

## CAPÍTULO SEGUNDO

### LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES DE EDAD COMO ILÍCITO PENAL

#### I. LO SANCIONABLE EN LA ESFERA PENAL Y LO RESARCIBLE EN LA CIVIL

Una de las diferencias esenciales que debemos asentar, con la finalidad de adoptar una postura acerca de la destipificación o tipificación de la sustracción de un menor por uno de sus padres, es la que radica entre lo sancionable en la esfera penal y lo resarcible en la esfera civil. Sin duda, esta delimitación servirá para concretar qué tipo de ilícito se comete en la figura de la sustracción de NNA.

Iniciamos señalando una tesis de jurisprudencia que sobre este concreto punto hemos encontrado:

FRAUDE O DOLO CIVIL Y FRAUDE O DOLO PENAL. DISTINCIÓN ENTRE. Hay que distinguir el fraude o el dolo civiles, que otorgan simplemente a la persona lesionada una acción de reparación del perjuicio del fraude penal o dolo penal, que hace incurrir, además, al que lo emplea, en una pena pública... Así, cabe distinguir: la represión penal se funda en el carácter perjudicial del acto desde el punto de vista social. Su objeto es que se imponga una pena. La responsabilidad civil se funda en el daño causado a los particulares, y su objeto es la reparación de este daño en provecho de la persona lesionada, pudiendo un hecho engendrar tanto responsabilidad civil como penal.<sup>112</sup>

Creemos que es clara la necesidad de marcar una línea tan clara como gruesa entre el derecho público y el derecho privado; si bien pueden tener puntos convergentes entre ellos, nos interesa en este rubro desentrañar

<sup>112</sup> Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, amparos en revisión 295/94, 446/96 y 13/97; amparos directos 570/93 y 339/98. Véase *Semanario Judicial de la Federación*, sexta época, vol. CV, segunda parte, p. 70.

aquellos que son divergentes, con el único fin de ir tomando una postura acerca de la reflexión que proponemos.

Con este fin esclarecedor, la *Guía de buenas prácticas* —tercera parte, medidas de prevención, página 18, párrafo 2.1.2— afirma que:

En determinados Estados, un progenitor que sustrae a un menor, sin perjuicio de la responsabilidad penal que le corresponda, habrá cometido un *acto ilícito en derecho civil*. Como consecuencia, el progenitor será responsable de pagar al progenitor que tenga la custodia del menor todos los costes y gastos que se le hayan ocasionado con motivo de perseguir la restitución del menor.

Si bien la jurisprudencia y la *Guía de buenas prácticas* son claras, la doctrina también tiene su aportación en este punto, y así señala que “daño civil y daño criminal son, a la luz de la normativa vigente, conflictos autónomos y de efectos distintos e igualmente independientes”.<sup>113</sup> De lo anterior deducimos que son dos los principales parámetros que nos ayudan a separar ambos conceptos y marcar esa necesaria línea delimitadora.

Como primer ingrediente, y apegándonos a las afirmaciones vertidas por Jescheck y Weigend, sostenemos que

el delito no se diferencia de la acción infractora del derecho civil y del derecho público de un modo *cualitativo*, sino que tan sólo lo hace *cuantitativamente*. La intervención del derecho penal es promovida por una *elevada necesidad de protección* a la colectividad por lo que, en correspondencia con ello, el delito debe evidenciar un injusto y culpabilidad elevada: el delito es un injusto merecedor de pena.<sup>114</sup>

Si nos quedamos con esta última idea observamos que mientras el daño jurídicamente relevante en la esfera penal es sancionable (pena privativa de libertad o multa), el daño jurídicamente relevante en la esfera civil es resarcible.<sup>115</sup> Por ello, para que una sanción sea “penal” es necesario que haya sido impuesta por un juez o tribunal penal competente, como consecuencia de la violación a un precepto del Código Penal,<sup>116</sup> al que es preciso “reaccio-

<sup>113</sup> Sáinz-Cantero Caparrós, M. B., *El ilícito civil en el Código Penal*, cit., pp. 14 y 15.

<sup>114</sup> Hans-Heinrich, Jescheck y Weigend, Thomas, *Tratado de derecho penal, parte general*, cit., p. 55.

<sup>115</sup> Sáinz-Cantero Caparrós, M. B., *El ilícito civil en el Código Penal*, cit., p. 11.

<sup>116</sup> Fletcher, G., *Conceptos básicos de derecho penal*, cit., p. 50. Como bien dice este autor, la diferencia entre sanciones penales y otro tipo de sanciones que no son de carácter penal no tiene sólo una importancia teórica sino también importantes repercusiones prácticas.

nar con la suprema fuerza de la pena”,<sup>117</sup> al vulnerar un bien jurídico protegido debido a su importancia e impacto social.

Como segundo ingrediente, y coincidiendo nuevamente con Sáinz-Cantero, sostenemos que es en la “*imputatio iuris*, en la valoración normativa del daño, donde ilícito civil y penal se separan en todo caso”.<sup>118</sup> En este orden de ideas el delito tiene implicaciones y ramificaciones negativas para la comunidad, para el Estado, las cuales pueden asumir dos formas: la lesión o la puesta en peligro; por su parte, el daño civil implica una lesión a un interés privado e individualizable.<sup>119</sup>

Las afirmaciones anteriores nos encaminan a determinar que el ilícito penal se diferencia del daño civil tanto en su consecuencia final (imposición o no de una pena privativa de libertad o, en su caso multa)<sup>120</sup> como en su afectación (puntual/privada o general/social). Por lo que se refiere a su consecuencia, afirmamos que mientras que el ilícito penal conlleva, en caso de conductas graves, una pena<sup>121</sup> privativa de libertad, el daño civil conlleva una sanción que nunca pasará por la previsión de una pena privativa de libertad. De forma simplista señalamos que cuando un hecho ilícito se acopla a un tipo penal es un delito y éste merece una pena privativa de libertad (o en su caso una multa). Por lo que se refiere a su afectación se afirma que mientras el daño civil afecta los intereses privados del individuo o indivi-

<sup>117</sup> García Ramírez, S., *Derecho penal, cit.*, p. 83.

<sup>118</sup> Sáinz-Cantero Caparrós, M. B., *El ilícito civil en el Código Penal, cit.*, p. 13. Se afirma que “si ilícito civil y penal pudieran sostenerse sobre una misma *imputatio facti* (cuando la lesión a un interés privado es sancionada con delito o falta), es en la valoración jurídica del daño (*imputatio iuris*), a efectos de considerarlo sancionable (daño criminal) o resarcible (daño civil) cuando la configuración del ilícito penal y civil se separa, mostrándose ambos conflictos el daño penal y el daño civil, como distintos e independientes”, p. 20.

<sup>119</sup> *Ibidem*, pp. 14 y 15.

<sup>120</sup> En este sentido señala Creus que “la pena nada repara, no está concebida para restablecer el goce perdido, mira para adelante, trata de evitar nuevos ataques de la misma naturaleza; para prevenir intensifica la protección del bien jurídico. Es, pues, sobre los términos reparación-prevención donde se asienta la diferencia caracterizadora del derecho penal”, Creus, C., *Derecho penal, parte general, cit.*, p. 3.

<sup>121</sup> Asimismo indica: “al imponer la pena como sanción especial, que se suma a cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, convierte en una conducta prohibida en *delito*”. *Ibidem*, p. 1. Como bien señala en este orden de ideas Hans-Heinrich y Weigend, “el poder punitivo del Estado dirigido a la protección de la convivencia de las personas en la comunidad no puede ser ejercido *de cualquier modo o sin consideración a su alcance*. En verdad, el derecho penal debe contribuir a vencer el caos en el mundo y a poner coto a la arbitrariedad de las personas a través de una limitación graduable de su libertad, pero únicamente puede hacerlo de modo que sea compatible con el estado de la cultura del pueblo y con los derechos de los individuos”. Véase Hans-Heinrich, Jeschek y Weigend, Thomas, *Tratado de derecho penal, parte general, cit.*, p. 3.

duos sobre quienes recae, el ilícito penal altera los intereses más generales y de carácter público, social, al ver amenazada su seguridad y bienestar.<sup>122</sup>

Es por ello que el análisis está centrado ahora en distinguir, por un lado qué intereses son los que se encuentran implicados y dañados en la figura de la sustracción y, por otro lado, si éstos afectan a la esfera individual o colectiva. En definitiva, si el daño se queda en la esfera privada o si, por el contrario, trasciende a la esfera de lo público, de lo social.

Para contextualizar estas ideas sostenemos que con la prevención y en su caso erradicación de la sustracción pretendemos mantener intacto el derecho de los niños a convivir “equilibradamente” con sus padres, a mantener un contacto afectivo con ambos padres, tal como lo reconoce la Convención sobre los Derechos del Niño, concretamente en el artículo 9o., el cual a la letra dispone que “3. Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener *relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular*, salvo si ello es contrario al interés superior del niño” (cursivas añadidas). Entendemos que con la prevención y erradicación de la sustracción lo que se busca es propiciar una convivencia fluida y constante del menor respecto de ambos padres, evitando alterar o afectar sicoemocionalmente al NNA y asegurando su identidad; se pretende que el impacto derivado de una convivencia familiar “desgastada” y hasta cierto punto “conflictiva”, “tensa”, se resienta lo menos posible la persona del menor.

Lo que debemos entonces (re) pensar es si esta protección sicoemocional del menor, si este derecho de convivencia continua con sus progenitores, puede considerarse desde la fría técnica jurídica como un ilícito penal, el cual amerite una sanción penal, que lleve aparejada la pena privativa de libertad, o en su caso multa. En otras palabras, si trasciende de la esfera privada y alcanza la esfera social.

De las afirmaciones anteriores nos surge la duda de saber qué tipo de daño, si civil y/o penal, se comete, por un lado, con la comisión, o tentativa de comisión, de la conducta de sustracción de un menor por uno de sus padres y, por otro lado, saber cuáles son las consecuencias que genera y desencadena dicha figura. Esta será una primera conclusión parcial la cual nos guiará a configurar si la figura de la sustracción tiene corte y alcance sencillamente civil, siendo considerada una conducta civil y acarreado sólo como reproche jurídico la privación, alteración o suspensión de los derechos civiles que ostentaba la figura paterna del sustractor. Siendo par-

<sup>122</sup> Carrancá y Trujillo, R. y Carrancá y Rivas, R., *Derecho penal mexicano. Parte general*, México, Porrúa, 1999, pp. 421 y 422.

tidarios de esta afirmación entonces conlleva a castigar, en su caso, por la vía penal las conductas delictivas que desencadena la sustracción (si ello responde al “interés superior del menor”).

Teniendo como base estas afirmaciones y con la intención de tomar una primera postura, mencionamos que pasan al terreno de la ilicitud penal las conductas delictivas derivadas de la sustracción y que no corresponden con la privación de los derechos de familia; lo anterior se afirma desde que la comisión o la tentativa de comisión de esta figura afecta en primera y única instancia a los particulares implicados; en concreto, a uno de los padres, por un lado, y al menor de edad implicado, por otro; impacta, en definitiva, en los derechos de guarda/custodia o convivencia/contacto/visita asignados o por asignarse y por ello al derecho a convivir en armonía, a desarrollarse y crecer con el cariño de ambos padres.

Afectaría a la sociedad si el menor es puesto en peligro a través de las modalidades que ofrecen otras figuras penales como, el tráfico internacional de menores y que representan la explotación sexual, laboral y la remoción de órganos.

Es por ello que afirmamos que la “infracción” que se debe imponer al “infractor” en el ámbito de esta figura, en sentido estrictamente jurídico, es la pérdida o, en casos de devolución voluntaria, la suspensión, de los derechos de patria potestad, de guarda/custodia o convivencia/contacto/visita que le correspondían al progenitor sustractor. Por otro lado, las conductas delictivas que desencadena la comisión de esta figura pueden conllevar pena privativa de libertad y, en su caso multa. Señalamos que desde el punto de vista penal, lo que se debe castigar como ilícito penal es la conducta de la persona de no respetar un acuerdo judicial o un acuerdo existente entre las partes, estableciendo los derechos de guarda/custodia o convivencia/contacto/visita, así como las secuelas psicológicas, lesiones, etcétera, que se produzcan en la persona del menor. Consecuencias jurídicas que como ya hemos mencionado pueden y deben contextualizarse en cada situación familiar.

Por lo anterior, concluimos que desde el punto de vista jurídico, civil, familiar e *ius internacional privatista*, la figura de la sustracción produce un daño civil, el cual debe conllevar la sanción de la pérdida o suspensión de los derechos de familia asignados sobre el menor.

Prevista esta figura como un daño civil, reprochable, y previendo por tanto una infracción a la comisión de la figura de la sustracción, encontramos los siguientes códigos civiles al interior de la república mexicana:

- a) El Código Civil de Chihuahua en cuyo artículo 398 dispone que:

*La sustracción o retención del menor fuera del lugar de residencia habitual, sin la autorización de quienes estén ejerciendo la patria potestad o tengan su custodia, dará derecho a éstos al procedimiento de restitución que se establece en el Código de Procedimientos Civiles. La conducta ilícita del sustractor o retenedor dará lugar a la pérdida de los derechos que tengan con relación al menor (cursivas añadidas).*

b) El Código Civil de Durango en el artículo 412 establece que “*El derecho de visita y convivencia podrá suspenderse o perderse por decisión judicial, en los casos en que el menor sea sustraído o retenido sin autorización de quien tenga la custodia*”. Por su parte el artículo 416 de este mismo cuerpo normativo establece que “*El que sustraiga o retenga a un menor fuera de su residencia habitual, sin consentimiento de quienes ejercen la patria potestad, será motivo para la suspensión o pérdida de los derechos que tenga con relación al menor*” (cursivas añadidas).

c) El Código Civil de Guanajuato en su artículo 500 dispone a la letra que “*la patria potestad se suspende: V. Por no permitir que se lleven a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente, sin causa justificada*” (cursivas añadidas).

d) El Código Civil del Estado de México en cuyo artículo 4.225 señala que “*la patria potestad se suspende: IV. Por sustracción o retención indebida del menor por quien no tenga la custodia*” (cursivas añadidas).

e) El Código Civil del Estado de Nuevo León en cuyo artículo 447 bis a la letra señala que:

la patria potestad *se limitará* cuando por resolución judicial, cautelar o definitiva, se restrinja alguno o algunos de los derechos que la integran o se impongan modalidades al ejercicio de éstos. El juez podrá imponer las limitaciones que procedan a la patria potestad a fin de proteger la integridad física y psicológica de los menores.

f) El Código Civil de Puebla en cuyo artículo 628 establece que “*los derechos que la patria potestad confiere a quien o a quienes la ejercen, se pierden: IV. Cuando el padre, madre, abuelo o abuela, en su caso: d) no permitan de manera reiterada que se lleven a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente*”; en el artículo 634 de este cuerpo normativo se dispone que:

el juez puede en beneficio de los menores modificar el ejercicio de la patria potestad o custodia cuando la tenga decretada judicialmente, y a sea provisional o definitiva sobre ellos, *cuando quien la ejerce realice conductas reiteradas para*

*evitar la convivencia de los menores con la persona o personas que tengan reconocido judicialmente su derecho a la misma...*

Por su parte, el artículo 637 menciona que

no podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales ni la convivencia entre el menor y sus parientes, ni siquiera cuando la patria potestad o la guarda corresponda a uno de ellos, por lo que en caso de oposición a la solicitud de cualquiera de ellos o incumplimiento del convenio en que las partes hubieren fijado el tiempo, modo y lugar para que los ascendientes que no tengan la guarda del menor lo visiten y convivan con el, el juez de lo familiar resolverá lo conducente, en atención al interés superior del menor. El Tribunal contará con los medios eficaces que considere necesarios para decretar la convivencia en el modo y forma que beneficie a los menores y en caso de incumplimiento parcial o total podrá decretar las medidas de apremio que concede la ley o dar vista al Ministerio Público si del comportamiento de quien deba permitir la convivencia se desprende algún delito. Sólo por mandato judicial expreso y fundado en causa justa podrá impedirse, suspenderse o perderse el derecho de convivencia al que se refiere este artículo.

En función del panorama normativo material ofrecido, se puede desprender que la conducta de la sustracción de un menor en la actualidad cuenta con una doble sanción: como daño civil, por el Código Civil, y como ilícito penal, en función del principio de legalidad, en el Código Penal, con una pena privativa de libertad y/o multa.

Entendemos que en el supuesto de sustracción por uno de sus padres se busca por la vía civil una pretensión resarcitoria (localizar y restituir al niño o al adolescente al Estado de residencia habitual) mientras que por la vía penal se busca una pretensión punitiva (sancionar al sustractor) a los delitos derivados de la comisión o tentativa de comisión de la misma. Para nosotros la prioridad en esta figura es que el niño o el adolescente tenga un proceso restitutorio rápido, sea cual sea el resultado final del mismo; posteriormente, como “premio de consolación”, podemos buscar, si es pertinente, que el progenitor sustractor sea castigado por las consecuencias que desencadenó la conducta de sustracción (siempre que ello no imponga una nueva situación dolorosa para el menor, causándole un mayor daño psicológico).

Es por ello que la diferenciación de planos y prioridades nos lleva a señalar que desde el punto de vista jurídico estamos ante una figura cuyos alcances se quedan meramente en la esfera privada, familiar. Afirmaciones que cobran un distinto matiz cuando nos referimos a figuras como el tráfico de menores. Estas implicaciones “privadas” derivan del hecho de que lo

que se pretende garantizar con la prevención y erradicación es que el menor disfrute del derecho a convivir con ambos progenitores. Un derecho a convivir con ambos progenitores que configura tanto el “bien jurídico tutelado” como “el interés superior del menor” y que, apegándonos a la matemática técnica jurídica, debe conllevar sanciones y que, alejados de la misma, puede o no imponerse.

## II. HACIA UNA RECONSIDERACIÓN DE LOS ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO PENAL DE LA SUSTRACCIÓN

La ausencia en el Código Penal Federal de una definición global y omni-comprehensiva del concepto de “delito” que ofrezca sus elementos constitutivos, nos acerca a las afirmaciones del profesor García Ramírez al señalar que el delito es un “fenómeno unitario, desde que se integra de una vez” y en el que necesariamente deben concurrir “varios elementos”.<sup>123</sup> De esta forma se habla de la existencia de “presupuestos generales y especiales, datos positivos (aspecto positivo del delito) y datos o circunstancias negativos (aspecto negativo del delito)”,<sup>124</sup> concluyéndose que si se reúnen los mencionados elementos existe un comportamiento punible.<sup>125</sup>

Partiendo de estas premisas, en los siguientes rubros analizaremos con cierto detalle el catálogo de los elementos que se reúnen a la hora de configurar la sustracción de los NNA por sus padres como un delito, desde la óptica de los actuales códigos penales mexicanos. En una primera parte se analizarán los elementos del delito de forma general y genérica; en una segunda parte se contextualizarán los mencionados elementos en la figura de la sustracción vista ésta y configurada como un ilícito penal.

