualquiera se puede preguntar ¿ de qué, o para qué, me sirve el Representante Social, si cuando más abrumado estoy debido a que he sido víctima de un delito la autoridad no me hace justicia?

En lo que se refiere a materia penal según las estadísticas solamente un 30% de los ilícitos se denuncian, quedando el 70% de los delitos cometidos sin ser castigados, las razones por las que las víctimas o el ofendido no acuden ante la autoridad correspondiente a denunciar el agravio del cual han sido objeto, pueden ser varias: la ignorancia, la negligencia de la autoridad al prestar sus servicios, los escasos recursos económicos con los que cuenta el afectado o la víctima en lo que toca al término ignorancia, ésta puede ser por distintas causas, dado que se presenta el desconocimiento de una norma que castigue al sujeto activo dependiendo del delito de que se trate, en ocasiones la víctima o el ofendido no saben a que instancia deben acudir para denunciar el ilícito que afecta a su persona o a sus intereses de manera directa, o suele suceder que las personas no presentan su querrela por temor a resultar aun más perjudicados.

La Ley en la práctica debería de ser como en la teoría *justa y equitativa* para ambas partes, pero en la práctica cuando se trata de aplicar la norma legal la autoridad es injusta para el desvalido, mientras que para el poderoso aun siendo responsable del delito del cual se le acusa, el encargado de aplicar la ley, al juzgar a aquél lo hace con cierto favoritismo y benevolencia, debido a que el juzgador siempre se deja sobornar, situación que no debería de darse ya que para eso el Estado le paga un sueldo y por tanto el juzgador debería de ser enjuiciado por corrupto, así mismo esto serviría de ejemplo a otra autoridad que quisiera hacer lo mismo ya que sabría de antemano a lo que se expone al aceptar una dádiva económica de parte del activo del delito.

Nuestra legislación en el Estado de Hidalgo presenta varias lagunas jurídicas, de penas inadecuadas para castigar ciertos delitos específicamente el de Sustracción de Menores y/o privación ilegal de la libertad de un menor, a lo anterior hay que agregarle la corrupción de la persona encargada de aplicar la Ley y nos daremos cuenta, el

porque las víctimas prefieren no acudir a la autoridad correspondiente a formular su querrela, ocasionando con todo esto que los delincuentes sigan cometiendo sus fechorías, así mismo se debe resaltar que existen personas que piensan que todos los trámites son engorrosos y sólo sirven para perder el tiempo, dado que aun cuando detienen al infractor a las pocas horas o días lo dejan en libertad, ya que el delincuente siempre tiene para exhibir la caución que le fije el representante social por elevada que sea la suma, por todo lo anterior es urgente modificar la ley, pero también es apremiante erradicar la corrupción que existe entre las personas encargadas de aplicar las penas y medidas de seguridad.

Es evidente que esto no se va a lograr de la noche a la mañana, pero es urgente que se empiecen a buscar alternativas para poder ayudar realmente a la sociedad que siempre está en desventaja con respecto al delincuente, dado que el infractor sabe que va a cometer el ilícito, mientras que la persona afectada se entera cuando ya no existe forma de prevenir un percance, en el caso que nos ocupa sustraer al menor de edad o privarlo ilegalmente de su libertad y trasladarlo a otro lugar, ya sea dentro de la República o fuera del territorio nacional.

Por todo lo antes referido en este subtema es evidente que con la creación de los delitos de sustracción y/o privación ilegal de la libertad que contemplan los artículos 232 y 163 B/S en el Código Penal vigente ha sido insuficiente para aminorar y mucho menos erradicar la problemática que planteo en el cuerpo de esta tesis, es por ello que también insisto que al Código Familiar del Estado de Hidalgo se le debe adicionar las normas jurídicas que refieran de manera concreta y precisa la forma de como la autoridad competente en la materia debe de aplicar la guarda y custodia de un menor, para evitar equivocaciones de parte del juzgador cuando se trata de otorgar la custodia de un menor de edad, cuyo otorgamiento se hace a la persona menos indicada, y además que también sea adicionado el ordenamiento invocado, especial y concretamente en su artículo 273, el cual se refiere particularmente a la suspensión de la institución de patria potestad esto último como medida precautoria respecto de la institución antes referida.