### 1. *Definición del delito. La sustracción como delito*

Dos notas creemos que son necesarias poner de relieve para la comprensión y justificación de la conformación que ofrece este rubro. En primer lugar adelantamos que va de lo general a lo particular, describiendo de forma *apriorística* qué es “delito” para que, *a posteriori*, podamos definir la sustracción tal cual aparece hoy en día dibujada en los códigos penales. En segundo término creemos que la construcción jurisprudencial de este rubro

<sup>123</sup> García Ramírez, S., *Derecho penal, cit.*, p. 79.

<sup>124</sup> *Idem.*

<sup>125</sup> *Idem.*

aporta los elementos necesarios para comprender qué es un delito y cómo se configura hoy la sustracción para el derecho penal mexicano.

De manera general podemos definir el delito, de conformidad con algunas tesis aisladas:

DELITOS. El delito es, ante todo, acción típica, antijurídica y culpable, y para evaluar correctamente una conducta humana necesario es atender al resultado, entendido éste como la total realización típica exterior; por ello el resultado comprende tanto la conducta corporal del agente, como el resultado externo causado por dicha conducta... es decir, que el delito no sólo comprende los actos materiales de ejecución que producen la lesión del interés protegido por el derecho, sino que además, quien hace la valoración jurídica de una conducta humana, debe evaluar también las circunstancias que hicieron impacto para provocar la voluntad del acto dañoso.<sup>126</sup>

De manera particular ponemos a disposición del lector las tesis aisladas que definen como delito la sustracción.

MENORES, SUSTRACCIÓN O RETENCIÓN DE. INEXISTENCIA DEL CUERPO DEL DELITO TRATÁNDOSE DE LOS PROGENITORES. Los padres de menores de doce años no incurrir en la comisión del delito de sustracción o retención previsto por el artículo 206 del Código Penal del Estado de Veracruz, salvo que la guarda o custodia se decreta judicialmente en favor del otro o de un tercero.<sup>127</sup>

MENORES, SUSTRACCIÓN DE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ). El tema relativo a quién debe ejercer la patria potestad en términos de la legislación civil de la entidad debe ser dilucidado en procedimiento diverso del penal, y no puede servir como excluyente de incriminación en el caso de sustracción de menores por mientras no sea resuelto por las autoridades judiciales competentes.<sup>128</sup>

TRÁFICO DE MENORES, SUJETO ACTIVO. NO TIENE ESE CARÁCTER EL ASCENDIENTE DEL MENOR O QUIEN EJERZA SOBRE ÉSTE LA PATRIA POTESTAD (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO). El sujeto activo del delito que describe

<sup>126</sup> Amparo penal directo 6761/49. *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. CXXI, p. 1545, Primera Sala; amparo penal directo 574/53. *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. CXIX, p. 2884, Primera Sala; amparos penales directos 1532/54, 2298/54 y 3360/54. *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. CXXI, p. 2339, Primera Sala.

<sup>127</sup> Segundo Tribunal Colegiado del Séptimo Circuito. Amparo directo 419/84. En el Informe de 1985, la tesis aparece bajo el rubro "SUSTRACCIÓN O RETENCIÓN DE LOS MENORES. DELITO DE. INEXISTENCIA DEL CUERPO DEL DELITO DEL. EN TRATÁNDOSE DE LOS PROGENITORES".

<sup>128</sup> Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito, amparo en revisión 86/93. *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. XII, agosto de 1993, p. 484, tribunales colegiados de circuito, tesis VII.P.103 P.

el artículo 199 bis, párrafo tercero, del Código Penal del Estado de Guanajuato, por el que se dictó la orden de aprehensión reclamada, no otorga ese carácter al ascendiente del menor ni a quien ejerza sobre éste la patria potestad, sino a la persona que con el consentimiento de alguno de ellos lo entrega a un tercero para su custodia definitiva, es decir, un intermediario entre el ascendiente y quien materialmente recibe al menor.<sup>129</sup>

MENORES, SUSTRACCIÓN DE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ). La legislación civil del estado de Veracruz señala que, en el caso de menores habidos fuera del matrimonio, la tutela, la guarda y la custodia de los mismos la ejercerán ambos amasios si viviesen juntos, o cualquiera de ellos si viven separados de común acuerdo, y que en caso de diferencia de criterio procederá la decisión del juez civil y de esta manera quedará legitimada la guarda, custodia y tutela de los menores. Pero tratándose del derecho penal debe entenderse que, independientemente de lo antes dicho, lo que se tutela es el hecho y la circunstancia de que quien esté ejerciendo la custodia del menor, la continúe hasta en tanto no se dirima civilmente si procede o no la pérdida de esa custodia; en otras palabras, si alguien cree tener el derecho a que su menor hijo viva con él y a privar de ese derecho a su amasia, no debe ejercer una decisión unilateral, sino que debe acudir a los tribunales civiles para que en forma legítima y conforme a derecho se decida a cuál de los dos padres le corresponde la custodia del menor; pero si en el caso, el inculcado sustrajo de la guarda de la madre al menor y se niega a devolverlo a ésta, con quien el dicho menor ha estado viviendo desde su nacimiento hasta la fecha en que su padre lo llevó con él, resulta que se tipifica el delito de sustracción de menores previsto en el artículo 206 del Código Penal de la misma entidad. Es importante hacer notar que el artículo 206 establece dos hipótesis del ilícito: una, cuando el activo sustrae al menor sin la autorización de quien tenía de hecho la custodia de ese menor y la segunda, cuando habiendo recibido al menor, contando con la voluntad de su madre, posteriormente se niega a devolverlo.<sup>130</sup>

SUSTRACCIÓN DE MENORES. ELEMENTOS DEL DELITO DE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). De lo dispuesto por el artículo 283 del Código de Defensa Social para el Estado, se advierte que para la configuración del delito de sustracción de menores, es menester que el padre o la madre de que se trate haya perdido la patria potestad de su hijo o hijos menores de catorce años, o que, en virtud de una resolución judicial carezca de la guarda y custodia de los mismos; y que a pesar de tal pérdida o carencia, se apodere de dicho hijo o hijos; por lo que el solo

<sup>129</sup> Cuarto Tribunal Colegiado del Décimo Sexto Circuito, amparo en revisión 40/99. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XI, febrero de 2000, p. 1131, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis XVI.4o.2 P.

<sup>130</sup> Amparo directo 4695/82. *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, volúmenes 175-180, segunda parte, p. 95, Primera Sala.

apoderamiento de un hijo o hijos menores de catorce años por parte de su padre o madre, no configura dicho ilícito.<sup>131</sup>

SUSTRACCIÓN DE MENORES E INCAPACES. EL ARTÍCULO 35, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEGISLACIÓN PENAL PARA EL ESTADO DE AGUASCALIENTES, AL SEÑALAR UNA PENA ESPECÍFICA PARA EL CASO DE QUE EL RESPONSABLE DEL DELITO SEA FAMILIAR DEL MENOR O INCAPAZ, VIOLA LAS GARANTÍAS DE LEGALIDAD Y EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL. El tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece las garantías de legalidad y exacta aplicación de la ley en materia penal, que recogen el principio *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, el cual no se limita a constreñir a la autoridad jurisdiccional a que se abstenga de imponer por simple analogía o por mayoría de razón pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al hecho delictivo de que se trata, sino que, además, prevé que un hecho o conducta no descrito en la ley no pueda ser catalogado como delito ni engendrar una penalidad para quien lo despliega, así como tampoco aplicar una sanción penal cuando no existe disposición legal que expresamente la establezca. Ahora bien, el artículo 35 de la legislación penal para el estado de Aguascalientes señala... De lo anterior se advierte que el segundo párrafo de dicho precepto señala una pena específica para el caso de que el responsable del delito sea familiar del menor o incapaz, sin embargo, tal conducta no se encuentra tipificada como delito en el primer párrafo del mismo numeral, sino que, por el contrario, la excluye al señalar que el activo debe ser quien no tenga relación familiar o de parentesco con tal menor.<sup>132</sup>

POSESIÓN DE DERECHOS DE PADRE SOBRE UN MENOR. SE PERTURBA ÉSTA CON LA SOLA AMENAZA DEL QUE NO TIENE LA CUSTODIA MATERIAL DE SU HIJO, EN EL SENTIDO DE SACARLO DEL DOMICILIO EN QUE HABITA EMPLEANDO LA FUERZA Y POR PROPIA VOLUNTAD (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN). Si en un juicio sobre posesión interina de menores, no se encuentra en controversia que la actora, madre del menor (quien vive en diverso domicilio al del padre) ejerza de hecho su custodia, de donde resulta lógico que tal estado de posesión del menor lo adquirió aquella mediante determinado acuerdo con el padre, o simplemente sin oposición de éste, pero sin mediar determinación judicial alguna al respecto, bien puede establecerse que dicho estado de posesión o custodia que la accionante ejerce sobre su menor hijo, no puede ser modificado o alterado por voluntad del padre y de propia autoridad, sino únicamente mediando una resolución judicial que así lo determine, conclusión que resulta congruente con la primera parte del artículo 17 constitucional, que reza: “Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho”. En esa tesitura, puede

<sup>131</sup> Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Amparo en revisión 368/90. Por ejecutoria del 31 de agosto de 2005, la Primera Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 74/2005-PS en que participó el presente criterio.

<sup>132</sup> Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito, amparo en revisión 294/2006.

establecerse que la sola amenaza por parte del demandado, en el sentido de sacar de su domicilio a su menor hijo por la fuerza y sin el consentimiento de la madre quien, como se dijo, ejerce su custodia material, constituye un acto de perturbación o molestia en los derechos que ésta tiene sobre el mencionado menor, ante lo cual podrá usar las acciones que establecen las leyes para que se le ampare o restituya en la posesión.<sup>133</sup>

SUSTRACCIÓN DE MENORES. SE CONFIGURA DICHO DELITO CUANDO EL CÓNYUGE QUE NO TIENE EL DERECHO DE CUSTODIA EN EL CONVENIO DE DIVORCIO VOLUNTARIO SUSTRAE AL MENOR DEL LUGAR DE DONDE HABITA CON QUIEN SÍ LO TIENE SIN CAUSA JUSTIFICADA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TAMAULIPAS). El convenio suscrito por los cónyuges en un juicio de divorcio voluntario mediante el cual se tiene a uno de ellos como titular del derecho de custodia sobre el hijo, y que fue elevado a la categoría de cosa juzgada por sentencia definitiva, constituye una resolución judicial que restringe el ejercicio de ese derecho para uno de los padres. Ahora bien, un convenio de esta naturaleza participa de las características de una resolución judicial a que alude el delito de sustracción de menores previsto en el primer párrafo del artículo 300 del Código Penal para el Estado de Tamaulipas, que establece... De ahí que el hecho de que el cónyuge que no tiene el derecho de custodia en el convenio, sin causa justificada, sustraiga a un menor del lugar de donde habita con quien sí lo tiene, es suficiente para que se configure el delito mencionado.<sup>134</sup>

REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL DELITO DE RETENCIÓN DE MENORES. LA RESTITUCIÓN DE LA “COSA” OBTENIDA MEDIANTE ESTE ILÍCITO, LA CONSTITUYE LA REINTEGRACIÓN DEL INFANTE A LA CUSTODIA LEGÍTIMA DE QUIEN LA OSTENTE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TABASCO). De conformidad con el artículo 27, fracción I, del Código Penal del Estado de Tabasco, la reparación de daños y perjuicios comprende la restitución de la cosa obtenida mediante el delito, de donde se advierte que el término “cosa” no se refiere precisamente a su acepción común relacionada con un bien material inanimado, mueble o inmueble, sino que, atendiendo al contexto en que se cita, se refiere al objeto del delito material y jurídico; por lo que tratándose de delitos que impliquen la privación ilegal de la libertad o de derechos del orden familiar como lo es el ilícito de retención de menores, el objeto material lo constituye el sujeto pasivo (el menor), y el jurídico lo es la libertad personal de éste, así como los derechos de la familia de vivir con el infante; por lo que en tal caso la reparación del daño consiste en la reintegración del menor a la custodia legítima de quien legalmente la ostente, a fin de restituir a quien le corresponde la cosa obtenida mediante el delito.<sup>135</sup>

<sup>133</sup> Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito, amparo directo 84/2004.

<sup>134</sup> Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y de Trabajo del Décimo Noveno Circuito, amparo en revisión 33/2008.

<sup>135</sup> Primer Tribunal Colegiado del Décimo Circuito, amparo directo 541/2005. Véase *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. XIII, mayo de 1994, p. 533, tesis XV.1o.61

## 2. *Sujeto activo*

Partiendo de afirmaciones genéricas podemos determinar que sujeto activo del delito es aquel que realiza la conducta descrita en el tipo, esto es, “el que conjuga el verbo núcleo del tipo”<sup>136</sup> bien sea por acción, por omisión (simple no hacer) o por comisión por omisión (quien teniendo el deber de hacer algo lo omite); en definitiva, quien lesiona o pone en peligro, con su conducta, un bien jurídico protegido.<sup>137</sup>

Como bien se apunta,

la mayor parte de los tipos penales se configuran sin más exigencias respecto al sujeto activo que las dimanantes de que sea una persona humana. Estaríamos así en presencia de un sujeto activo genérico e indiscriminado y, por tanto, la realización del tipo podría ser llevada a término por cualquiera. Habitualmente, en tales casos el sujeto activo se designa en la proposición legal con las expresiones “el que”, “los que”, “al que”, etcétera. Reveladoras todas ellas de una total indeterminación, y de ahí que su concreción pueda ser verificada por toda persona humana. Estos tipos se suelen denominar “*comunes*”. Lo anterior amerita una matización “el sujeto de la proposición normativa que contiene el tipo, es decir, el sujeto activo del delito ha de ser una persona física pues sólo las personas físicas pueden delinquir, ya que sólo ellas poseen capacidad de acción.”<sup>138</sup>

En la figura de la sustracción si bien partimos de la necesaria comisión de la acción por una persona física debemos señalar que ésta, como sujeto activo, está identificada en un rubro específico “el padre” o “la madre”, a los efectos concretos de estas líneas, no constituyendo un “tipo común”.

P, de rubro: “ROBO DE INFANTE. REPARACIÓN DEL DAÑO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA)”.

<sup>136</sup> Cobo del Rosal, M., “Consideraciones técnico-jurídicas sobre la «sustracción de menores»” (continuación), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XIV, fasc. III, septiembre-diciembre de 1961, p. 442.

<sup>137</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal, parte general*, 3a. ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 1991, p. 275. Estos autores señalan que “en la proposición normativa no hay autores, sino sujetos activos; y, a la inversa, en la realidad no hay sujetos activos, sino autores. La identificación de ambos conceptos, que a menudo se efectúa en la doctrina, no es sino una de tantas confusiones categoriales, que se perpetúan a pesar de, o quizás a causa de, su tosquedad lógica”, p. 275.

<sup>138</sup> *Idem*. En este punto afirman que “la capacidad criminal de las personas jurídicas es defendida, como una especie de ‘desiderátum’, por un sector de la doctrina... Sin embargo, la doctrina mayoritaria se inclina, correctamente, por la tesis que sustenta que sólo las personas naturales son susceptibles de incurrir en responsabilidad criminal, confirmando con ello el viejo principio de que las personas jurídicas (sociedades) no pueden delinquir (*societas delinquere non potest*)”, pp. 275 y 276.

Así, pasando a la contextualización de la figura de la sustracción podemos señalar que sujeto activo de este delito puede serlo, a efectos de estas líneas, cualquiera de los padres del niño o adolescente (personas físicas), con absoluta independencia de que sea el padre o la madre quien materialice la conducta o acción de la sustracción. En principio puede hablarse de la existencia de un sujeto activo indeterminado por razón de sexo, canalizado a cualquiera de los padres del niño o del adolescente.<sup>139</sup> Ahora bien, señalamos que sujeto activo puede ser cualquiera de los padres “con la única excepción obviamente del titular legitimado para el desempeño de las funciones jurídico-familiares de asistencia”.<sup>140</sup>

Es así que se afirma que “el sujeto activo es el ‘progenitor’; en definitiva: el padre o la madre, por naturaleza o adopción, tanto si el hijo es matrimonial como extramatrimonial... También se puede ampliar la condición de sujeto activo a los ascendientes del menor (abuelos, bisabuelos, etcétera) y a los parientes del progenitor”,<sup>141</sup> siempre bajo el requisito de que no sea el titular efectivo de los derechos de guarda/custodia o convivencia/visita designados.

Si bien es cierto que las personas que tienen el derecho de custodia sobre el menor no sólo son los padres, desde que también pueden ser los tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir la sustracción o retención,<sup>142</sup> no queremos abordar todas las posibilidades subjetivas que pueden caber en el derecho de custodia y que por ende pueden cometer sustracción; lo anterior por la extensión que pueden llegar a tener estas líneas.<sup>143</sup>

<sup>139</sup> Cobo del Rosal, M., “Consideraciones técnico-jurídicas sobre la «sustracción de menores»” (continuación), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, cit., p. 443.

<sup>140</sup> Carmona Salgado, C. et al., *Manual de derecho penal (parte especial), delitos contra las personas; la libertad sexual; el honor; el estado civil; la libertad y la seguridad, y los derechos laborales*, cit., p. 459.

<sup>141</sup> Cobo del Rosal, M. (coord.), *Derecho penal español, parte especial*, 2a. ed., Madrid, Dykinson, 2005, p. 433.

<sup>142</sup> Perezniето Castro, L. y Silva Silva, J. A., *Derecho internacional privado. Parte especial*, cit., p. 188.

<sup>143</sup> A pesar de lo anterior sostenemos que pueden cometer esta figura, siguiendo el Código Penal del Distrito Federal, artículo 173, el ascendiente, descendiente, cónyuge, pariente colateral o afín hasta el cuarto grado.

Respecto al sujeto activo, debemos considerar elemento determinante a la hora de fijar el dolo que puede existir en su conducta que debe tener “la conciencia de no ser la persona con derecho a disponer del menor”.<sup>144</sup>

### 3. *Sujeto pasivo*

De nuevo iniciamos el rubro con afirmaciones genéricas y en este sentido, siguiendo a Cobo del Rosal y Vives Antón, señalamos que “sujeto pasivo del delito es el titular del bien jurídico protegido por la norma concreta o, dicho desde otra perspectiva, el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito”.<sup>145</sup>

Nos interesa precisar en estas líneas el concepto de sujeto pasivo, dejando a un lado aquellas figuras que puedan resultar afines, pero finalmente diferenciables, como la de “perjudicado” o “agraviado”.<sup>146</sup>

Entendemos que son dos las posturas que podemos adoptar en esta figura jurídica a la hora de determinar el sujeto pasivo en función de la orientación y diseño que tome el bien jurídico protegido.

Por un lado, si entendemos que éste se cifra en la libertad y la seguridad, el sujeto pasivo de la acción será exclusivamente el niño o el adolescente “en la medida en que sólo a él afectan personal e intransferiblemente tales bienes jurídicos personales”.<sup>147</sup> Es por ello que, si adoptamos esta primera idea, desaparecería el sujeto pasivo, padre o madre, representado por el titular efectivo de los derechos de guarda/custodia y/o convivencia/contacto/visita asignados y vulnerados.

Por otro lado, puede entenderse que al hablar de sujeto pasivo en la figura de la sustracción no debe hacerse en forma singular sino en plural, “habida cuenta de la naturaleza bifronte de las instituciones jurídico-familiares de

<sup>144</sup> Cobos Gómez de Linares, M. A. *et al.*, *Manual de derecho penal, parte especial I*, cit., p. 291.

<sup>145</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal, parte general*, cit., p. 281. Asimismo, señalan en este punto que “sólo la titularidad del bien jurídico determina la condición de sujeto pasivo. Como consecuencia de lo expuesto ha de afirmarse, sin lugar a dudas, que pueden ser sujetos pasivos todas las personas físicas o jurídicas que ostenten la condición de titulares de derechos o intereses”.

<sup>146</sup> Cobo del Rosal, M., “Consideraciones técnico-jurídicas sobre la «sustracción de menores»” (continuación), *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales...*, cit., pp. 449 y 450.

<sup>147</sup> Carmona Salgado, C. *et al.*, *Manual de derecho penal (parte especial), delitos contra las personas; la libertad sexual; el honor; el estado civil; la libertad y la seguridad, y los derechos laborales*, cit., p. 459.

asistencia al menor”;<sup>148</sup> en esta segunda postura se advierte la existencia de dos sujetos pasivos,<sup>149</sup> que en estricto orden de importancia son, por un lado, el NNA (hombre o mujer) “cuyas legítimas expectativas de asistencia jurídico-familiar se garantizan penalmente en esta figura delictiva”<sup>150</sup> y, por otro lado, a los padres (o en su caso ascendientes, tutores o cualesquiera otras personas) que ejercían *de modo efectivo* la responsabilidad y patria potestad, los derechos de guarda/custodia y/o convivencia/contacto/visita y que fueron vulnerados.

En definitiva, en esta segunda postura tenemos dos sujetos pasivos: en primer término el NNA y, en segundo lugar, aquella persona que detentaba la “situación de poder”, entendida ésta como la persona que *efectivamente* ejercía los derechos de guarda/custodia o visita/contacto/convivencia asignados por un juez o por asignarse o simplemente acordados por las partes.

Por ello es que atendiendo a esta postura los padres juegan un doble *rol*, tanto en el terreno de los sujetos activos como en el de los sujetos pasivos. En definitiva, señalamos que el sujeto pasivo presenta una doble vertiente, en función de la ostentación de específicas cualidades personales:<sup>151</sup> bien se trate de un NNA, bien se trate del padre “sustraído”, siempre que ostente efectivamente los derechos civiles (familiares) vulnerados.<sup>152</sup>

En este orden de cosas se ha señalado que

si el bien jurídico lo constituye el conglomerado de derechos y también deberes, que son esencia de la familia e inherentes, concretamente, la patria potestad o tutela, o cuanto menos, institución afín, el sujeto pasivo forzosamente será el titular de los mismos. Habrá, pues, que estar, en cada supuesto concreto, en orden a esa titularidad, a lo previsto por el derecho de familia.<sup>153</sup>

<sup>148</sup> *Idem*.

<sup>149</sup> A lo anterior podríamos añadir la posible consideración como sujeto pasivo a la autoridad competente que decretó los derechos de guarda/custodia, convivencia/visita, vulnerados por uno de los padres. Afirmación que se hace para dar coherencia a la entrada en juego del delito de desacato en la comisión de la sustracción de un niño o adolescente.

<sup>150</sup> Carmona Salgado, C. *et al.*, *Manual de derecho penal (parte especial), delitos contra las personas; la libertad sexual; el honor; el estado civil; la libertad y la seguridad, y los derechos laborales*, cit., p. 459.

<sup>151</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal, parte general*, cit., p. 282.

<sup>152</sup> Carmona Salgado, C. *et al.*, *Manual de derecho penal (parte especial), delitos contra las personas; la libertad sexual; el honor; el estado civil; la libertad y la seguridad, y los derechos laborales*, cit., p. 459.

<sup>153</sup> Cobo del Rosal, M., “Consideraciones técnico-jurídicas sobre la «sustracción de menores»” (continuación), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, cit., p. 451.

La necesidad de que exista un “derecho efectivo” sobre el menor nos lo recuerda también la jurisprudencia mexicana, teniendo como norte normativo la Convención de La Haya y, en concreto su artículo 13. 1.

FALTA DE CUSTODIA EFECTIVA, COMO MOTIVO PARA NEGAR LA RESTITUCIÓN DE MENORES. CONCEPTO. Del artículo 13 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores se advierte que procede negar la restitución del menor requerido, si se demuestra que la persona que se hubiera hecho cargo del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido, lo cual se justifica porque en ese supuesto, en realidad no existe el derecho que se pretende proteger con dicho instrumento internacional. La efectividad del ejercicio de ese derecho conferido por la ley, hace referencia a la situación real existente entre el niño y quienes deben custodiarlo, en el momento anterior al traslado o retención ilícitas, por la que se aprecie el interés de estos últimos por el menor, manifestado en las conductas necesarias para su desarrollo en general, como su manutención, educación, asistencia en caso de enfermedad, convivencia, cuidados generales, etcétera, que impliquen que los encargados de su custodia estuvieron al pendiente o al cuidado de cualquier situación que pudiera beneficiar o perjudicar al niño, y lo cual se puede lograr viviendo bajo el mismo techo o, como en el caso de padres separados, aunque se viva en distinto domicilio del menor. Por tanto, el concepto de custodia efectiva no está relacionado con la formalidad de contar con alguna declaración judicial de su existencia.<sup>154</sup>

CUSTODIA EFECTIVA DEL NIÑO. CONSTITUYE PRESUNCIÓN LEGAL *IURIS TANTUM*. En el artículo 13 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores se prevé como excepción para otorgar la restitución de un menor sustraído o retenido ilícitamente, que al momento de lo anterior, la persona encargada de su custodia no la ejerciera efectivamente, y como esto se refiere a la existencia real de la custodia, se deriva una presunción *iuris tantum* de la existencia de tal ejercicio, a favor de quien solicita la restitución, que puede desvirtuarse con prueba en contrario.<sup>155</sup>

Acudiendo al plano nacional encontramos:

INTERDICTO DE RECUPERAR LA POSESIÓN DE UN HIJO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). El artículo 317 del Código Civil de Puebla, de una manera expresa,

<sup>154</sup> Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, amparo directo 766/2008. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXI, enero de 2010, 2121, tesis I.4o.C.234 C, registro 165,551.

<sup>155</sup> Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, amparo directo 766/2008. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXXI, febrero de 2010, p. 2817, tesis I.4o.C.225 C, registro 165,296.

establece que el que está en posesión de los derechos de padre o de hijo legítimo, cuando es despojado de éstos o perturbado en su ejercicio sin que se dicte sentencia por la que deba perderlos, podrá usar las acciones que establezcan las leyes para que se le ampare o restituya en la posesión... Como se advierte, esta legislación permite y autoriza el ejercicio de la acción cuando el padre es despojado, siempre que se llenen los siguientes requisitos: Primero, que se esté en posesión de los derechos de padre o hijo legítimo; segundo, que fuere despojado de esos derechos o perturbado en su ejercicio, y tercero, que ese despojo o perturbación se ejerzan sin que exista sentencia previa en contra del titular de ese derecho. En consecuencia, cabe decir que en estos casos no está a discusión ante la autoridad judicial el título de la posesión, o sea, si se tiene en virtud de la paternidad o maternidad del menor, pues la acción está encaminada únicamente a demostrar la existencia precaria de la posesión de los derechos de padre o hijo legítimo; por tanto, si los conceptos de violación que se hacen valer no guardan relación alguna con el interdicto de recuperar la posesión de hijo, resultan infundados.<sup>156</sup>

Ahora bien, aunado a lo anterior somos conscientes de que además de los padres pueden también detentar estos derechos, igualmente de forma efectiva, otras personas, bien por ausencia de aquéllos o bien por la existencia de una decisión judicial. La afirmación anterior debe contextualizarse y así debemos saber que para los fines de estas líneas nos interesa únicamente la figura de la sustracción cuando ésta es cometida por los padres (biológicos o adoptivos), convirtiéndose en los sujetos activos y/o pasivos de la misma, en función del diseño del “bien jurídico tutelado” y del “interés superior del menor”.

Por lo que se refiere a los sujetos pasivos queremos abordar un punto más, a saber, la divergencia a la hora de establecer la minoría de edad respecto a la figura de la sustracción en los distintos códigos penales existentes en las entidades federativas y del Distrito Federal; lo anterior ocasiona una esquizofrénica relatividad de soluciones que afecta a la seguridad y previsibilidad jurídica y que resulta, en todo punto, poco recomendable tanto al interior como al exterior de la república. En este sentido, debemos mencionar que se fija la edad de: 10 años en el estado de Zacatecas; se eleva a 12 años en los estados de Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Chihuahua, Distrito Federal, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Oaxaca, Sonora y Tlaxcala; se vuelve a subir el límite mínimo de edad para

<sup>156</sup> Amparo directo 1071/80, Mario Vidals Zenteno, 13 de julio de 1981, cinco votos, ponente Raúl Lozano Ramírez, secretario Mario Alberto Adame Nava. En el Informe de 1981, la tesis aparece bajo el rubro “INTERDICTO DE RECUPERAR LA POSESIÓN DE UN HIJO EN LA LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA. CUANDO PROCEDE”.

fijar la cobertura de esta figura y se señala la edad de 14 años en Colima y Puebla; se fija la edad de 16 años en dos estados, Nayarit y Veracruz; y, por último, un grupo más nutrido de entidades fijan la edad del adolescente cubierto por este cuerpo normativo en 18 años, de forma directa en Coahuila, Michoacán, Quintana Roo y Yucatán, de forma indirecta al utilizar el término de “menores de edad” o de “menores” en Chiapas, Durango, México, Morelos, Querétaro, Sinaloa, Tabasco, Nuevo León y Tamaulipas.

#### 4. *Acción/omisión*

De forma genérica creemos necesario iniciar este rubro contraponiendo una acción jurídicamente relevante y una acción natural; cabe mencionar que

el concepto jurídico de acción, en el sentido de acción contemplada como presupuesto de hecho al que se ligan consecuencias jurídicas, ha de incorporar una serie de elementos que distancian a la acción jurídicamente relevante de la acción natural. Ciertamente en la acción jurídicamente relevante deben identificarse como elementos fácticos de base, una conducta humana externa dirigida por la voluntad y que produce (es su causa) un resultado.<sup>157</sup>

Aunado a la idea anterior Jeschek y Weigend señalan que

las normas jurídico-penales no protegen a los bienes jurídicos sencillamente en su existencia, sino únicamente frente a acciones humanas. Por eso al derecho penal no le interesan catástrofes naturales inevitables, incluso aunque éstas causen graves daños. De significado jurídico-penal son únicamente las consecuencias de la voluntad humana que desatiende la pretensión de validez del bien jurídico, socavando así la base de confianza necesaria en la convivencia de las personas. El *desvalor de acción* del hecho punible reside en la acción peligrosa objeto del ataque.<sup>158</sup>

Para redondear esta primera idea sumamos que la conducta, causa del resultado, puede consistir tanto en una “actuación positiva” como en una

<sup>157</sup> Sáinz-Cantero Caparrós, M. B., *El ilícito civil en el Código Penal*, cit., p. 11.

<sup>158</sup> Jeschek, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas, *Tratado de derecho penal, parte general*, cit., p. 8.

“omisión”<sup>159</sup> o “actuación negativa”. Como señalan Cobo del Rosal y Vives Antón,

la definición legal del delito expresa dos formas básicas del comportamiento típico: las acciones y las omisiones... En principio puede, pues, afirmarse, que los tipos delictivos se dividen en dos grandes grupos; tipos cuya realización exige una acción positiva (que serán aquellos de los que se deriven prohibiciones de actuar en un sentido determinado), y tipos cuya realización tiene lugar por un simple “no hacer”, por “un omitir” (que serán aquellos de los que se deriven mandatos).<sup>160</sup>

En definitiva, la acción y la omisión constituyen los posibles modos de infracción del derecho, siempre atribuibles al sujeto humano.<sup>161</sup>

Como segunda idea debemos entender que

la voluntad en la acción, ha de extenderse tanto a la conducta como a su resultado, determinando la norma cuando existe voluntad en la conducta y en el resultado. La conducta debe constituir una manifestación externa de voluntad. El daño ha de ser causado por una acción humana voluntaria, en el sentido de “controlable” por su autor.<sup>162</sup>

Contextualizando estas afirmaciones debemos señalar que en la figura de la sustracción de un menor por sus propios padres la acción se proyecta contra tres sujetos, en diferentes grados; en orden de importancia: a) el NNA; b) el titular legal y efectivo de los derechos tuitivos (padre sustraído), y c) contra la autoridad competente que pronunció la decisión que es quebrantada por el padre sustractor (desacato o desobediencia).

En este sentido, entendemos que la figura de la sustracción de un NNA por sus propios padres implica, derivado de su mismo *nomen iuris*, “una acción ejecutiva activa de apoderamiento, de *abductio de loco ad locum*”,<sup>163</sup> esto es, consiste en sustraer (acción positiva) del ámbito de poder de uno de los padres (padre sustraído) a un menor; la génesis de dicha acción positiva

<sup>159</sup> En este sentido se afirma que la omisión debe ser concebida “como ausencia de acción esperada y exigida por el ordenamiento al sujeto que la omite”; véase Sáinz-Cantero Caparrós, M. B., *ibidem*, p. 16.

<sup>160</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal, parte general, cit.*, p. 297.

<sup>161</sup> *Idem*.

<sup>162</sup> Sáinz-Cantero Caparrós, M. B., *El ilícito civil en el Código Penal, cit.*, p. 19.

<sup>163</sup> Como señala Quintano Ripollés esta acción ejecutiva activa de apoderamiento de *abductio de loco ad locum* está “en perfecta asimilación a las sustracciones patrimoniales”; Quintano Ripollés, A., “La relativa sustantividad del delito de sustracción de menores”, *cit.*, p. 12.

la encontramos en una crisis matrimonial, que deriva en un divorcio o separación, la cual desencadena una necesaria determinación y atribución de la patria potestad, de los derechos de guarda/custodia y/o visita/contacto/convivencia respecto de quienes la ejercían de modo efectivo. Como señala Carmona Salgado “la conducta típica consiste en el comportamiento de “sustraer al menor”, que ha de entenderse como realización de extracción o apartamiento del mismo respecto del ámbito jurídico-familiar correspondiente”.<sup>164</sup>

En resumidas cuentas, lo que constituye la acción en la figura de la sustracción es el traslado (ilícito) y la consiguiente retención (ilícita)<sup>165</sup> del niño o adolescente de un Estado a otro, siendo una importante implicación la vulneración de los derechos efectivos que detentaba uno de los padres, en concreto el sustraído. Es por ello que afirmamos que lo que en esta figura se “sanciona” es la acción del padre que, sin causa justificada,<sup>166</sup> sustrae a su hijo del núcleo familiar en el que se encuentra una vez decretado (o por decretarse) un divorcio o separación y lo retiene sin dejar disfrutar al menor del otro progenitor.

Como otra nota característica encontramos que en la comisión de esta acción, la voluntad, el consentimiento del niño o del adolescente sobre la acción del agente se vuelve completamente inoperante, indiferente,<sup>167</sup> de nulo peso, desde que “el carácter de las ofensas no permite rechazar la tipicidad cuando el menor presta su consentimiento”.<sup>168</sup> Quintano Ripollés señala que

lo que técnicamente justifica la sustantividad es que en estos delitos, al contrario que en los de detención ilegal, no desempeña el consentimiento tan decisivo papel, pudiendo perpetrarse aun con su concurrencia, bien por la incapacidad del

<sup>164</sup> Carmona Salgado, C. *et al.*, *Manual de derecho penal (parte especial), delitos contra las personas; la libertad sexual; el honor; el estado civil; la libertad y la seguridad, y los derechos laborales*, cit., p. 458.

<sup>165</sup> En este momento queremos dejar asentado que en la figura de la sustracción, a diferencia del tráfico internacional de menores o de la trata de personas, mientras el traslado puede ser lícito o ilícito, la retención siempre será ilícita.

<sup>166</sup> Cobo del Rosal, M. (coord.), *Derecho penal español, parte especial*, cit., 2005, p. 433.

<sup>167</sup> Como señala Cobo del Rosal, “su voluntad no tiene relevancia justificante en momento alguno, independientemente de la existencia o no de titular alguno de potestad de derecho o de hecho; véase “Consideraciones técnico-jurídicas sobre la “«sustracción de menores»” (continuación), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, cit., p. 437.

<sup>168</sup> Véase Creus, C., *Derecho penal, parte especial...*, cit., p. 341.

niño para consentir válidamente, bien en formas de inducción no imaginables en otras infracciones contra la libertad.<sup>169</sup>

Ahora bien, si respecto a este eslabón de la cadena la existencia de su consentimiento y de los medios de que se vale el agente son indiferentes, la situación gira 180 grados cuando nos referimos al padre sustraído, es decir, a la persona a quien se despoja de la tenencia de los derechos familiares atribuidos y disfrutados efectivamente. Lo anterior desde que afirmamos que debe ser inexistente su consentimiento hacia la conducta o acción del otro progenitor; por ello, el uso de medios coactivos o engañosos y la ausencia de voluntad o consentimiento deben ser elementos indispensables.<sup>170</sup>

Una última nota radica en la existencia de dolo y culpa respecto a la figura de la sustracción. En este sentido encontramos dos corrientes diametralmente opuestas; por un lado, quien afirma que estamos ante un “delito doloso, donde resulta inviable la versión culposa”,<sup>171</sup> y, por otro lado, encontramos quien sostiene que “el tipo de injusto no incorpora ningún elemento subjetivo, y conforme a su estructura puede ser realizado tanto dolosa como culposamente”.<sup>172</sup>

Sea cual sea la postura que adoptemos en este punto, se afirma que se configura tanto con la intención de apropiarse del menor como con la intención de desapoderar al padre que ostenta los derechos civiles atribuidos y efectivamente disfrutados, esto es, al “legítimo tenedor”.<sup>173</sup>

### 5. Tipo penal o tipicidad

Iniciamos nuevamente con consideraciones genéricas y en este rubro señalamos que el delito se suele analizar en función de la conjugación de tres

<sup>169</sup> Quintano Ripollés, A., “La relativa sustantividad del delito de sustracción de menores”, *cit.*, p. 5.

<sup>170</sup> Véase Creus, C., *Derecho penal, parte especial, cit.*, p. 342.

<sup>171</sup> Véase Álvarez García, J. *et al.*, *Código penal comentado*, Madrid, Akal, 1990, p. 915: “el error sobre los presupuestos de una causa de justificación puede resultar impune, en base a una política criminal fundada en el interés del menor. Es necesario el conocimiento de la edad del menor y el no ser la persona con derecho a disponer de él”.