7 APLICACIÓN DE SANCIONES EN LA LEGISLACIÓN FAMILIAR DEL ESTADO DE HIDALGO POR LA COMISIÓN DE LAS CONDUCTAS ANTIJURÍDICAS COMETIDAS DENTRO DE LA FIGURA DE GUARDA Y CUSTODIA

Quando el padre o la madre sustrae a su o sus descendientes del lugar en donde *habitualmente residen, por obviada los delitos de sustracción y/o privación ilegal de la libertad* que han sido mencionados de forma detallada y precisa en el capítulo número uno llamado guarda y custodia de menores en su subtema nombrado sanción al incumplimiento de la guarda y custodia, se tipifican automáticamente, por lo tanto propongo que al padre que comete el ilícito, el juzgador le debe condenar a la pena de privación o a la de suspensión de derechos de familia, esta sentencia serviría de ejemplo a otros progenitores que en el futuro pensarán en cometer la misma acción delictiva.

Por tanto es urgente y conveniente que el contenido de los artículos 163 B/S y 232, ambos numerales inmersos en el Código Penal del Estado de Hidalgo se establezcan en la Legislación Familiar del entidad hidalguense y que dicha adición estipule las sanciones de los delitos cometidos dentro de la obligación y/o derecho de guarda y custodia.

De acuerdo a lo narrado es indudable que si un ascendiente piensa y quiere cometer alguno de los siguientes delitos: Privación Ilegal de la Libertad y/o Sustracción de Menores, convirtiendo en víctima de éstos a sus descendientes menores de edad, aquél debe de estar consiente de que se expone a sufrir las consecuencias que se originan al realizar la actividad delictuosa, salvo que su acción contemple alguna excepción expresa en el ordenamiento legal en materia familiar, para que ésta sea utilizada en pro de su defensa en el momento procesal oportuno del juicio, que conforme a derecho se le tiene que iniciar, por la conducta ilícita que ha realizado en agravio de sus descendientes y del ascendiente custodio.

Es decir se tendrá que especificar en el apartado de guarda y custodia de

menores que se propone en este trabajo; un ordenamiento legal, las causas por las cuales un progenitor no podrá invocar el derecho de guarda y custodia de sus descendientes, ni el derecho de visita, cuando el descendiente cometa los delitos que refieren los artículos 163 *BIS* y 232 ambos incluidos en la Ley Sustantiva Penal; así mismo podrían ser motivo para la suspensión de la institución de la patria potestad.

Es evidente que aún con la implementación de los preceptos legales antes mencionados, no han disminuido los conflictos entre los ascendientes de un menor de edad, cuando se trata de disputarse la guarda y custodia del mismo, aún más porque a nuestros legisladores en el Estado de Hidalgo tal parece que se les olvidó la materia familiar, situación que se observa en los preceptos legales multireferidos y, toda vez que a todas luces se observa que existe una gran diferencia entre los dos artículos anteriores y el numeral 366 *QUATER* contemplado en el Código Penal Federal respecto al contenido, dado que éste contempla varios supuestos en cuanto a consecuencias, sanciones privativas de libertad y sanciones pecuniarias, protegiendo de esta manera más ampliamente los intereses tanto del ofendido como los de la víctima.

Resultando ser indiscutible que nuestra legislación vigente en el Estado Libre y Soberano de Hidalgo carece de revisión periódica por parte de los legisladores, en cuanto a las necesidades evolutivas que presenta la sociedad, dado que a medida que la población aumenta ésta exige nueva normatividad que regule las acciones de todos y cada uno de sus integrantes, para que sus actos sean acorde a la norma jurídica y que cada individuo tenga presente y esté conciente de que si infringe la ley será castigado de forma severa, con el fin de corregir su conducta para que no se vea afectado el público en general.

8 VIOLENCIA FAMILIAR O DOMÉSTICA

En el Código Penal del Estado de Hidalgo es referido el delito de violencia doméstica en el artículo 243 *B/S* mismo que fue adicionado el 14 de enero del año 2002 según lo establecido por el decreto publicado en el Periódico Oficial del Estado de Hidalgo en la fecha antes referida. Es de vital importancia que conozca el núcleo social el significado de el delito de Violencia Familiar pero es más conveniente aun, que lo

comprendan los integrantes de una familia, por supuesto los sujetos de derechos y obligaciones para que éstos puedan hacer valer las facultades que les confiere la ley y que, así a la vez no se vea afectada tanto su integridad física como su estado psicológico y la integridad del grupo familiar.

Es importante incluir dentro de este trabajo de tesis el numeral 3º, Fracción III de la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar para el Distrito Federal que es del siguiente tenor:

"Violencia Familiar. Es aquel acto de poder u omisión intencional, recurrente o cíclico, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional o sexualmente a cualquier miembro de la familia, que tengan parentesco o lo hayan tenido por afinidad civil; matrimonio, concubinato o mantengan una relación de hecho, y que tiene por efecto causar daño, y que puede ser de cualquiera de las siguientes clases:

a) Maltrato Físico. Todo acto de agresión intencional en el que se utilice alguna parte del cuerpo, algún objeto, arma o sustancia para sujetar, inmovilizar o causar daño a la integridad física del otro, encaminado hacia su sometimiento y control.

b) Maltrato Psicoemocional. Al patrón de conducta consistente en actos u omisiones respectivos cuyas formas de expresión pueden ser: prohibiciones, Coacciones, condicionamientos, intimidaciones amenazas, actitudes devaluatorias, de abandono y que provoquen en quien las recibe deterioro, disminución o afectación a su estructura de personalidad.

Todo acto que se compruebe que ha sido realizado con la intención de causar daño moral a un menor de edad, será considerado maltrato emocional en los términos de este artículo, aunque se argumente como justificación la educación y formación del menor.

c) Maltrato Sexual. Al Patrón de conducta consistente en actos u omisiones reiteradas y cuyas formas de expresión pueden ser: inducir a la realización de prácticas sexuales no deseadas o que generen dolor, practicar la celotipia para el control, manipulación o dominio de la pareja y que se generen un daño. Así como los delitos a que se refiere el Título Décimo Quinto del Código Penal para el Distrito Federal, es decir, aquéllos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, respecto a los cuales la presente Ley surte efectos en el ámbito asistencial y preventivo".⁴²

En esta acertada descripción del delito de violencia doméstica que hicieron los legisladores creo que el ilícito fue enfocado desde todos sus ángulos, dado que la

⁴² Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar, p. 2

definición no nos deja ninguna duda de lo que es la violencia familiar, ni de las conductas que debe realizar el sujeto activo para que el delito sea tipificado como tal, así se observa que el artículo número 243 *BIS* del Código Penal vigente en el Estado de Hidalgo es una reproducción del artículo 343 *BIS* del Código Penal Federal, en cuyos numerales se contempla el delito de Violencia Familiar, sin embargo el Código Penal para el Distrito Federal tiene un contenido diferente, pero no tan completo como el que anteriormente se transcribió.

Es indiscutible que debemos reconocer que algunos comportamientos como la *Violencia Familiar* necesitan de un estudio más profundo, así como de una evidente y formal investigación y, por lo tanto, otro tipo de medidas preventivas, dando pauta a que intervenga más el Derecho Civil que el Derecho Penal en este campo, así como permitir la participación del Derecho de Familia, como en el caso del Estado de Hidalgo que tiene una legislación autónoma en lo que respecta a los derechos y obligaciones de índole familiar.

Sin lugar a duda el delito de Violencia Familiar debe de ser una excepción en el delito de Sustracción y/o Privación Ilegal de la Libertad de un menor de edad, dado que si un padre utiliza la fuerza física o moral en contra de su familia, la madre estaría en todo su derecho de sustraer a su o sus menores hijos del hogar conyugal en donde habitualmente residen, con la única finalidad de ponerlos a salvo de la violencia familiar que ejerce el esposo, o viceversa si la esposa ejerciera la fuerza física o moral. Siendo utilizada la violencia familiar como excepción dentro del proceso que se le siga a la persona que sustrae a los menores del hogar conyugal, independientemente de que se trate del padre o de la madre, según sea el caso.

Sin temor a equivocarme puedo decir que un gran número de personas estaría de acuerdo en que el delito de violencia familiar fuera de carácter presumible, toda vez que ésta deja algún tipo de huellas ya sean físicas o psicológicas, las primeras indudablemente se observarían haciéndole un examen corporal al sujeto pasivo y las últimas serían fácilmente comprobables si se le proporciona a la víctima de éste delito ayuda psicológica especializada.