<sup>172</sup> Carmona Salgado, C. *et al.*, *Manual de derecho penal (parte especial), delitos contra las personas; la libertad sexual; el honor; el estado civil; la libertad y la seguridad, y los derechos laborales, cit.*, p. 460.

<sup>173</sup> Creus, C., *Derecho penal, parte especial, cit.*, p. 345.

elementos: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.<sup>174</sup> Estos elementos que-remos desmenuzarlos en las próximas líneas en aras de ofrecer una mayor claridad en la delimitación de la figura de la sustracción como está configurada en los distintos códigos penales mexicanos.

Como primera idea afirmamos que la tipicidad es la característica del hecho ilícito “que en un caso concreto lo hace adecuado al tipo”.<sup>175</sup> Los tipos penales implican pues la desvalorización objetiva que el ordenamiento jurídico penal atribuye a cierta categoría de hechos. Observamos que el tipo delimita el ámbito del injusto penalmente relevante. Derivado de lo expuesto señalamos que al derecho penal le interesan solamente aquellos injustos que se hallan explícitamente tipificados. Por lo anterior, se afirma que “los tipos penales expresan, pues, la desvalorización objetiva que el ordenamiento jurídico penal atribuye a ciertas clases de hechos”.<sup>176</sup> Para García Ramírez

el tipo penal recoge la acción del agente, en sentido estricto, la omisión y la comisión por omisión. Tipicidad es la adecuación del comportamiento (la conducta o el hecho) a un tipo penal, esto es, a una determinada descripción prevista en la ley penal. La integración del comportamiento en un supuesto de la norma penal deriva del principio de legalidad.<sup>177</sup>

A su vez, Cobo del Rosal señala que para el derecho penal, el tipo es la “delimitación de las características determinantes del injusto específico de cada figura delictiva”.<sup>178</sup>

Así, el tipo penal señalado para las diferentes figuras delictivas cumple como función básica delimitar el ámbito del injusto penalmente relevante.<sup>179</sup> Para ello entendemos que el tipo debe ofrecer con absoluta claridad el bien jurídico que el legislador tiene pensado a la hora de diseñar una norma penal, qué objetos de la acción toma en cuenta, si la conducta se materializa

<sup>174</sup> Como bien señala García Ramírez: “cada uno de estos datos puede ser eliminado por una circunstancia o causa excluyente”; véase García Ramírez, S., *Derecho penal, cit.*, p. 79, y “de las teorías que se ocupan de este asunto, la más aceptada durante mucho tiempo fue la ‘heptatómica’, difundida entre nosotros por el profesor Celestino Porte Petit, que sostuvo la existencia de siete elementos: conducta o hecho, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, condiciones objetivas de punibilidad y punibilidad”.

<sup>175</sup> Creus C., *Derecho penal, parte general, cit.*, p. 132.

<sup>176</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal, parte general, cit.*, p. 235.

<sup>177</sup> García Ramírez, S., *Derecho penal..., cit.*, p. 82.

<sup>178</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal, parte general I y II*, Universidad de Valencia, 1981, pp. 321 y 322.

<sup>179</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal, parte general I y II, cit.*, p. 314.

por la acción o por la omisión, si ésta debe haber causado una lesión o sólo un peligro para el bien jurídico, y si es exigido el dolo y/o la culpa.<sup>180</sup>

En el rubro de las tesis aisladas encontramos los siguientes pronunciamientos: “TIPICIDAD. El tipo delictivo es indicio de antijuricidad, más no fundamento de la culpabilidad”.<sup>181</sup>

DELITO, TIPIFICACIÓN DEL. Conforme al derecho penal, el sujeto no actúa anti-jurídicamente cuando en su acción concurre una causa de exclusión del injusto, constituyendo el contenido de éste la lesión o el poner en peligro un bien jurídico, ya que se trata del objeto de protección de la ley o como objeto de ataque. Por otra parte, cuando el poseedor del bien jurídico atacado presta de modo válido su consentimiento a la acción, tal conducta está ausente de antijuricidad, así como cuando el poseedor del objeto de la acción y el del objeto de protección sea la misma persona, el consentimiento es eficaz para excluir la antijuricidad de dicha acción. Como se ve y en orden a los principios jurídicos invocados, la cuestión del consentimiento constituye un problema de tipicidad postulado en dos formas: a) cuando el tipo penal exige una acción realizada contra la voluntad, como ocurre tratándose del delito de robo; b) cuando presupone el tipo en actuar con el consentimiento, como ocurre tratándose del homicidio perpetrado con el consentimiento de la víctima.<sup>182</sup>

DELITOS. Bien sabido es que el tipo en el propio sentido jurídico penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal. De donde se sigue que la acción por el solo hecho de ser típica no es necesariamente antijurídica, pues cuando hay ausencia de alguno de sus presupuestos, es inconcuso que el tipo penal no llega a configurarse.<sup>183</sup>

En otro orden de ideas, como bien señala García Ramírez, “para la exclusión de tipicidad hay que distinguir entre la falta de tipo (ausencia de fórmula legal incriminadora) y la falta de adecuación típica de la conducta a la hipótesis penal (atipicidad). En ambos casos la conducta del agente resulta penalmente irrelevante. No hay delito; no hay sanción”.<sup>184</sup>

Como consecuencia de lo anterior creemos conveniente realizar aquí una pequeña aclaración sobre las clases de tipos penales que destacan algunos

<sup>180</sup> Jeschek, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas, *Tratado de derecho penal, parte general*, cit., p. 262.

<sup>181</sup> Amparo directo 751/60.

<sup>182</sup> Amparo penal directo 3360/54.

<sup>183</sup> Amparo penal directo 574/53.

<sup>184</sup> García Ramírez, S., *Derecho penal*, cit., p. 82.

autores penalistas<sup>185</sup> para ver cómo podemos ir configurando el tipo penal previsto de sustracción de los niños, las niñas y los adolescentes. En este sentido se distingue:

a) por la relación entre la acción y el objeto material: delitos de resultado<sup>186</sup> y de mera actividad;<sup>187</sup>

b) de acuerdo con la intensidad del menoscabo al objeto material: delitos de lesión y delitos de peligro (concreto);<sup>188</sup>

c) de acuerdo con las dos formas básicas del comportamiento humano, la actividad y la pasividad: delitos de acción<sup>189</sup> y delitos de omisión (omisión propia y comisión por omisión u omisión impropia);

d) según el número de bienes jurídicos protegidos por la disposición penal: delitos simples y delitos compuestos;

e) de acuerdo con el número de acciones recogidas en el tipo: delitos de un solo acto o de varios actos;

f) según la delimitación del posible círculo de autores: delitos comunes, especiales y de propia mano;<sup>190</sup>

<sup>185</sup> Zamora Jiménez, A., *Manual de derecho penal, parte especial, análisis de los delitos en México, cit.*, pp. 283y 284.

<sup>186</sup> Señalan Jescheck y Weigend: “los delitos de resultado presuponen la existencia en su tipo de una acción diferenciable en el espacio y en el tiempo del objeto material... ejemplos: delitos de resultado son el homicidio doloso e imprudente, la injuria al ser exigido el requisito de la comunicación de la afirmación lesiva del honor, la provocación al escándalo público, el hurto al ser necesaria la sustracción posesoria, la estafa por la presencia del perjuicio patrimonial o la puesta en peligro del tráfico viario por la producción de un riesgo para el cuerpo o la vida u otros valores materiales de importancia”. *Tratado de derecho penal, parte general, cit.*, pp. 278 y 279.

<sup>187</sup> Según Jescheck y Weigend: “en los delitos de mera actividad el tipo de injusto se agota en la acción del autor sin que el resultado (en el sentido de un efecto externo diferenciable espacio-temporalmente) deba sobrevenir... ejemplos: la mayoría de las infracciones sexuales son delitos de actividad así como la apropiación indebida y el falso testimonio”. *Ibidem*, p. 282.

<sup>188</sup> Como señalan Jescheck y Weigend “el tipo presupone un perjuicio en el objeto material protegido”, así como “Es suficiente el riesgo de su lesión como resultado de la acción”, *idem*.

<sup>189</sup> De conformidad con Jescheck y Weigend, “De modo correlativo a los delitos de resultado y de actividad aquí existen delitos de omisión propia e impropia. Estos últimos consisten en no evitar el acaecimiento del resultado típico frente a la vigencia de un deber de garante, mientras que los primeros se fundan en la mera permanencia inactiva frente al mandato normativo de intervención que impone una disposición. En tanto que, por su propia definición, los delitos de omisión propia deben estar siempre contenidos en la ley, en cambio... la mayoría de los delitos de omisión impropia se configuran a través de la interpretación de los tipos que contienen delitos de comisión ya que tan sólo algunos de aquéllos han sido regulados expresamente por el legislador”. *Ibidem*, p. 284.

<sup>190</sup> Asimismo, “en los delitos comunes el autor puede ser cualquiera, tal y como muestra el ‘anónimo el que’ al comienzo de la mayoría de las disposiciones penales”; *ibidem*, pp. 285 y 286; y “en los delitos especiales propios el tipo sólo designa como autor a personas que poseen

g) según el grado de realización de los elementos del tipo: consumación y tentativa.<sup>191</sup>

A la hora de dibujar doctrinalmente esta figura encontramos dos posturas que para nosotros resultan opuestas. En este sentido, por un lado se afirma que se configura como un tipo de delito instantáneo, que en cuanto tal no requiere, para su consumación, persistencia en el tiempo, “si bien admite una permanencia relativa en la situación generada por la conducta típica”,<sup>192</sup> por lo anterior y en función del número de actos y su duración se trata de un tipo penal de ejecución inmediata;<sup>193</sup> por otro lado, se sostiene que cuando el

una caracterización especial”, *ibidem*, p. 286; igualmente “en los delitos de propia mano el tipo presupone la ejecución de un acto corporal, o, por lo menos, personal, que el autor debe llevar a cabo por sí mismo pues de lo contrario faltaría el especial desvalor de la acción de la correspondiente figura de delito”; *idem*.

<sup>191</sup> *Ibidem*, pp. 286 y 287.

<sup>192</sup> Véase Carmona Salgado, C. *et al.*, *Manual de derecho penal (parte especial), delitos contra las personas; la libertad sexual; el honor; el estado civil; la libertad y la seguridad, y los derechos laborales, cit.*, p. 459.

<sup>193</sup> 1. “DELITOS PERMANENTES Y CONTINUOS, DIFERENCIA ENTRE. En el lenguaje doctrinario se dice que son delitos permanentes, aquellos en los que, mediante la manifestación de voluntad punible del sujeto activo, se crea un ulterior estado antijurídico duradero, como en el rapto, en que el delito permanece prolongado en el tiempo, mientras dure la retención de la mujer (Mezger, Edmundo, *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 380). Así pues, no deben confundirse los delitos permanentes con los delitos continuos, pues en éstos, su duración no es esencial del delito, dado que la persistencia temporal de la acción no forma parte de su descripción legal, pero los diversos actos en que se descompone la acción respectiva, representan, según Franco, “similitud del tipo delictivo, homogeneidad de ejecución, carácter unitario del bien jurídico violado, conexión temporal y utilización de las mismas relaciones y de la misma ocasión, como en los casos en que se comete repetidamente el adulterio con la misma persona o cuando se roba al mismo propietario cosas semejantes, aprovechando las mismas ocasiones”. Competencia 103/68. Entre jueces de primera instancia de Salvatierra estado de Guanajuato y de Tlalnepantla Estado de México, para conocer proceso en contra de Leonardo Almanza Almanza. 3 de noviembre de 1969. 2. “DELITOS INSTANTÁNEOS Y CONTINUOS. Delito instantáneo es el que tiene realización en un solo instante, a diferencia del delito permanente en que la acción u omisión constitutiva tiene un periodo más o menos largo de consumación, durante el cual permanece el estado antijurídico, cuya remoción depende de la voluntad del sujeto activo del delito. En esta última categoría de infracción, el delito permanente es llamado continuo por el Código Penal Federal en su artículo 19, y con igual naturaleza lo sitúa para computar el término de la prescripción de la acción penal, en su artículo 102”. Amparo directo 7223/59. 18 de abril de 1960. 3. “DELITO PERMANENTE Y DELITO CONTINUADO. La ley contiene la noción del delito permanente, al hablar de la prolongación en el tiempo de la acción u omisión criminal, o sea, el que implica una persistencia en el resultado durante el cual el sujeto activo mantiene su voluntad delictiva y, por ende, la antijuridicidad que es su consecuencia. Son ejemplos específicos el rapto y la privación ilegal de libertad, en nuestro medio, o el secuestro y el plagio en otras legislaciones, y se opone a dicho concepto el de delito instantáneo, que termina con la producción del efecto, como el robo, que se agota con el apoderamiento; el fraude, con la obtención del lucro, o el homicidio, con la privación de la vida”. Amparo directo 4660/56, 4 de septiembre de 1957.

traslado y la retención se califican de ilícitas “en ambas modalidades típicas el delito es permanente, puesto que tanto el traslado como la retención generan una situación antijurídica de continua lesión de la seguridad del menor que sólo desaparece con su restitución”.<sup>194</sup>

Entendemos que en la actualidad la sustracción se configura como un delito que por la relación entre la acción y el objeto material se puede considerar de resultado material; de conformidad con la intensidad del menoscabo al objeto material estamos ante un delito de peligro; por lo que se refiere al sujeto pasivo, esto es, el NNA, no se requiere que se propicie una condición de inseguridad o peligro; una inseguridad que, en otro orden de ideas vemos que se puede manifestar en el menor por factores multicausales; por lo que hace a su autonomía o dependencia frente a otros tipos se afirma que en la actualidad y dado el estado en el que se encuentran los distintos códigos penales es un tipo penal autónomo; de acuerdo con la forma básica del comportamiento humano se configura como un delito de acción (cuando el sujeto activo realiza o lleva a cabo materialmente acciones tendentes a la sustracción. Esta calificación la vemos más clara cuando el traslado y la retención se hacen de forma ilícita) o incluso de omisión propia (esto es, por el “no hacer” consistente en no devolver al menor al progenitor que tiene el derecho de familia adjudicado. Esta calificación la vemos de forma más clara cuando el traslado es lícito pero la retención es ilícita); por lo que se refiere al medio de comisión se afirma que puede conllevar engaño, violencia (en concurrencia de delitos de lesión) o cualquier otra forma idónea que pudiese generar ese resultado final; en función del sujeto activo se dibuja como un delito especial desde que, a efectos de estas líneas, sólo pueden cometer esta figura delictiva los padres (en concreto aquel que no sea el legítimo tenedor de los derechos tuitivos);<sup>195</sup> aunado a lo anterior mencionamos que admite coautoría material, coparticipación; así, por lo que se refiere a los sujetos se establece que, en función de la forma de intervención en el tipo, es un delito que admite todas sus formas de autoría y coparticipación o coautoría material; en este sentido encontramos la siguiente tesis aislada:

SUSTRACCIÓN DE MENORES, COPARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). El artículo 21 del Código de Defensa Social para el Estado de Puebla se refiere a los “responsables de los delitos”, que comprende

<sup>194</sup> Cobo del Rosal, M. (coord.), *Derecho penal español, parte especial, cit.*, p. 433.

<sup>195</sup> Según la cualidad del autor, admite una dualidad: 1. En algunos supuestos no se exige cualidad alguna para configurar el sujeto activo; 2. En otros casos se exige una cualidad como pudiera ser la de padre, descendiente, tutor o responsable del cuidado del niño o del adolescente.

a los autores y a los cómplices; esto es, sólo admite dos categorías, pues por cuanto a la de encubridores, el texto vigente de esa legislación los ubica en su artículo 209, no como grado de participación, sino como delito específico. Luego, tratándose del delito de sustracción de menores, previsto en el artículo 283 del Código de Defensa Social para el Estado de Puebla, en que se requiere que un sujeto calificado, ya sea el padre o la madre de aquéllos, se apodere de los mismos, quitándolos de la custodia que corresponde al otro, admite la coautoría material de un tercero ajeno al parentesco, si quien, en forma voluntaria y consciente, participa en la comisión de él junto con el sujeto activo calificado, ya sea en la concepción, esto es, en la ideación del evento criminoso, la preparación, o induciendo o compeliendo a otros a cometerlo, o bien, auxiliando o cooperando en cualquier forma en su ejecución con los agentes delictivos, aun posterior a ella por concierto previo. Esto es así porque en la coparticipación, tratándose de un delito que sólo admite sujeto calificado, no sólo se comprende a los autores materiales, sino también a aquellos que figuren como autores intelectuales o cómplices, pues entre ambos existe un propósito común, consciente, que sea ejecutado en forma voluntaria y que, precisamente, une al codelincuente con el hecho delictuoso, con independencia de su calidad; no considerarlo así, llevaría a la dificultad, en la práctica, de no reprimir la acción delictuosa, ya que estaría siempre supeditada a un proceso de encubrimiento, de acuerdo con la legislación penal local, lo que desde luego dejaría a un lado a quienes, de acuerdo con la estructura del referido artículo 21, debieran estar incluidos dentro del concepto “Son responsables de la comisión de un delito...”, texto que implica un término plural, para quienes intervengan en la concepción, preparación o ejecución de los delitos...<sup>196</sup>

Por lo que hace a su construcción semántica se afirma que es un tipo penal abierto, ya que se requiere analizar los elementos de guarda/custodia, visita/contacto/convivencia, responsabilidad parental, patria potestad custodia compartida, etcétera; unos conceptos que resultan vitales para la configuración de esta conducta; por lo que se refiere a su objeto material, se afirma que la acción recae en personas menores de edad; se trata de un delito de sujeto pasivo cualificado desde que se cometerá únicamente en personas menores de edad; por el número de sujetos que intervienen puede ser un tipo monopersonal o pluripersonal; por el número de bienes jurídicos protegidos podemos afirmar que es un delito compuesto, “pluriofensivo”, desde que afecta el orden familiar, o que es un delito “no compuesto”, desde que afecta al derecho del NNA a convivir con ambos progenitores. En este sentido se ha apuntado que

<sup>196</sup> Cuarto Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, amparo en revisión 550/97.

aceptar la “pluralidad de objetos jurídicos” es constatar la existencia de un delito pluriofensivo. Si realmente es así, entonces determinamos que no hay necesidad de elegir un bien jurídico prevalente, sino construir la figura como infracción pluriofensiva, y nada más. Si se acepta tan sólo uno, y a él se atribuye toda la función que corresponde al bien jurídico, deja el delito de ser “pluriofensivo”, como puede comprenderse fácilmente...<sup>197</sup>

En cuanto a la formulación del tipo, se trata de uno penal que contiene conductas básicas y, en algunos supuestos, la existencia de figuras agravadas y atenuadas; por el número de acciones recogidas en el tipo, se configura como un delito de un solo acto; según la delimitación del posible círculo de autores estamos ante un delito de propia mano y, según el grado de realización de los elementos del tipo, entendemos que admite la forma de consumación y tentativa. En este contexto se afirma que

el delito se consuma cuando se ha desapoderado al legítimo tenedor de la persona del menor o se ha impedido que se reanude la vinculación interrumpida, aunque el agente no haya consolidado su tenencia sobre aquél... o cuando se han realizado los actos de ocultación o retención de un menor sustraído por otro. Todas estas conductas admiten tentativa.<sup>198</sup>

Por lo que se refiere a los aspectos procesales que surgen del tipo, concretamente en su forma de persecución, podemos señalar que es un tipo penal de persecución oficiosa, como regla general; ahora bien, como toda regla general presenta sus excepciones y en este sentido mencionamos los estados de Baja California Sur (artículo 232), Coahuila (artículo 319), Chihuahua (artículo 170), Durango (artículo 319), Hidalgo (artículo 233), Jalisco (artículo 179 bis), México (artículo 263), Michoacán (artículo 224), Morelos (artículo 203) y Nuevo León (artículo 285). En el caso del Código Penal de Oaxaca se establece en su artículo 347 bis que “este delito sólo se perseguirá por querrela de la parte ofendida si el menor no sufrió algún daño, en caso contrario, si el daño constituyere un delito que deba perseguirse de oficio, la querrela será inadmisibile y se atenderá a las reglas del concurso de delitos”. Finalmente, y por lo que se refiere a la gravedad del tipo expresada en la ley, se trata de un delito no grave.

De forma resumida afirmamos que la conducta típica, tal y como están configurados los códigos penales, consiste en la acción de sustraer a un

<sup>197</sup> Cobo del Rosal, M., “Consideraciones técnico-jurídicas sobre la «sustracción de menores»” (continuación), *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, cit., p. 435.

<sup>198</sup> Creus, C., *Derecho penal, parte especial*, cit., p. 342.

NNA del padre que ostentaba efectivamente la posición de legítimo tenedor. Esta afirmación debe complementarse con las siguientes notas:

a) el traslado debe hacerse desde el lugar de su última residencia habitual hacia un lugar distinto donde se producirá su retención (ilícita);

b) dicho traslado debe realizarse sin el consentimiento del progenitor con el que convivía habitual y efectivamente el niño o el adolescente, siendo por demás irrelevante el consentimiento prestado por el menor;

c) el traslado y en su caso la retención debe incumplir “gravemente” el deber de guarda/custodia, convivencia/contacto/visita establecido (definitiva o provisionalmente) por resolución judicial o simplemente acordado por las partes, y

d) si bien el traslado puede ser lícito o ilícito, sostenemos que la retención siempre es ilícita. En este sentido, entendemos que retiene quien, como sujeto activo, no entrega al menor de edad al otro progenitor quien hasta ese momento lo tenía, por ejemplo, en atribución de un derecho de visita o convivencia efectivo.

En este punto es menester preguntarnos si para determinar la existencia de la sustracción debe existir necesariamente una “laminación del régimen de custodia”,<sup>199</sup> si basta con un simple retraso en su entrega, o si bien necesitamos que ese retraso tenga carácter reiterado y/o prolongado de manera temporal. En este cuestionamiento entendemos que el simple retraso en la entrega del NNA no debe constituir el tipo de sustracción. Tampoco si el retraso en la entrega del niño es de carácter reiterado. Es por ello que entendemos que la sustracción se configura cuando se agrede “severamente” el régimen de guarda/custodia y visita/contacto/convivencia acordado por los padres o decretado por una autoridad competente (de forma definitiva o provisional). Somos conscientes de que determinar que la lesión sea “severa”, se tornará difícil, y que estamos ante una categoría abierta, indeterminada, desde que no existe una fórmula para determinar la gravedad de la conducta de sustracción; ahora bien, un parámetro (entre otros muchos) que puede ser tenido en cuenta para su concreción radica en el transcurso de un prolongado periodo de tiempo; así, la ausencia de criterios objetivos hace que la determinación de la gravedad dependa de cada operador jurídico, en concreto de la percepción que éste tenga para delimitar entre un simple retraso y una agresión severa a los derechos tuitivos.

<sup>199</sup> Queralt Jiménez, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, España, Atelier, 2008, p. 355.

## 6. Antijuridicidad

De forma genérica podemos afirmar que la antijuridicidad es la oposición o contradicción de una determinada conducta humana a las normas reconocidas y establecidas por un Estado. Nos referimos a la contradicción a unas normas que se han catalogado como “normas de cultura”, las cuales representan “los principios esenciales de la convivencia social, regulados por el derecho como expresión de la cultura”.<sup>200</sup> En este sentido entendemos que un comportamiento humano será considerado constitutivo de delito cuando sea calificado como “disvalioso” jurídicamente hablando, esto es, será considerado antijurídico.<sup>201</sup>

No queremos entrar aquí en la diferencia que los penalistas establecen entre la antijuridicidad formal (contradicción del hecho con la ley) y la material (contraste con los intereses sociales, es decir, su lesividad social),<sup>202</sup> la objetiva (lesión o puesta en peligro de un bien jurídico) y la subjetiva (voluntad contraria a los mandatos del derecho),<sup>203</sup> ya que supondría ahondar en un terreno que nos es ajeno y que aporta poco al punto sobre el que queremos reflexionar.<sup>204</sup>

Tampoco queremos detenernos demasiado en la diferencia que existe entre antijuridicidad (la conducta humana que implica la infracción a una nor-

<sup>200</sup> Carrancá y Trujillo, R. y Carrancá y Rivas, R., *Derecho penal mexicano. Parte general, cit.*, pp. 353-355.

<sup>201</sup> Véase Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal, parte general, cit.*, p. 231; en el mismo sentido encontramos a Carrancá y Trujillo, R. y Carrancá y Rivas, R., *Derecho penal mexicano. Parte general, idem*, quienes afirman que “para ser inculpaible la acción ha de ser antijurídica. Normativamente considerado el delito es la conducta antijurídica por cuanto contradice una norma o ley cultural establecida para regular la vida en la comunidad de hombres libres”. De parecida expresión encontramos a Fletcher, G., *Conceptos básicos de derecho penal, cit.*, pp. 125 y 126, quien afirma que “la antijuridicidad presupone la existencia de una norma y requiere una determinada conducta que la viole, o que sea lógicamente incompatible con el mandato descrito en esa norma”.

<sup>202</sup> Como señalan Cobo del Rosal y Vives Antón: “se entiende por antijuridicidad formal la contradicción del hecho con la ley, y por antijuridicidad ‘material’ su contraste con los intereses sociales, es decir, su lesividad social”, Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal, parte general, cit.*, p. 231.

<sup>203</sup> “Consecuentemente con la concepción general del derecho que se sustente, la antijuridicidad puede ser entendida objetivamente (como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico) o subjetivamente (como voluntad contraria a los mandatos del derecho)”, Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *ibidem*, p. 232.

<sup>204</sup> Petrocelli, B., “La antijuridicidad”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 47, 1962, pp. 439-485; Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, *Derecho penal, parte general I y II, cit.*, p. 305; Jeschek, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas, *Tratado de derecho penal, parte general, cit.*, pp. 249-252.

ma jurídica, en definitiva, al derecho, determinando que la infracción a una norma por una conducta será considerada antijurídica)<sup>205</sup> e injusto, el cual

no se deriva de la violación de la norma sino de la forma especialmente peligrosa y temida de hacer daño a otros. Los injustos que, en este sentido, recoge el derecho penal se asocian con los verbos que representan un daño: matar, apuñalar, envenenar, hurtar, robar, allanar una morada, coaccionar, mutilar, violar. Cada uno de estos verbos representa una imagen de violencia.<sup>206</sup>

En este orden de ideas Cobo del Rosal y Vives Antón, siguiendo a Welzel, señalan que “la antijuridicidad es una mera relación de contradicción entre una norma y un objeto, hecho o acontecimiento cualquiera. El injusto, por el contrario, es el objeto valorado, algo sustantivo: el hecho antijurídico en sí mismo considerado”.<sup>207</sup>

Así, y siguiendo las afirmaciones de Creus,

la acción es integrativa de un hecho ilícito en tanto sea antijurídica (es inconcebible una ilicitud que en algún estamento del ordenamiento sea “jurídica”), con lo que se quiere decir que el hacer o el omitir que la constituyen tienen que ser contrarios al mandato jurídico o, lo que es lo mismo, que la conducta del autor tiene que ser distinta de la que el mandato impone o tiene que configurarse dentro de los límites de la que el mandato prohíbe.<sup>208</sup>

Por ello entendemos que la antijuridicidad es la contrariedad de un hecho concreto, de una conducta humana, con una norma contenida en el ordenamiento jurídico.

La antijuridicidad vista así tiene que ser contextualizada en el tiempo y en el espacio, y es en este sentido que García Ramírez señala que “existe, pues, una cultura —con sus componentes éticos— que exige cierta conducta: la valora como plausible y rechaza otra, a la que califica de ‘ilícita’,

<sup>205</sup> Fletcher, G., *Conceptos básicos de derecho penal*, cit., p. 124.

<sup>206</sup> *Ibidem*, p. 125. En este sentido el autor mencionado señala que “la antijuridicidad, *wrongfulness* en inglés, refleja la contradicción lógica que existe entre un determinado comportamiento y las normas del derecho penal. Cuando esta contradicción se produce mediante la infracción de una norma, el hecho será categóricamente antijurídico —no es posible establecer una graduación; por el contrario, el injusto (*wrongdoing*) sí puede admitir graduación—”.

<sup>207</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal, parte general*, cit., p. 235; *id.*, *Derecho penal parte general I y II*, p. 313.

<sup>208</sup> Creus C., *Derecho penal, parte general*, cit., p. 129. En este sentido sostiene que “sea cual fuere la similitud que una conducta tenga con la que el mandato prohíbe, ella no será antijurídica si no se la puede considerar como ataque al bien jurídico que el mandato protege”.

‘injusta’, delictiva’.<sup>209</sup> Entendemos que las conductas consideradas antijurídicas deben revisarse, actualizarse y contextualizarse periódicamente, teniendo en cuenta las necesidades y reclamos concretos de la sociedad.

Partiendo de lo anterior entendemos que las acciones y el comportamiento humano se vuelve antijurídico al contradecir el dictado de una norma penal; por ello, una conducta tipificada y sancionada por el Código Penal se vuelve irremediamente antijurídica. *A contrario sensu* no será antijurídica una acción o conducta humana que no esté prevista en el Código Penal (tipificada y por ende sancionada). Para redondear esta idea afirmamos, siguiendo a Díaz Aranda, que “la tipicidad es el indicio de la antijuridicidad”.<sup>210</sup>

Apegándonos a las líneas precedentes, nuestra inquietud es saber si la conducta de la sustracción de un menor por sus propios padres debe ser considerada antijurídica. Una respuesta contundente y en sentido positivo nos la ofrece la realidad normativa mexicana pues, teniendo como punto de mira el multicitado principio de legalidad (artículo 14, CPEUM), la conducta de sustracción está prevista en los distintos códigos penales, tanto de las entidades federativas (salvo Guanajuato),<sup>211</sup> como del Distrito Federal<sup>212</sup> y el federal.<sup>213</sup> En este momento sabemos con certeza que la acción de sustraer encaja perfectamente dentro de una figura delictiva diseñada y dibujada por la norma penal vigente al interior de la república mexicana; esto hace que la

<sup>209</sup> García Ramírez, S., *Derecho penal, cit.*, p. 83.

<sup>210</sup> Díaz-Aranda, E., *Derecho penal. Parte general, conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social*, México, Porrúa-UNAM, 2003, pp. 301 y 302.

<sup>211</sup> Estado de Aguascalientes (artículos 34 y 35), Estado de Baja California (artículos 237, 237 bis y ter), Estado de Baja California Sur (artículo 232), Estado de Campeche (artículo 331); Estado de Coahuila (artículos 319 y 320), Estado de Colima (artículo 164), Estado de Chiapas (artículos 223-226), Estado de Chihuahua (artículos 168-170), Estado de Durango (artículos 317-319), Estado de Guerrero (artículos 190 y 190 A y B), Estado de Hidalgo (artículos 232 y 233), Estado de Jalisco (artículos 179 y 179 bis), Estado de México (artículos 262 y 263), Estado de Michoacán (artículo 224), Estado de Morelos (artículo 203), Estado de Nayarit (artículo 264), Estado de Nuevo León (artículos 284-287), Estado de Oaxaca (347 y 347 bis); Estado de Puebla (artículos 283, 283 bis, ter y 284), Estado de Querétaro (artículo 212), Estado de Quintana Roo (artículos 171 y 171 bis), Estado de San Luis Potosí (artículos 137-141); Estado de Sinaloa (artículo 242), Estado de Sonora (artículos 301 B-301 I estando derogadas las fracciones C y D), Estado de Tabasco (artículos 209 y 210), Estado de Tamaulipas (artículos 300, 300 bis y 301), Estado de Tlaxcala (artículo 232), Estado de Veracruz (artículos 241 y 242), Estado de Yucatán (artículo 223) y Estado de Zacatecas (artículos 242 y 243). No se encontró tipificación en el Código Penal de Guanajuato.

<sup>212</sup> Código Penal del Distrito Federal, artículos 171-173.

<sup>213</sup> Código Penal Federal, artículo 366 quáter.

conducta de la que hablamos tenga el “signo externo distintivo de la antijuridicidad penal, que lo es la tipicidad penal”.<sup>214</sup>

En el rubro de las tesis aisladas encontramos el siguiente pronunciamiento

RESPONSABILIDAD PENAL. LA CONDUCTA TÍPICA NO ES ANTIJURÍDICA NI CULPABLE, CUANDO NO LESIONA NI PONE EN PELIGRO EL BIEN JURÍDICO TUTELADO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO)... se advierte que sólo se puede ser responsable de un delito cuando, además de haber realizado la conducta típica, ésta resulta ser antijurídica y culpable. Ahora bien, la antijuridicidad, en tanto constatación de carácter negativo de que el comportamiento típico no está amparado por alguna causa de justificación o licitud (antijuridicidad material), presupone que éste lesiona o pone en peligro el bien jurídico tutelado. Sin embargo, de manera excepcional ocurre que a pesar de que la conducta se adecue al tipo no genera dicha afectación y, por tanto, no es antijurídica ni, por ende, su autor debe responder penalmente de ella.<sup>215</sup>

En este orden de ideas queremos señalar que existen causas que excluyen la antijuridicidad; así, siguiendo a García Ramírez encontramos las causas de licitud o atipicidad cifradas en: a) el consentimiento; b) la legítima defensa, c) el estado de necesidad, entendiendo por éste “la justificación del comportamiento” el cual elimina el deber de reparar el daño; en este punto el autor señala que “se entiende que hay justificación cuando se sacrifica un bien de menor entidad en aras del de mayor jerarquía”,<sup>216</sup> y d) cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho. De la redacción y diseño de la sustracción de NNA por sus propios padres en la norma penal mexicana (federal, estatal y del Distrito Federal) no se sigue que exista una, o alguna, de las causas de atipicidad que han sido señaladas.

Por lo que se refiere a la contextualización de la antijuridicidad en la figura de la sustracción, queremos mencionar las afirmaciones de Quintano Ripollés, en el sentido de que

por descontado que siendo el trasfondo de la antijuridicidad del delito de sustracción de menores una ilicitud de naturaleza originariamente civil, el tenedor de la potestad superior no perpetra el delito sustrayendo al menor del que sólo

<sup>214</sup> Carrancá y Trujillo, R. y Carrancá y Rivas, R., *Derecho penal mexicano. Parte general*, cit., p. 422.

<sup>215</sup> Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, amparo directo 211/2004.

<sup>216</sup> García Ramírez, S., *Derecho penal*, cit., pp. 84 y 89.

tuviere una de rango inferior o meramente de hecho. Así, por ejemplo, el padre no separado de su mujer que sustrajere el hijo a la madre, o la madre a otro pariente o al criado, etcétera.<sup>217</sup>

Afirmaciones que no llegamos a comprender desde que lo importante para la materialización de la conducta de sustracción no es la jerarquía entre los diversos derechos que las personas involucradas ostentan sino la vulneración de derechos familiares, tuitivos, respecto de la persona que los tiene efectivamente como legítimo tenedor.

En este contexto queremos ver cómo se dibuja la conducta que es considerada antijurídica por los distintos códigos penales de la república mexicana y que se denomina “sustracción”. Los códigos penales, en su mayoría, cubren las hipótesis que materializa la figura de la sustracción de un NNA, esto es, tanto la sustracción materializada por un tercero como la realizada por persona que guarde relación familiar o de parentesco. Hay códigos penales que regulan esta conducta con referencia específica a la sustracción de menores por uno de sus padres cuando se violan derechos tuitivos que ostenta efectivamente el otro progenitor.

1) Aguascalientes (artículo 35): “la sustracción de menores e incapaces consiste en sustraer o retener a un menor de doce años o a un incapaz,<sup>218</sup> sin el consentimiento de quien legítimamente tenga su custodia, guarda o retención, *por quien no tenga relación familiar o de parentesco* con tal menor”; a continuación, y tras establecer la pena correspondiente a este primer supuesto, aborda la segunda hipótesis, la sustracción accionada por la persona que guarda una relación familiar, y así señala que “*si el responsable es familiar* del menor o incapaz y no ejerce sobre él la custodia, la tutela o la guarda”.

2) Baja California (artículos 237, 237 bis y 237 ter): “*al que sin tener relación familiar o de parentesco* sustraiga a un menor de doce años o a un incapaz, sin el consentimiento de quien legítimamente tenga su custodia o guarda, o lo retenga con la finalidad de violar derechos de familia”; a continuación prevé una segunda modalidad, esto es, que “*lo cometa un familiar del menor* que no ejerza sobre el la patria potestad ni la tutela”; por su parte, el artículo 237 bis señala un tercer supuesto, a saber: “*al padre o la madre*

<sup>217</sup> Quintano Ripollés, A., “La relativa sustantividad del delito de sustracción de menores”, *ADPCP*, 1961, p. 12.

<sup>218</sup> De conformidad con la definición ofrecida por el *Diccionario de derecho civil*, debemos entender por incapacidad “la falta de capacidad jurídica. En las legislaciones modernas apunta fundamentalmente a la falta de capacidad de ejercicio, ya que no existe incapacidad de goce, sólo algunas restricciones especiales”; véase Bustos Rodríguez, M. B., *Diccionario de derecho civil*, *cit.*, p. 69.

que sustraiga a su hijo menor de doce años de edad o incapaz, respecto del cual no ejerza la patria potestad o la custodia, privando de este derecho a quien legítimamente lo tenga”.

3) Baja California Sur (artículo 232): “a los *parientes consanguíneos o civiles* de un menor de doce años o de un incapaz, que lo sustraigan de la custodia legítima de quien ejerce la patria potestad o la tutela, o lo retenga contra la voluntad de éste”; a continuación prevé un segundo supuesto, a saber, “a quien *sin ser pariente consanguíneo o civil* como se señala en el párrafo anterior, sustraiga a un menor de doce años o a un incapaz, sin causa justificada o sin orden de autoridad competente, de la custodia o guarda de quien legítimamente la tenga, o bien que lo retenga sin voluntad de éste”; por último prevé la hipótesis de “si la persona que sustrae o retiene al menor ejerce la patria potestad pero no la custodia”.