Por todo lo anterior propongo que el Delito de Violencia Familiar sea considerado y legislado por el H. Congreso del Estado de Hidalgo como una excepción, dentro de los delitos de: Privación Ilegal de la Libertad y/o Sustracción de Menores de edad, toda vez que esta excepción sería utilizada como atenuante y como defensa a favor de la víctima del delito de violencia doméstica, cuando el supuesto ofendido del delito de Sustracción y/o privación ilegal de la libertad de un menor de edad, decida querellarse ante la autoridad competente en materia familiar y que por lógica éste pedirá se le enjuicie al ascendiente cuando decida poner a salvo a sus descendientes, para que los menores no sean afectados por los traumas que origina el delito de violencia familiar, dado que quienes resultan más dañados con la comisión del delito de violencia doméstica son los descendientes de los cónyuges y específicamente los menores de edad, ya que éstos sufren una afectación psicológica que en ocasiones suele ser irreversible, debido a su corta edad y a lo difícil que les resulta asimilar la situación que viven dentro de su núcleo familiar, así mismo sea tomada en cuenta al momento de formalizar individualmente a la guarda y custodia de un menor.

Es por ello que esta figura jurídica debe establecerse en el capítulo de la guarda y custodia que se implementaría según la propuesta realizada en este trabajo como una excepción para que el ascendiente que pretenda invocar la suspensión de la patria potestad y/o la suspensión de la guarda y custodia de un menor de edad sea un obstáculo y así no poder sancionar a aquel ascendiente que sustrajo o privó ilegalmente de la libertad a un menor de edad, cuya justificación de haber realizado dicha conducta antijurídica es más que evidente y necesaria si existe la violencia familiar.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La guarda y custodia de un menor de edad, es una figura jurídica, la cual pertenece a la materia familiar referida en el Código Familiar vigente en el Estado de Hidalgo, pero sólo se aborda este derecho de manera ambigua, aislada, indeterminada e insuficiente dentro del capítulo de patria potestad, en el apartado de los hijos, así como dentro del capítulo del divorcio, independientemente de que se trate de un divorcio necesario, o voluntario.

SEGUNDA.- La guarda y custodia de un menor de edad esta íntimamente relacionada con: la familia, el matrimonio, el concubinato, la unión libre, el divorcio y la institución de patria potestad, debido a la estrecha relación que guardan entre sí las instituciones antes mencionadas perteneciendo todas ellas al derecho de familia, resultando ser el rubro de guarda y custodia prioritario en lo que respecta al buen desarrollo tanto físico como intelectual del menor que se encuentra sujeto a este derecho.

TERCERA.- No es lo mismo la guarda y custodia de un menor de edad que la institución de patria potestad, por lo tanto estas figuras no se deben confundir entre sí, dado que son dos rubros totalmente diferentes jurídicamente hablando, pues cada una tiene sus propias modalidades, así como no es correcto y acertado que los sujetos activos de las figuras jurídicas mencionadas se usurpen entre sí, las funciones conferidas por la norma familiar vigente en el Estado de Hidalgo.

CUARTA.- No obstante que en el mes de enero del año 2002 los legisladores adicionaron al Código Penal el artículo 163 B/S, con la finalidad de equiparar el delito de sustracción de menores con el ilícito de privación ilegal de la libertad, la implementación ha resultado insuficiente para frenar el índice de delitos cometidos por alguno de los ascendientes cuando éste decide sustraer o privar ilegalmente de la libertad a su o sus descendientes; quebrantando con esta acción ilícita la resolución emitida por una autoridad competente en materia familiar, lo anterior debido a que los numerales 163

B/S y 232 carecen de criterio jurídico amplio y basto para poder ser utilizado y dar solución a la problemática familiar; por lo anterior el tema central motivo de esta investigación debe ser reglamentado de manera adecuada, completa, clara concreta y precisa en la norma jurídica familiar hidalguense.

QUINTA.- La problemática que surge entre los ascendientes cuando estos se separan y se disputan entre sí la guarda y custodia de los descendientes menores de edad; se puede evitar si se adiciona un capítulo a la Ley Familiar, estableciendo de manera clara y concreta cuales son las facultades y las obligaciones de cada uno de los progenitores para con sus hijos cuando aquéllos se encuentran divorciados o separados, y también debe referir el capítulo la forma como aplicar el derecho de guarda y custodia de un menor de edad, todo lo anterior con la finalidad de proteger el bienestar y el interés del infante y para evitar la controversia que se suscita entre los ascendientes cuando se trata de ver quien de ellos custodiara a los descendientes.