4) Campeche (artículo 331):

V. Si se comete el robo de infante menor de doce años, *por quien sea extraño a su familia* y no ejerza la tutela sobre el menor. Cuando el delito *lo cometa un familiar del menor* que no ejerza sobre él la patria potestad o que ejerciendo ésta, a virtud de desavenencias conyugales o familiares, no esté encargado de su guarda o custodia por mandato judicial, de carácter provisional o definitivo... Si espontáneamente se pone en libertad a la persona antes de tres días y sin causar ningún perjuicio.

5) Coahuila (artículo 319):

al *ascendiente o pariente consanguíneo hasta el cuarto grado* de un menor de dieciocho años, que lo sustraiga sin causa justificada; o sin orden de autoridad competente, de la custodia de quien legítimamente la posea; o bien lo retenga sin la voluntad de aquél. Lo anterior procederá aun cuando la custodia se comparta, si la sustracción es sin consentimiento de alguno de quienes la posean.

6) Colima (artículo 164): “a los *parientes hasta el cuarto grado*, de un menor de 14 años, o de un incapaz, que lo sustraigan de la custodia o guarda de quien legítimamente la tenga, o lo retenga sin la voluntad de éste”.

7) Chiapas (artículo 223): “al que *sin tener relación familiar, de parentesco o de tutela* con un menor de edad o con un incapaz, lo retenga sin el consentimiento de quien ejerza su custodia legítima o su guarda... a quien bajo los mismos supuestos del párrafo anterior sustraiga a un menor o a un incapaz de su custodia legítima o de su guarda”. Por su parte, el artículo 224 menciona la palabra “sustracción” para hacer referencia a un supuesto completamente distinto, a saber, un delito sexual (tráfico, prostitución, et-

cétera); en este sentido afirma que “si la sustracción tiene como propósito incorporar al menor o incapaz a círculos de corrupción de menores o incapaces o traficar con sus órganos”. Por último, el artículo 225 contempla otro supuesto: “si el sujeto activo de la sustracción del menor o del incapaz no tiene la finalidad de corromperlo, *es familiar del sustraído* pero no ejerce la patria potestad o la tutela sobre el mismo, o no ejerce la guarda o custodia por resolución judicial”.

8) Chihuahua (artículo 168): “a quien *sin tener relación de parentesco... o de tutela* de una persona menor de edad o de una persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, lo retenga sin el consentimiento de quien ejerza su custodia legítima o su guarda”. Por su parte, el artículo 169 señala el supuesto de “si la retención o sustracción se realiza en contra de una persona menor de doce años de edad”. Por último, el artículo 170 señala el supuesto del:

*ascendiente, descendiente, pariente colateral o afín hasta el cuarto grado*, que retenga o sustraiga a una persona menor de edad o que no tenga la capacidad para comprender el significado del hecho, en los siguientes casos: I. Que haya perdido la patria potestad o ejerciendo ésta se encuentre suspendida o limitada; II. No tenga la guarda y custodia provisional o definitiva o la tutela sobre él; III. No permita las convivencias decretadas por resolución judicial; o IV. Teniendo la guarda y custodia compartida, no devuelva a la persona menor de edad en los términos de la resolución que se haya dictado para ello.

9) Distrito Federal (artículo 171): “al que *sin tener relación de parentesco... o de tutela* de un menor de edad o incapaz, lo retenga sin el consentimiento de quien ejerza su custodia legítima o su guarda... a quien bajo los mismos supuestos del párrafo anterior los sustraiga de su custodia legítima o su guarda”. El artículo 172 prevé la retención o sustracción realizada en contra de una persona menor de doce años de edad. A su vez, el artículo 173 prevé el supuesto del “*ascendiente, descendiente, cónyuge, pariente colateral o afín hasta el cuarto grado*, que retenga o sustraiga a un menor o incapaz y que sobre éste no ejerza la patria potestad, la tutela o mediante resolución judicial no ejerza la guarda y custodia”; en este mismo artículo encontramos contemplada otra figura delictiva de signo diametralmente opuesto, a saber, un delito de corte sexual (tráfico, pornografía infantil, etcétera) y así se establece que “la sustracción tiene como propósito incorporar a la persona a círculos de corrupción de menores o traficar con sus órganos”. En este contexto Canales Pérez señala que

por lo que corresponde a la legislación penal en el Distrito Federal, con relación a la custodia y convivencias con los hijos menores de edad, encontramos como una novedad la regulación de las consecuencias ante la inobservancia de lo ordenado en la legislación civil, lo que también es una novedad, cuya aplicación deberá ser cuidadosamente estudiada en cada caso conforme las constancias y que en opinión de ciertos grupos dicha situación se encuentra con las consecuencias lógicas de género por la situación cultural, que tal parece se ha convertido en una serie de castigos y penas contra las mujeres... De todo lo anteriormente señalado podemos resumir que los conflictos derivados del ejercicio de la guarda y custodia de menores puede darse por un ejercicio excesivo de la misma, que evita que quien no tenga la custodia del menor ejerza el derecho de visitas, o bien que quien no tenga la custodia y en ejercicio de las visitas retenga al menor, ambas conductas están sancionadas tanto en el Código Civil, toda vez que modifique el ejercicio de la patria potestad, en el caso del Distrito Federal en donde hasta puede suspenderse el ejercicio de la misma en perjuicio de quien no permita la convivencia, o bien, cambiarse la guarda y custodia a favor de quien tenga sólo el derecho de visitas, y en algunos casos la conducta se encuentra además sancionada penalmente.<sup>219</sup>

10) Durango (artículo 317): prevé el supuesto de “*los padres, abuelos o parientes consanguíneos hasta el cuarto grado*, que sin causa justificada sustraigan a los menores o incapaces del lugar donde se encuentren, desplazándolos del control de quien tenga materialmente la custodia, con la finalidad de violar derechos de familia”, a lo cual añade que “se entiende que existe causa justificada, en caso de ebriedad, toxicomanía, golpes, amenazas y malos tratos”. Por su parte, el artículo 318 prevé la situación del “*cónyuge que habiendo perdido la patria potestad, o carezca a resultas de resolución judicial, de la guarda y custodia de sus hijos, se apodere de ellos*”.

11) Guerrero (artículos 190 y 190 bis). Artículo 190: “al que *sin tener relación familiar o de parentesco* sustraiga a un menor de edad o a un incapaz, sin el consentimiento de quien legítimamente tenga su custodia o guarda, o lo retenga con la finalidad de violar derechos de familia”; igualmente prevé la posibilidad de que “el delito lo cometa *un familiar* del menor que no ejerza sobre el la patria potestad ni la tutela”; por su parte, el artículo 190-A prevé la existencia de “separación temporal o definitiva entre el *padre y la madre* de un menor o incapaz decretada por un juez y cualesquiera de ellos, lo sustraiga o retenga con la finalidad de suspender o privar de la guarda o custodia a quien la venía ejerciendo, sin el consentimiento de éste y sin que

<sup>219</sup> Canales Pérez, A., “Protección de menores, restitución de menores”, *Revista de Derecho Privado*, México, nueva época, año VI, núms. 16 y 17, 2007, pp. 14 y 17.

medie una resolución judicial”; en este sentido también prevé la comisión del delito con los siguientes elementos: “a) cuando el sustraído sea menor de dos años de edad; b) si en el momento de la sustracción se emplea violencia en contra de quien ejerza la guarda o custodia del menor o incapaz, y c) si la sustracción del menor o incapaz se realiza aprovechándose de la ausencia de quien ejerce la guarda o custodia”; por su parte, el artículo 190-B aborda

la entrega o recepción de un infante menor de siete años de edad, sin consentimiento de quien legalmente dependa con el propósito de obtener un beneficio económico, se le aplicará prisión de tres a seis años y de doscientos a quinientos días multa. Cuando el delito lo cometa un familiar del infante, que ejerciendo o no la custodia legal se le impondrá de cuatro a ocho años de prisión y de trescientos a seiscientos días multa, sancionándose además con la pérdida de la patria potestad, tutela, custodia, guarda o educación y en su caso, de los derechos sucesorios con respecto de la víctima.

Este último artículo, al prever la existencia y presencia de un ánimo de lucro, contempla una figura distinta a la sustracción de un niño o adolescente por sus padres.

#### 12) Hidalgo (artículo 232):

al que sin el consentimiento de quien legítimamente tenga su custodia o guarda, sustraiga o retenga a un menor de doce años o a un incapaz, *sin tener con éstos relación familiar o de parentesco...* cuando el delito lo cometa *un familiar* del menor, que no ejerza sobre él la patria potestad ni la tutela... si el familiar tiene la patria potestad, pero no la custodia”.

#### 13) Jalisco (artículo 179):

*al que sustraiga* a un menor de doce años, sin causa justificada o sin orden de autoridad competente, de la custodia o guarda de quien legítimamente la tenga, o bien que lo retenga sin voluntad de éste... cuando el delito lo efectúen *los padres, abuelos o bisabuelos* que no ejerzan la patria potestad, *o terceros*, por encargo de alguno de éstos...<sup>220</sup>

<sup>220</sup> “VIOLACIÓN A LAS NORMAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL. SE ACTUALIZA LA CAUSAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 160, FRACCIÓN XVI, DE LA LEY DE AMPARO, CUANDO AL DICTAR SENTENCIA EL JUZGADOR DE INSTANCIA, PARA ACREDITAR EL DELITO SE APOYA EN HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS DIVERSOS QUE NO QUEDARON COMPRENDIDOS AL PRONUNCIAR EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN NI EN LAS CONCLUSIONES ACUSATORIAS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO). De la interpretación del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se advierte que el proceso penal se rige por el principio de litis cerrada, el cual

Por su parte el artículo 179 bis señala el supuesto del “*ascendiente* que ejerza la patria potestad o al que tenga a su cargo la custodia de un menor de catorce años, aunque ésta no haya sido declarada, que ilegítimamente lo entregue a otro para su custodia a cambio de un beneficio económico” y

a quien reciba al menor y también al tercero que lleve a cabo la entrega de éste a cambio de un beneficio económico. Si el tercero a que se hace mención tiene carácter de directivo de algún organismo a quien corresponda la custodia del menor, se le aplicará además la pena de destitución y la inhabilitación definitiva para ocupar un cargo similar o en su caso suspensión en el ejercicio de su profesión u oficio hasta por ocho años...

si la entrega del menor se hace sin la finalidad de obtener un beneficio económico... si se acredita que quien recibió al menor, lo hizo para incorporarlo a su núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación...

Este supuesto abarca también a “todos los que participaron en la comisión del delito, si no actuaron con la finalidad de obtener un beneficio económico”.

14) México (artículo 263): “*al padre o la madre* que se apodere de su hijo menor de edad *o familiares* que participen en el apoderamiento, respecto del cual no ejerza la patria potestad o la custodia, privando de este derecho a quien legítimamente lo tenga”.

15) Michoacán (artículo 224):

sujeta al juzgador a que el auto de formal prisión que dicte sea apegado al hecho fijado por el Ministerio Público al ejercer la acción penal, de ahí que a la autoridad judicial sólo le sea dable clasificar el delito en orden a su ubicación legal, pero sin alterar aquel hecho, es decir, únicamente puede cambiar la clasificación o denominación legal del hecho delictivo, pero no el hecho mismo; de tal suerte que si se dicta auto de formal prisión y se sigue proceso contra el inculcado por el delito de sustracción de menores previsto en el primer párrafo del numeral 179 del Código Penal del Estado de Jalisco, en virtud de haber sustraído en una fecha específica a un menor de doce años de quien tenía legalmente su guarda y custodia, sin causa justificada, de propia autoridad y sin que mediara orden de autoridad competente, y al dictar sentencia definitiva la autoridad judicial toma en cuenta hechos diversos que no quedaron comprendidos en el auto de formal prisión ni en las conclusiones acusatorias, resulta inconcuso que tal proceder actualiza la violación procesal a que alude el artículo 160, fracción XVI, de la Ley de Amparo, toda vez que al emitirse dicha sentencia, aunque no se cambia la reclasificación legal del delito, se actualiza con base en hechos que se presentan en diferente instante y circunstancias de las precisadas en el auto de plazo constitucional, lo que no está permitido de acuerdo con la interpretación, a *contrario sensu*, del segundo párrafo de la invocada fracción, en el sentido de que no debe considerarse que el delito es diverso cuando el que se exprese en la sentencia sólo difiera en grado del que haya sido materia del proceso o cuando se refiere a los mismos hechos materiales que fueron objeto de la averiguación”. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito, amparo directo 251/2006.

*al padre, madre, abuelo, abuela o pariente consanguíneo por afinidad o civil hasta el cuarto grado*, de persona menor de dieciocho años de edad o que no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o de resistirlo; que lo sustraiga o retenga sin causa justificada o sin orden de la autoridad competente, de la custodia o guarda de quien legítimamente la posea...

Se regula cuando “la sustracción o retención se realiza: I. En persona menor de dos años de edad; II. Aprovechando la ausencia de quien tenga la custodia o guarda; o, III. Empleando violencia. Este delito se perseguirá por querrela de parte ofendida”.

16) Morelos (artículo 203): “al que *sin tener relación familiar o de tutela* con un menor de edad o incapaz, lo sustraiga o lo retenga, sin el consentimiento de quien tenga su legítima custodia o guarda... si el agente *es familiar* del menor, pero no ejerce la patria potestad o la tutela sobre él”.

17) Nayarit (artículo 264):

*al familiar* de un menor de dieciséis años que lo sustraiga, sin causa justificada o sin orden de la autoridad competente, de la custodia o guarda de quien legítimamente la tenga, o bien que lo retenga sin la voluntad de éste... *los progenitores* que incurran en los actos señalados, cuando medie causa justificada, entendiéndose por éstas, toda conducta realizada por el desposeído que perjudique evidentemente la salud física o moral del menor... cuando la sustracción o retención de un menor de dieciséis años se realice por una *persona distinta* a las indicadas en el primer párrafo.

18) Nuevo León (artículo 284):

*a los padres, abuelos y parientes consanguíneos hasta el cuarto grado*, que sin causa justificada sustraigan a los menores del lugar donde se encuentren, desplazándolos del control de quien tenga materialmente la custodia o la patria potestad... se entiende que existe causa justificada, entre otras, en caso de ebriedad, toxicomanía, golpes, amenazas falta de ministración de alimentos de forma reiterada y malos tratos.

Por su parte el artículo 285 regula la situación del “*cónyuge* que habiendo perdido la patria potestad, o carezca a resultas de resolución judicial, de la guarda y custodia de sus hijos, se apodere de ellos”. Por su parte, en el artículo 287 se contempla el supuesto de: “*los que ejerzan la patria potestad, guarda o custodia* sobre un menor o menores, cuando con el ánimo de lucrar, convengan con otras personas la entrega del infante o infantes que

están bajo su atención y cuidado”. Este último supuesto al mediar ánimo de lucro se aleja de la figura de sustracción de menores por sus propios padres.

19) Oaxaca (artículo 347 bis):

cuando se sustraiga a un menor de doce años de edad, de su seno familiar *por un pariente sin limitación de grado*, que no ejerza la patria potestad o la tutela sobre él, y con el propósito distinto a los señalados en el artículo 348 bis C...<sup>221</sup> Este delito sólo se perseguirá por querrela de la parte ofendida si el menor no sufrió algún daño, en caso contrario, si el daño constituyere un delito que deba perseguirse de oficio, la querrela será inadmisibile y se atenderá a las reglas del concurso de delitos.

20) Puebla (artículo 283): “comete el delito de sustracción de menores, *el familiar* de un menor de catorce años de edad que lo sustrajere de la custodia o guarda de quien legítimamente la tuviere, o bien lo retuviere sin la voluntad de esta última”. Artículo 283 bis: “también comete el delito de sustracción de menores *el ascendiente, pariente colateral o afín hasta el cuarto grado* que retenga a un menor en los siguientes casos: I. cuando haya perdido la patria potestad o ejerciendo ésta se encuentre suspendido o limitado”. Artículo 284: “*al que* contando con el consentimiento de un ascendiente que ejerciere la patria potestad sobre un menor de catorce años de edad o de quien lo tuviere legalmente bajo su cuidado, lo entregare a un tercero para su custodia o para otorgarle derechos de familia que no le correspondieren”.

21) Querétaro (artículo 212):

*al que sin tener relación familiar o de parentesco* sustraiga a un menor de edad o a un incapaz, sin el consentimiento de quien legítimamente tenga su custodia o guarda, o lo retenga con la finalidad de violar derechos de familia.. cuando el delito lo cometa *un familiar* del menor que no ejerza sobre él la patria potestad ni la tutela...

22) Quintana Roo (artículo 171): “*al que sin tener relación familiar o de parentesco* sustraiga a una persona menor de dieciocho años o que no tenga la capacidad para comprender el significado del hecho, sin el consentimiento de quien legítimamente tenga custodia o guarda, o lo retenga con la finalidad de violar derechos de familia”; por su parte el artículo 171 bis prevé la situación del:

<sup>221</sup> Este artículo se encuentra derogado en la actualidad pero se refería a la figura de tráfico de menores.

*padre o la madre*, que sin el consentimiento o autorización del otro progenitor retuviere o trasladare a su hijo o hijos menores de dieciocho años fuera o dentro del país con la finalidad de cambiar su residencia habitual o impida de algún modo la convivencia del niño, niña o adolescente con su otro progenitor, de acuerdo con la ley de la materia en el estado; salvo en los casos en los que el juez competente hubiere condenado a alguno de los padres a no convivir o a hacerlo de manera condicionada con sus hijos

23) Sinaloa (artículo 242):

*al que sin tener relación familiar o de parentesco* sustraiga a un menor de edad o a un incapaz, sin el consentimiento de quien legítimamente tenga su custodia o guarda, o lo retenga con la finalidad de violar derechos de familia... cuando la sustracción de un menor o un incapaz, sin el consentimiento de quien legítimamente tenga su custodia o guarda, o lo retenga con la finalidad de violar derechos de familia, lo cometa *un familiar* que no ejerza sobre él la patria potestad ni la tutela”.

24) Sonora (artículo 301 B):

*al que* con el consentimiento de un ascendiente que ejerza la patria potestad o de quien tenga a su cargo la custodia de un menor de doce años o de un incapaz, aunque ésta no haya sido declarada, ilegítimamente lo entregue a un tercero para su custodia definitiva, a cambio de un beneficio económico... *al tercero* que reciba al menor o incapaz... a quien ejerciendo la patria potestad o la custodia de un menor o incapaz, injustificadamente otorgue su consentimiento para su ilegítima entrega o cuando lo entregue directamente para su custodia definitiva a cambio de un beneficio económico... cuando el consentimiento, la entrega y recepción del menor o incapaz, se haga con el propósito de incorporarlo a un núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de esa incorporación.

Artículo 301 E: “cuando no exista el consentimiento de quien ejerza la patria potestad o custodia del menor o incapaz”. Artículo 301 G:

Cuando *el ascendiente sin limitación de grado o pariente consanguíneo o por afinidad hasta el cuarto grado* de un menor de doce años o de un incapaz, lo sustraiga o lo cambie de domicilio donde habitualmente reside, lo retenga o impida que regrese al mismo, sin la autorización de quienes ejercen la patria potestad o custodia judicial... si el familiar tiene la patria potestad, pero no la custodia.

25) Tabasco (artículo 209): “al que con el fin de lesionar derechos de familia, *sin tener relación familiar o de tutela* con un menor de edad o incapaz

lo sustraiga de su custodia legítima, o lo retenga sin el consentimiento de quien tenga su legítima custodia o guarda”. Artículo 209 bis:

*cuando el ascendiente o pariente consanguíneo colateral, sin limitación de grado o por afinidad, hasta el cuarto grado, de un menor, lo sustraiga del domicilio donde habitualmente reside o de algún otro lugar, en el que por razón de su educación, atención médica, psicológica o equivalente, se encuentre, lo retenga o impida que regrese a su domicilio, o lo cambie de éste injustificadamente, sin la autorización de quienes ejercen la patria potestad o la guardia y custodia, o en desacato de una resolución de autoridad competente, no permitiendo a la madre o al padre o a quien legalmente le corresponda convivir con el menor...*

cuando se tratare de un incapaz, éste sea sustraído del domicilio donde habitualmente reside, o lo cambie de éste injustificadamente, lo retenga o impida que retorne al mismo, sin la autorización de quien o quienes ejercen la tutela o curatela o por resolución de autoridad competente, no permitiendo a los demás parientes convivir con el incapaz.

#### 26) Tamaulipas (artículo 300):

cometen el delito a que se refiere este capítulo *los padres* que habiéndoseles restringido o privado el ejercicio de la patria potestad o el derecho de custodia de sus hijos, mediante resolución judicial provisional o definitiva, los sustraigan sin causa justificada del lugar donde habiten transitoria o permanentemente. Comete este delito cualquiera de *los padres* que sustraiga a los hijos arbitrariamente del lugar donde habiten transitoria o permanentemente, aun cuando no exista resolución judicial que dirima la custodia de los menores, pero que de hecho se encuentren bajo el resguardo de alguno de ellos. Sólo se procederá contra el responsable a petición de quien ejerza la patria potestad o el derecho de custodia.

Artículo 300 bis: “comete el delito de retención de menores cualquiera de *los padres* que teniendo la custodia compartida de los hijos determinados días, se resista o se niegue a devolver a los menores al hogar en que ordinariamente habitan. Sólo se procederá a petición de quien ejerza el derecho de custodia”.

#### 27) Tlaxcala (artículo 232):

*al ascendiente o colateral hasta el tercer grado* de un menor de doce años que lo sustraiga sin causa justificada o sin orden de la autoridad competente, de la custodia o guarda de quien legítimamente la tenga, o bien que lo retenga sin la voluntad de éste... cuando la sustracción o retención de un menor de dos años, se realice por una *persona distinta* de las indicadas en el artículo anterior, se impondrán de cinco a treinta años de prisión y multa de cincuenta a mil días de salario...

28) Veracruz (artículo 241): “*al que le un parentesco con persona menor de dieciséis años de edad o incapaz, o al que por instrucciones de aquél, sin causa justificada o sin orden de autoridad competente, lo sustraiga de la custodia o guarda de quien la tenga de hecho o por derecho o bien lo retenga sin la voluntad de éste*”.

29) Yucatán (artículo 223): “*al familiar de un menor de dieciocho años de edad que lo sustraiga, sin causa justificada o sin orden de la autoridad competente, de la custodia o guarda de quien legítimamente la tenga o bien lo retenga sin voluntad de éste... cuando la sustracción o retención de un menor de dieciocho años, se realice por una persona distinta de las indicadas*”.

30) Zacatecas (artículos 242 y 243). Artículo 242: “*al familiar de un menor de diez años que lo sustraiga, sin causa justificada o sin orden de la autoridad competente, de la custodia o guarda de quien legítimamente la tenga, o bien que lo retenga sin la voluntad de éste*”. Artículo 243: “*cuando la sustracción o retención de un menor de diez años se realice por una persona distinta de las indicadas en el artículo anterior*”.

No queremos dejar pasar esta oportunidad sin señalar el diseño que realiza el Código Penal español. Contextualizando nuestras afirmaciones nos remontamos a la Ley Orgánica 9/2002, por la cual se introduce el artículo 225 bis) y se adiciona un párrafo segundo al artículo 225, se modifica la redacción del 622 del Código Penal español, por lo que hace a la esfera penal, y se adiciona un nuevo párrafo en la medida 1 del artículo 103 del Código Civil así como una nueva redacción al numeral 3 del artículo 158 del Código Civil.<sup>222</sup> En el título XII titulado “Delitos contra las relaciones familiares”, capítulo III “De los delitos contra los derechos y deberes familiares, sección 2 “De la sustracción de menores”, concretamente el artículo 225 bis afirma que

1. *El progenitor* que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.
2. A los efectos de este artículo, se considera sustracción: 1. El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia. 2. La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa. 3. Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su

<sup>222</sup> Montón García, M., *La sustracción de menores por sus propios padres, cit.*, pp. 27 y 33.

restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior.

4. Cuando el sustractor haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas, quedará exento de pena. Si la restitución la hiciere, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años.

4. Estos plazos se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción.

5. Las penas señaladas en este artículo se impondrán igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas anteriormente descritas.

Hasta 2002, la realización de esta conducta no era considerada delito en España, por lo que la antijuridicidad de la conducta se configuraba al encuadrarla en la figura de desobediencia, implicando en algunos casos una sanción económica. No pasa desapercibido que el enclave español tiene dos ventajas que permite afirmar que la mitad de los casos presentan una solución relativamente sencilla; la primera ventaja se cifra en que los niños sustraídos residen en países que tienen firmado el Convenio de La Haya,<sup>223</sup> y la segunda ventaja se cifra cuando los niños se encuentran en algún país de la Unión Europea, desde que en los últimos años se han aprobado reglamentos comunitarios que regulan de forma expedita y casi automática el reconocimiento y ejecución de las sentencias de otro país miembro de la Unión.<sup>224</sup>

Hasta aquí hemos analizado el primer elemento constitutivo de la estructura de la norma penal, a saber, el “precepto”;<sup>225</sup> esto es, la conducta antijurídica como aparece diseñada en los diversos códigos penales mexicanos.

<sup>223</sup> [http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Exteriores/tramita/84/casos/sustraccion/internacional/hijos/elpepisc/20090413elpepisc\\_2/Tes](http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Exteriores/tramita/84/casos/sustraccion/internacional/hijos/elpepisc/20090413elpepisc_2/Tes) (revisada el 2 de agosto de 2010).

<sup>224</sup> La cara opuesta a esta sencillez la muestra Japón, con quien las dificultades son notorias por la conjugación de varios factores: la falta de acuerdos de cooperación judicial Madrid-Tokio; la falta de ratificación del Convenio de La Haya por parte de Japón; porque en este último país, tras un divorcio uno de los progenitores obtiene la patria potestad; no existe el concepto de custodia y es raro conceder derechos de visita. Desde 1952 que se registró el primer caso no se tiene documentada ninguna devolución de menores; un nacionalismo judicial que se refleja de igual manera en el dato de que los tribunales japoneses entregan la patria potestad, salvo casos excepcionales, a los nipones. Véase [elpais.com/articulo/reportajes/Japon/quedo/hijo/elpepusocdmg/20101107elpdmgprep\\_5/Tes](http://www.elpais.com/articulo/reportajes/Japon/quedo/hijo/elpepusocdmg/20101107elpdmgprep_5/Tes) (revisada el 9 de noviembre de 2010).

<sup>225</sup> Como bien señala Creus, “el precepto designa la conducta (hecho) jurídicamente ilícita (antijurídica) que es merecedora de pena, constituyéndola así en delito; el precepto de la ley penal, como dijimos, siempre hace referencia a una conducta ilícita, la que, como tal, en principio está “prohibida” (sin perjuicio de que en el caso particular se den “permisiones” que le quiten dicho carácter”. Véase Creus, C., *Derecho penal, parte general, cit.*, p. 63.

Lo anterior da una idea de los supuestos de hecho que abarca la normativa penal con la finalidad última de sancionarlos. Restaría, a fin de ofrecer un panorama completo poner en necesaria correlación un análisis detallado del segundo elemento constitutivo de la norma penal, a saber, la sanción. Examen que se ofrece en las próximas líneas.

### 7. *Culpabilidad*

Nuevamente resulta idóneo iniciar con las afirmaciones generales que nos ofrecen algunos autores para poder aterrizarlas, con posterioridad, en la sustracción y seguir así en nuestro intento de diseñar esta figura jurídica desde su arista penal.

En estas líneas nos referimos exclusivamente a la culpabilidad entendida ésta desde el punto de vista jurídico y no moral.<sup>226</sup> Entre ambas tipologías es sencillo marcar una línea clara y así afirmar que “la culpabilidad jurídico-penal se diferencia de la culpabilidad moral en que la primera hace referencia, exclusivamente, a la atribuibilidad del hecho cometido mientras que la segunda representa una valoración de la persona”.<sup>227</sup> El hecho de que nos centremos en la primera de las tipologías no implica que no seamos conscientes de que ambas facetas de la culpabilidad puedan relacionarse estrechamente y estar presentes en una conducta de sustracción.

En el rubro de las tesis aisladas encontramos los siguientes pronunciamientos que queremos destacar: “CULPA. ESENCIA DE LA. La esencia de la culpa radica en que la voluntad del agente no se dirija a la producción del

<sup>226</sup> “DOLO, ELEMENTO ÉTICO DEL. Es bien sabido que para que exista el delito debe existir culpabilidad, ello es un proceso anímico reprochable causal del resultado. El delito de dolo requiere no solamente la voluntariedad de la acción, sino además la conciencia de la antijuridicidad de la misma; antijuridicidad captada por el sujeto no en sentido técnico, sino en forma llana, pues basta que el activo tenga conciencia de que la acción representada y querida es reprochable, para que se afirme el elemento ético del dolo”, amparo directo 4840/48, *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. CXXVI, p. 461, sala auxiliar 2. “DOLO. El dolo no se presume, sino que debe probarse en aquellos casos en que la ley exige la intención dolosa, para que haya delito, como pasa en el de peculado. El dolo no significa algunas maniobras materiales en la ejecución del acto delictuoso, que es lo que caracteriza al fraude, sino que es un hecho subjetivo que se forma de dos elementos: la voluntad y la inteligencia, dando ésta como resultado una dirección consciente de la voluntad; de modo que para saber si hubo dolo en los actos de un delincuente, hay que averiguar si existieron los dos elementos de conocimiento del acto que se ejecutaba y de conciencia de su valor antijurídico; y debe presumirse que el delincuente conocía el carácter antijurídico e ilegal del acto que ejecutó, si por razón del puesto que desempeñaba, debía conocer las leyes y podía distinguir entre el patrimonio particular y el público”, amparo penal directo 1340/28.

<sup>227</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal parte general I y II*, cit., p. 97.

hecho típico y antijurídico previsible y evitable, pero éste surge por la omisión de las cautelas y precauciones que deben guardarse”.<sup>228</sup>

**CULPABILIDAD.** No debe confundirse, de acuerdo con la dogmática del delito, el tipo penal con la culpabilidad, pues bien sabido es que la antijuridicidad de la acción es una característica del delito pero no una característica del tipo. Así pues, una acción por el solo hecho de ser típica no es aun necesariamente antijurídica; esta última propiedad está ausente en los casos en que existe una causa de exclusión del injusto.<sup>229</sup>

**CULPA EN EL DELITO. NATURALEZA.** En términos generales, se dice que una persona tiene culpa cuando actúa de tal manera que por su negligencia, su imprudencia, su falta de atención, de pericia, de precauciones o de cuidados necesarios, se produce una situación de antijuridicidad típica no querida directamente ni consentida por su voluntad, pero que el agente previó o pudo prever y cuya realización era evitable por el mismo. En otro orden de ideas, la culpa, como actitud mental en la ejecución de un acto, puede existir aun cuando no se produzca un efecto material típicamente antijurídico... Hay culpa en el delito y no delito de culpa; esto es, no hay un delito de culpa como entidad autónoma y unitaria que pudiera sumarse al catálogo de los delitos, junto al fraude, robo, homicidio, etcétera; sino que culpa es uno de los grados, una de las formas con que puede presentarse el factor subjetivo de culpabilidad en los delitos tipificados, mientras no sean éstos especialmente incompatibles con las características particulares de la culpa... En nuestro derecho positivo, no cabe dudar de tal interpretación, pues ante todo rige el principio de legalidad en los delitos y no existe “tipo” alguno específico que consagre el “delito de culpa” por sí mismo...<sup>230</sup>

A la hora de determinar el grado de culpabilidad se afirma que debe tenerse en cuenta el estudio criminológico del inculpado,<sup>231</sup> la capacidad fi-

<sup>228</sup> Amparo directo 3064/61.

<sup>229</sup> Amparo directo 4535/59.

<sup>230</sup> Tribunal Colegiado del Octavo Circuito. Amparo en revisión 148/77, nota en el informe de 1977, tesis de: “Culpabilidad en el delito”.

<sup>231</sup> “CULPABILIDAD. PARA DETERMINAR SU GRADO AL INDIVIDUALIZAR LAS PENAS DEBE TOMARSE EN CONSIDERACIÓN EL ESTUDIO CRIMINOLÓGICO DEL INculpADO. Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, amparos directos 179/2007, 184/2007, 246/2007, 245/2007 y 270/2007. Esta tesis contendió en la contradicción 100/2007-PS resuelta por la Primera Sala, de la que derivó la tesis 1a./J. 175/2007, que aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXVII, marzo de 2008, p. 100, tesis de rubro: “Individualización de la pena tratándose de delito no culposo. El juzgador puede tomar en consideración los dictámenes periciales tendentes a conocer la personalidad del inculpado (legislación del Distrito Federal)”.

sica y/o síquica para motivarse por la norma, así como la conciencia de la antijuridicidad,<sup>232</sup> dejando fuera de la graduación su personalidad.<sup>233</sup>

Si bien estos datos no son contrapuestos en jurisprudencia ni en tesis, no podemos sostener lo mismo cuando hablamos de tomar en cuenta<sup>234</sup> o no<sup>235</sup> los antecedentes penales del procesado.

<sup>232</sup> Siguiendo a García Ramírez, existen diversos factores para la inimputabilidad: “en primer término, la supresión de una capacidad específica: que «al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad para comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión». En segundo término, las causas o factores que llevan a esa incapacidad: «en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado». En tercer término, una salvedad o corrección pertinentes, pues la incapacidad puede suscitarse en forma preordenada al delito (esto es, para delinquir) o de manera imprudente: «a no ser que el agente hubiere proyectado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico, siempre y cuando lo haya previsto o le fuera previsible»”, García Ramírez, S., *Derecho penal, cit.*, p. 91.

<sup>233</sup> “CULPABILIDAD DEL PROCESADO. ESTUDIO DE PERSONALIDAD NO DEBE TOMARSE EN CUENTA PARA GRADUARLA. Décimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, amparos directos 1540/2006, 1970/2006, 2110/2006, 2120/2006 y 2290/2006; la tesis citada aparece publicada con el número 1a./J. 166/2005 en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXIII, mayo de 2006, p. 111, de rubro: “CULPABILIDAD. Para determinar su grado al individualizar las penas, no deben tomarse en consideración los antecedentes penales del inculpado, salvo que se trate de delito culposo (legislación del Distrito Federal)”. Esta tesis contendió en la contradicción 100/2007-PS resuelta por la Primera Sala, de la que derivó la tesis 1a./J. 175/2007, que aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXVII, marzo de 2008, p. 100, de rubro: “INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA TRATÁNDOSE DE DELITO NO CULPOSO. El juzgador puede tomar en consideración los dictámenes periciales tendentes a conocer la personalidad del inculpado (legislación del Distrito Federal)”.

<sup>234</sup> “CULPABILIDAD. PARA DETERMINAR SU GRADO, DEBEN TOMARSE EN CUENTA LOS ANTECEDENTES PENALES DEL PROCESADO, EN TÉRMINOS DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 52 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, DE 10 DE ENERO DE 1994. Novena época, contradicción de tesis 16/2000. Entre las sustentadas por los tribunales colegiados Primero y Segundo, ambos en Materia Penal del Tercer Circuito. 4 de abril de 2001. Mayoría de tres votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Disidente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Luis Fernando Angulo Jacobo. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIV, octubre de 2001, p. 79, Primera Sala, tesis 1a./J. 76/2001; véase la ejecutoria y el voto particular, t. XIV, pp. 81 y 94, respectivamente.

<sup>235</sup> “CULPABILIDAD. PARA DETERMINAR SU GRADO AL INDIVIDUALIZAR LAS PENAS, NO DEBEN TOMARSE EN CONSIDERACIÓN LOS ANTECEDENTES PENALES DEL INculpADO, SALVO QUE SE TRATE DE DELITO CULPOSO (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). 4 de noviembre de 2005. Cinco votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: José de Jesús Bañales Sánchez. Tesis de jurisprudencia 166/2005. Aprobada por la Primera Sala de este alto tribunal, en sesión de fecha 16 de noviembre de 2005. “CULPABILIDAD. SU GRADO SE DETERMINA EXCLUSIVAMENTE CON LOS ASPECTOS OBJETIVOS QUE CONCURRIERON AL HECHO DELICTUOSO, SIN ATENDER A LOS ANTECEDENTES PENALES DEL PROCESADO (LEGISLACIÓN VIGENTE DEL ESTADO DE COAHUILA). Cuarto Tribunal Colegiado del Octavo Circuito, amparos directos 1420/2003, 259/2004, 1304/2004, 633/2004 y 565/2004. Véase *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXI, junio de 2005, p. 698, tesis XX.2o. J/7, de rubro:

En definitiva, y como señalan Cobo del Rosal y Vives Antón, “culpabilidad es el reproche personal que se dirige al autor por la realización de un hecho típicamente antijurídico. La esencia de la culpabilidad radica en la *reprochabilidad* de la verificación del injusto típico al autor”.<sup>236</sup> Así las cosas, la contrariedad entre la “voluntad del agente”,<sup>237</sup> esto es, si éste pudo actuar de modo distinto a como lo hizo y, concretamente, si pudo actuar conforme a derecho, y la norma jurídica, origina, fundamenta y justifica el necesario y merecido reproche (jurídica y socialmente hablando). En este sentido afirma Cobo del Rosal y Vives Antón que

el fundamento de la culpabilidad remite así a una “*vexata quaestio*” a un problema que inquieta a la humanidad desde los albores de la civilización: el problema del libre albedrío... En conclusión cabe afirmar que el fundamento de la culpabilidad se encuentra en la libertad humana: se es culpable de una infracción en tanto en cuanto quepa presuponer que pudo haberse evitado.<sup>238</sup>

La anterior idea debe redondearse y sostener que “la existencia de un deber se halla conceptualmente vinculada a su exigibilidad”,<sup>239</sup> en este sentido debemos seguir la idea de que “debido es lo que puede ser exigido”. Esta abstracción en nuestras afirmaciones son aterrizadas al determinarse que “para que algo pueda ser exigido a un sujeto particular, es necesario, en primer lugar, que pueda exigirse a cualquiera que se halle en idénticas circunstancias, y, en segundo lugar, que el sujeto en cuestión sea capaz, personalmente, de llevarlo a cabo”.<sup>240</sup> Por lo anterior, partimos de señalar que el hombre es un ser libre y racional, capaz de saber y medir las consecuencias de la materialización de sus actos. La racionalidad del ser humano

“INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. No deben tomarse en cuenta los antecedentes penales para determinar el grado de culpabilidad del sentenciado (legislación del estado de Chiapas)”. Y t. XXI, febrero de 2005, p. 1510, tesis I.10o.P. J/5, de rubro: “INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. Es violatorio de garantías tomar en cuenta los antecedentes penales del inculpado, atento a las reformas a los códigos penales del 10 de enero de 1994 (legislación del Distrito Federal)”.