SEXTA.- Los legisladores deben poner más cuidado en la figura de guarda y custodia de un menor de edad, y dedicarle un capítulo exclusivo dentro de la norma familiar, en donde se establezcan bases, normas, principios y sanciones; regulando de manera concreta y particular la figura jurídica de guarda y custodia, dado que desde hace más de un siglo la guarda y custodia ha pasado desapercibida dentro del marco jurídico familiar, lo cual no beneficia ni a los sujetos activos y mucho menos a los sujetos pasivos de tan importante rubro.

SÉPTIMA.- En el apartado exclusivo para la guarda y custodia de menores, se debe de especificar el cúmulo de condiciones óptimas, las cuales deberán reunir los ascendientes para tener bajo su custodia a sus descendientes menores de edad, porque no sólo basta querer tener a los hijos a su lado, sino poder cuidar, educar, proteger, y vigilar a los infantes, cuyo requisito principal para que se de lo anterior estriba en que el padre custodio tenga físicamente con él, al menor, viviendo bajo el mismo techo y en el mismo domicilio; pues de no ser así sería imposible realizar el adecuado ejercicio de la obligación de guarda y custodia, resultando ser en este caso los más afectados, los sujetos pasivos de la multimencionada figura jurídica.

OCTAVA.- Con la adecuada regulación jurídica en el derecho familiar sobre la guarda y custodia de menores la autoridad competente en la materia ya no tendrá que aplicar la facultad discrecional que le confiere el Estado cuando se trata de emitir sentencia sobre el rubro antes referido, pues contando con una ley familiar apegada a derecho el juzgador se basaría en lo que establezca ésta para emitir resolución respecto a la guarda y custodia de un menor, cuando sus progenitores se han divorciado o simplemente han optado por separarse y así mismo se erradicaría la costumbre referente a la utilización de la facultad discrecional de la autoridad familiar, la cual en ocasiones carece de lógica jurídica y como resultado de lo anterior los menores suelen cometer todo tipo de errores y equivocaciones convirtiéndose en niños de la calle, drogadictos, alcohólicos, delincuentes o algo peor caen en la prostitución; dañando su imagen, así como su integridad física y mental.

NOVENA.- Existen varios supuestos por los cuales el padre custodio de un menor debe perder este ejercicio o también cabe la posibilidad de que se termine esta función, pero dentro de la norma familiar vigente en el Estado de Hidalgo, podría decirse, no existe alguna disposición al respecto la cual regule de manera clara, precisa y concreta la función de guarda y custodia de un menor, enumerando todas y cada una de las posibles modalidades del rubro de guarda y custodia, dando pauta con esto a que se generen los problemas entre los ascendientes, debido a la existencia de un inconveniente; ninguno de ellos sabe como y porque la autoridad competente en materia familiar puede inhabilitarlos para realizar la guarda y custodia sobre sus descendientes.

DÉCIMA.- La patria potestad es una institución, cuyo objetivo primordial es que los padres o los abuelos cuiden, protejan y eduquen a sus descendientes; siendo posible lo anterior únicamente cuando los ascendientes habitan y conviven bajo el mismo techo y la guarda y custodia, consiste en cuidar, vigilar, corregir, proteger educar y representar jurídicamente al menor; por tanto se concluye que ésta última no puede ser una prerrogativa de la primera, por lo siguiente; cuando un progenitor solamente ejercita el derecho de visita y convivencia a éste se le olvida, así como tampoco la ley lo obliga a realizar la finalidad o la meta de la patria potestad.

DÉCIMA PRIMERA.- La guarda y custodia de un menor de edad es ejercida de manera conjunta y mancomunada por los progenitores cuando éstos viven juntos en el domicilio conyugal, pero cuando los padres deciden separarse esta figura jurídica sólo la realiza uno de ellos, por esta razón la guarda y custodia de un menor de edad debe ser reglamentada conforme a derecho en la norma familiar vigente en el Estado de Hidalgo, cumpliéndose así con el objetivo primordial de que los padres cuiden, protejan, eduquen y vigilen a sus hijos, así como también el ascendiente custodio debe cuidar de los bienes que posean sus descendientes y representarlos jurídicamente, pues los menores por su incapacidad de ejercicio no pueden comparecer ante un tribunal para efectuar actos legales; pero resulta que en ocasiones el padre que tiene el derecho de custodiar a los infantes nunca se ocupa de ellos, debido a que el ascendiente vive en otra Ciudad o en otro país y así es imposible realizar todas y cada una de las facultades inherentes a la guarda y custodia de un menor de edad, por esa razón el ascendiente debe de perder sus derechos que tiene sobre sus descendientes, para que los adquiera la persona que desempeña la función de guarda y custodia, poniendo en tela de juicio las obligaciones del sujeto activo de la patria potestad, ya que en la mayoría de los casos éste no realiza todos y cada uno de los deberes inherentes a la institución jurídica tal y como lo establece aunque de manera equivocada la norma familiar vigente en el Estado de Hidalgo.

DÉCIMA SEGUNDA.- Si en el Estado de Hidalgo la guarda y custodia se encontrara debidamente legislada dentro de la norma familiar se erradicarían de tajo los abusos cometidos por los ascendientes, cuando éstos se separan y a la vez se disputan entre sí la custodia física de sus menores hijos, ya que de esta manera se podría sancionar al que infrinja la ley familiar, lo anterior actualmente no se puede hacer, pues legalmente no se establecen las bases, los principios, las normas, ni las penas y medidas de seguridad que regulen con apego a derecho como se debe realizar el ejercicio de la guarda y custodia de un menor de edad.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- BAQUEIRO, Rojas Edgard y Buenrostro Báez Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones. Ed. Harla. México 1999.
- 2.- BONECASE, Julián. Elementos de Derecho Civil. Traducción por Jose M. Cajica Jr., Tomo I. Nociones Preliminares, Personas, Familia, Bienes. Ed. José María Cajica. México 1945
- 3.- CHAVEZ, Asencio Manuel F. Convenios Conyugales y Familiares. Ed. Porrúa., ed. 4ª. México 1999.
- 4.- CHAVEZ, Asencio Manuel F. La Familia en el Derecho. Ed. Porrúa. México 1987.
- 5.- CHAVEZ, Asencio Manuel F. La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. Ed. Porrúa. ed. 5ª. México 1999.
- 6.- DE ANTONIO, Daniel Hugo. Derecho de Menores. Ed. Astrea., ed. 3ª Actualizada y Ampliada. Buenos Aires 1986.
- 7.- DIEZ, Ripoles José Luis y GRACIA Martín Luis. Delitos Contra Bienes Jurídicos Fundamentales Vida Humana Independiente y Libertad. Ed. Tiran Lo Blanch. Valencia 1993. ed. 22ª. México 1997.
- 8.- FLORIS, Margadant S. Guillermo. El Derecho Privado Romano. Ed. Esfinge.
- 9.- GALINDO, Garfias Ignacio. Derecho Civil Primer Curso. Ed. Porrúa. ed. 5ª. México 1997.
- 10.- MONTÉRO, Duhalt Sara. Derecho de Familia. Ed. Porrúa. ed. 2ª. México 1985.
- 11.- MOTO, Salazar Efraín. Elementos de Derecho. Ed. Porrúa. México 1993.
- 12.- PEREZ, Martín Antonio J. Derecho de Familia. Ed. Lex Nova., ed. 4ª. Deposito Legal V A 897: 1999.
- 13.- PLANIOL, Marcel y Ripert Georges. Derecho Civil. 1ª Serie. Vol. 8. Ed. Oxford. México 2000.
- 14.- RECASENS, Siches Luis. Sociología. Ed. Porrúa. ed. 25ª. México 1996.
- 15.- ZANON, Masdeu Luis. Guarda y Custodia. Ed. Bosch. España 1996.
- 16.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. octava edición. Isef.

México, D. F. 2004.

- 17.- Código Civil para el Distrito Federal. primera edición. Isef., México, D. F. 2001.
- 18.- Semanario Judicial de la Federación. Ed. SCJN. Tomo XXV.
- 19.- Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar. segunda edición Isef. México, D. F. 2001
- 20.- Código Penal del Estado de Hidalgo. Primera edición. Anaya. México, D. F. 2002.
- 21.- Código Familiar y de Procedimientos Familiares. Primera edición. Cajica. México, D. F. 2001.
- 22.- Decreto Núm. 233 que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de los Códigos Penale y de Procedimientos Penales para el Estado de Hidalgo. Periódico Oficial de Hidalgo. (número 2, Tomo CXXXV) 14 de enero del 2002 pp. 4 y 16.
- 23.- INSTITUTO, de Investigaciones Jurídicas UNAM. Diccionario Jurídico Mexicano. Ed. Porrúa., ed. 15ª. México 2001.