<sup>236</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal, parte general I y II, cit.*, p. 96, e *id.*, *Derecho penal, parte general, cit.*, p. 407. De esta misma opinión encontramos a Jeschek, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas, *Tratado de derecho penal, parte general, cit.*, pp. 24 y 25. Estos autores señalan que “el principio de culpabilidad significa que la pena estatal únicamente puede estar fundada en la comprobación de que al autor le puede ser reprochado personalmente su hecho”.

<sup>237</sup> García Ramírez, S., *Derecho penal, cit.*, p. 93.

<sup>238</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal, parte general, cit.*, pp. 407-411.

<sup>239</sup> *Ibidem*, p. 415.

<sup>240</sup> *Idem*.

se traduce en un ser capaz de establecer sus propias reglas de conducta y ajustar éstas a las normas previamente establecidas. Por ello se anota que “la culpabilidad consiste en la infracción de la norma como norma de deber, exigible personalmente al obligado”.<sup>241</sup>

Siguiendo a la doctrina penalista, la esencia del principio de culpabilidad radica principalmente en las siguientes dos proposiciones:

1. La primera consiste en afirmar que “no hay pena sin culpabilidad”; una vez que se ha demostrado la contrariedad entre la voluntad del agente y la norma jurídica es cuando se justifica la imposición de una pena.<sup>242</sup> Lo anterior implica la materialización del principio *nullum crimen sine culpa*, es decir, que a nadie se le puede atribuir un delito y por ende sus consecuencias, si no hay culpabilidad.
2. La segunda implica afirmar que “la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad”.<sup>243</sup> Así, de conformidad con Jescheck y Weigend,

del principio de culpabilidad se deduce, de un lado, que la pena presupone siempre la culpabilidad, de modo que quien actúa sin ella no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad (*determinación de la pena en el marco del límite superior de la culpabilidad*). La esencia de la culpabilidad no es vista, por ello, en un defecto del carácter adquirido por una mala y culpable conducción de la vida (“*culpabilidad por el modo de vida*”), sino en que el autor en la situación concreta no se ha avenido a las exigencias del derecho, a pesar de que ello habría sido posible (“culpabilidad por el hecho”).<sup>244</sup>

Por su parte García Ramírez sostiene que

en términos generales, la medida de la culpa es la medida de la pena; esto, en los términos de la ley misma, que inicia el proceso de individualización tomando en cuenta, para prever la pena, bajo qué forma de culpabilidad se cometió el delito; luego, el juzgador ejercerá su arbitrio para avanzar en ese proceso hasta decidir la sanción en el caso concreto.<sup>245</sup>

<sup>241</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal, parte general I y II, cit.*, p. 96.

<sup>242</sup> *Id.*, *Derecho penal, parte general, cit.*, p. 407.

<sup>243</sup> *Idem.*

<sup>244</sup> Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas, *Tratado de derecho penal, parte general, cit.*, pp. 24 y 25.

<sup>245</sup> García Ramírez, S., *Derecho penal, cit.*, p. 95.

Aterrizando las afirmaciones generales se afirma que si la tipificación de la conducta de la sustracción impacta en la conciencia que los padres deben tener de la antijuridicidad de su actuar, al dársele mayor publicidad y visibilidad, así como en la capacidad física y/o síquica para motivarse por la norma, entendemos que estamos ante el uso de una vía válida y efectiva para alcanzar un fin. Ahora bien, no estamos del todo convencidos con esta afirmación. No creemos que se pueda establecer un binomio, una relación causa-efecto, entre la tipificación de la conducta de sustracción en los distintos Códigos penales y una reducción en la comisión (o tentativa) de esta figura, derivado de la generación de una motivación en el actuar de los progenitores.

Para finalizar y a modo de introducir el apartado siguiente creemos oportuno reproducir una tesis aislada que concatena la culpabilidad con la imposición de una pena.

PENA. DEBE SER CONGRUENTE CON EL GRADO DE CULPABILIDAD DEL SENTENCIADO, LA CUAL DEBE ESTABLECERSE EN FORMA INTELIGIBLE Y PRECISA... el juez deberá de tomar en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución, las peculiares del delincuente, así como las referidas al hecho y a la víctima, para la individualización de la pena; si bien es cierto que la cuantificación de la pena corresponde exclusivamente al juzgador, que goza de plena autonomía para fijar el monto que a su amplio arbitrio estime justo dentro de las máximos y mínimos señalados en la ley; también lo es que ese arbitrio encuentra limitación en el acatamiento de las reglas normativas de la individualización de la pena. En este orden de ideas, se tiene que para alcanzar claridad la resolución del juzgador y hacer verificable que la individualización de la pena sea acorde con el grado de culpabilidad estimado, es menester que la nominación que se atribuya al grado de culpabilidad sea precisa, así, entre la mínima y la máxima pueden expresarse las graduaciones: “equidistante entre la mínima y la media”, “media” o “equidistante entre la media y la máxima”, o las intermedias entre los puntos mínimo, medio y máximo, en relación con las equidistantes entre éstos... De ahí que se deba establecer el grado de culpabilidad del sujeto activo en forma inteligible y precisa, pues imponer una pena que no corresponda al grado de culpabilidad resulta violatorio de garantías para el sentenciado.<sup>246</sup>

<sup>246</sup> Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito; amparos directos 1225/99, 3717/99, 3313/99, 3821/99 y 857/2000, por ejecutoria del 11 de septiembre de 2002, la Primera Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 29/2002-PS en que participó el presente criterio. Esta tesis contendió en la contradicción 79/2005-PS resuelta por la Primera Sala, de la que derivó la tesis 1a./J. 157/2005, que aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXIII, enero de 2006, p. 347, de rubro: INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. Debe ser congruente con el grado de culpabilidad atribuido

## 8. Punibilidad

Nos queremos avocar en este rubro al análisis de la segunda parte constitutiva de la estructura de la norma penal, o sea, la pena. Este rubro exige tener presente dos máximas: *nulla poena sine lege* y *nullum crimen sine poena*.

Es oportuno iniciar con una aproximación conceptual a la pena y en este sentido definirla como “el castigo consistente en la privación de un bien jurídico por la autoridad legalmente determinada a quien, tras el debido proceso, aparece como responsable de una infracción del derecho, y a causa de dicha infracción”.<sup>247</sup>

Para construir un puente entre los tres rubros anteriores y el actual debemos partir de señalar que “la acción antijurídica, típica y culpable para ser inculpinable ha de estar conminada con la amenaza de una pena, es decir, que ésta ha de ser la consecuencia de aquélla, legal y necesaria”.<sup>248</sup> En este sentido encontramos a García Ramírez, al sostener que “la punibilidad, elemento o consecuencia del delito, es la sancionabilidad legal penal del comportamiento típico, antijurídico, imputable y culpable”.<sup>249</sup>

Una primera nota que debe acompañar la imposición de la pena es que su justificación debe residir en la protección de un bien jurídico merecedor de dicha previsión punitiva. Así, las conminaciones penales no tienen que extenderse a todas las infracciones, sean éstas de la tipología que sean. Derivado de lo anterior, sostenemos que no todos los bienes jurídicos precisan de protección penal; es más,

para que la protección penal de un bien o interés pueda estimarse adecuada, el bien o interés de que se trate ha de ser digno de protección, susceptible de protección y, finalmente, ha de hallarse necesitado de protección. Pero, además, la protección penal no debe referirse a todos los ataques que pueda sufrir un bien jurídico, sino solamente a los *más graves* y *más intolerables*.<sup>250</sup>

al inculpado, pudiendo el juzgador acreditar dicho extremo a través de cualquier método que resulte idóneo para ello”.

<sup>247</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal, parte general, cit.*, p. 616.

<sup>248</sup> Carrancá y Trujillo, R. y Carrancá y Rivas, R., *Derecho penal mexicano. Parte general, cit.*, p. 424 B.

<sup>249</sup> García Ramírez, S., *Derecho penal, cit.*, p. 101.

<sup>250</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal parte general I y II*, p. 109.

[Así], el sentido que el derecho penal da a la pena es el de proteger bienes jurídicos, de tal manera que el derecho penal tiene el carácter delimitador del mínimo ético-social necesario para proteger a la sociedad. En la mayoría de las definiciones teóricas del derecho penal, se encuentra como objetivo del derecho penal la protección de la sociedad, de tal manera que quien detente la potestad punitiva debe usar la misma con el objetivo de emplearla para ese fin.<sup>251</sup>

En el rubro de tesis aisladas encontramos el siguiente pronunciamiento:

PENAS, SÓLO DEBEN ESTUDIARSE LOS FACTORES RELEVANTES PARA LA FIJACIÓN DE LAS... el órgano judicial sólo tiene el deber de citar aquellas circunstancias del agente o del hecho delictuoso que justifiquen el porqué de un menor o mayor reproche (culpabilidad), y la aplicación de la sanción correspondiente, razonando en cada caso el motivo de la agravación o de la atenuación del *quantum* de la pena a que se hubiera hecho acreedor el enjuiciado.<sup>252</sup>

Es en estos términos que podemos hilar el principio de necesidad de la pena, el cual se formula por Cobo del Rosal y Vives Antón, señalando que

se trata de un principio básico del derecho penal, o, si se quiere, de un criterio rector de la propia fijación de la pena. Si la naturaleza de ésta se concibe como un “mal”, como una privación de determinados derechos, parece obvio que sólo en la medida en que sea la pena imprescindible, es decir, necesaria, se formule y utilice.<sup>253</sup>

<sup>251</sup> González-Salas Campos, R., *La teoría del bien jurídico en el derecho penal*, México, Pereznieta Editores, 1995, p. 128.

<sup>252</sup> Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, amparos directos 1032/94, 202/2005, 217/2005, 158/2005 y 187/2005.

<sup>253</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, *Derecho penal parte general I y II, cit.*, p. 108. Como señalan Jescheck y Weigend: “la necesidad de pena presupone, sin embargo, el merecimiento de pena. Para este último el valor del bien jurídico protegido tiene importancia aunque no es lo único decisivo... sólo unos cuantos bienes jurídicos como la vida o la integridad corporal son protegidos con la amenaza penal frente a cualquier clase de ataque a causa de su especial y alto valor. Sin embargo, con carácter general, tal y como evidencia el ejemplo de la estafa, para el merecimiento de pena al valor del bien jurídico protegido debe añadirse la especial peligrosidad del ataque que es el que da lugar a una mayor necesidad de protección de la comunidad. En el modo y forma de ataque al objeto de la acción reside el injusto de acción del hecho. En algunos tipos penales debe añadirse un grado especial de *reprochabilidad de la actitud interna del autor*; que se expresa a través del desprecio a valores fundamentales de la convivencia social (desvalor de la actitud interna). El autor sólo merece en estos casos una grave reprobación moral por medio de la pena criminal, cuando su hecho se basa en una convicción jurídica en gran medida reprobable que se expresa a través del desprecio al bien jurídico afectado y a los intereses de la víctima”. Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas, *Tratado de derecho penal, parte general, cit.*, p. 55.

En este mismo tenor señala Fletcher: “sin el castigo y sin las instituciones designadas para medirlo y ejecutarlo no habría derecho penal”.<sup>254</sup> Derivado de esta afirmación sostenemos que la imposición de una pena es la característica más notable del derecho penal respecto del resto de ramas jurídicas.

Ahora, si bien en la imposición de la pena hay quien discute la utilidad de la pena privativa de libertad para determinadas conductas, cuando se trata de figuras delictivas que afectan a la vida o la integridad parece que tal debate se disipa. En este sentido Ferrajoli señala que

es posible, entonces, dar hoy, a una distancia de dos siglos, un nuevo salto de civilización: destronar la reclusión carcelaria de su rol de pena principal y paradigmática y, si no abolirla, al menos reducir drásticamente su duración y transformarla en sanción excepcional, limitada a las ofensas más graves contra los derechos fundamentales (como la vida, la integridad personal y similares), las únicas que justifican la privación de la libertad personal, que es también un derecho fundamental garantizado.<sup>255</sup>

Podemos mencionar la existencia de cinco finalidades que debe cumplir la imposición de una pena, a saber:

Una primera finalidad de expiación del delito, esto es, retributiva (*quia peccatum est*), consistente en la realización de la justicia por medio del castigo; propia de la ya superada teoría absoluta<sup>256</sup> en la cual se “reconoce al delincuente como un actor humano responsable, como alguien que merece el castigo por su delito”.<sup>257</sup> Una segunda finalidad, que algunos la engloban en un rubro general denominado de “protección social”,<sup>258</sup> sería la preven-

<sup>254</sup> Fletcher, G., *Conceptos básicos de derecho penal...*, cit., p. 49. Este autor sostiene que “es correcto decir, pues, que la institución del castigo ofrece la base de la que podemos esperar el nacimiento del derecho penal y de sus elementos característicos”.

<sup>255</sup> Ferrajoli, L., *Garantismo penal*, cit., p. 27. Como señala el autor, “es necesario reconocer, por otro lado, que la cárcel ha sido siempre, en sentido contrario a su modelo teórico y normativo, mucho más que la privación de un tiempo abstracto de libertad. Inevitablemente ella ha conservado múltiples elementos de aflicción corporal, manifestada en las formas de vida y de tratamiento, y diferenciadas de las penas corporales antiguas sólo en cuanto no se concentran en el tiempo, sino que se prolongan por toda la duración de la pena. Además, a la aflicción corporal la pena carcelaria agrega la aflicción psicológica: la soledad, el sometimiento disciplinario, la pérdida de sociabilidad y de afectividad, y por tanto de identidad, además de la aflicción específica ligada a la pretensión reeducativa y en general a cualquier tratamiento dirigida a doblegar y transformar al prisionero. De hecho, en consecuencia, la reclusión posee un contenido aflictivo que va mucho más allá de la privación de la libertad personal, resultando afectada la mayor parte de los otros derechos vitales de la persona”.

<sup>256</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal, parte general*, cit., p. 625.

<sup>257</sup> Fletcher, G., *Conceptos básicos de derecho penal*, cit., p. 63.

<sup>258</sup> *Ibidem*, p. 61.

ción general (*ut ne pecetur*), esto es, de evitar la comisión de nuevos delitos por parte de la generalidad de los ciudadanos; esto es, una finalidad que “se basa en la predicción de que el castigo de un delincuente influye en otros para que se abstengan de cometer el mismo delito”;<sup>259</sup> objetivo propio de las denominadas teorías relativas.<sup>260</sup> Una tercera finalidad, englobada igualmente en un rubro general de “protección social”,<sup>261</sup> consistiría en una prevención especial, es decir, evitar la comisión de nuevos delitos por parte del infractor;<sup>262</sup> en este sentido “el condenado se abstendrá de cometer delitos en el futuro una vez que salga en libertad”.<sup>263</sup> Una cuarta finalidad, englobada en el concepto de “protección social” consistiría en la rehabilitación del delincuente, la cual “implica que ha tenido éxito el tratamiento impuesto durante el tiempo en que estuvo preso; el condenado es curado del impulso que le llevó a cometer el delito”;<sup>264</sup> y una quinta y última finalidad es el aislamiento, esto es, “durante el tiempo que esté en la cárcel, el condenado no constituye una amenaza para la gente que vive fuera”.<sup>265</sup>

Si estamos convencidos de tipificar la sustracción, las finalidades de prevención/disuasión (general y especial), protección social y aislamiento deben ser buscadas en la imposición de la pena. Ahora bien, la imposición de penas privativas de libertad no cumplen su función cuando son excesivamente largas (readaptación social)<sup>266</sup> o excesivamente cortas (disuasión de la comisión de la conducta).<sup>267</sup> García Ramírez señala que

se ha impugnado la duración excesiva del encarcelamiento, que contradice sus fines recuperadores, aunque en determinados casos no parece haber alternati-

259 *Idem.*

260 Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal, parte general, cit.*, p. 625.

261 Fletcher, G., *Conceptos básicos de derecho penal, cit.*, p. 61.

262 Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal, parte general, cit.*, pp. 617 y 618.

263 Fletcher, G., *Conceptos básicos de derecho penal, cit.*, p. 61.

264 *Idem.*

265 *Idem.*

266 De parecida opinión encontramos a Jescheck y Weigend, quienes afirman que “la pena debe desarrollar para el autor mismo un efecto positivo, puesto que aquélla debe favorecer su socialización, o por lo menos, no debe obstaculizarla”, Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas, *Tratado de derecho penal, parte general, cit.*, p. 14.

267 En el rubro de las tesis aisladas encontramos: “PENA, LA PELIGROSIDAD Y EL CARÁCTER EJEMPLAR DE LA. Una sola actividad antijurídica puede denotar la extrema peligrosidad del autor, haciéndose acreedor a sanción severa... por lo que juzgador cumplió con la política criminal al otorgar a la pena, la doble finalidad: de ser alictiva (para el delincuente) y ejemplar (para éste y los demás) pretendiendo evitar en lo futuro la repetición de esta clase de atentados y, sobre todo, en la forma en que se consumó el examinado”, amparo directo 6610/59.

vas razonables. También se combate la duración muy reducida; en este rango, han sido objetadas las “penas breves privativas de la libertad”. Para sustituirlas existen diversos expedientes, entre ellos la condena condicional o suspensión condicional de la ejecución de la condena y, desde luego, los otros sustitutivos penales de inclusión reciente en la ley penal (pero con antecedentes importantes en la norma penitenciaria).<sup>268</sup>

En el segundo extremo se mueve la previsión de la pena privativa de libertad para el caso de la sustracción de menores de edad por sus propios padres; es decir, la pena diseñada en los códigos penales para esta conducta es ciertamente corta, quizá motivado por su calificación de “delito no grave”, lo que nos hace dudar del efecto preventivo/disuasorio (general y especial) de la misma. Por lo anterior nos preguntamos por el sentido de la imposición de una pena privativa de libertad corta al padre sustractor, por la comisión (o tentativa) de su conducta.<sup>269</sup> Por este conglomerado de afirmaciones dudamos de que el hecho de que la conducta de sustracción se presente en el Código Penal ayude a visualizar la condena con efectos preventivos y concientizadores; igualmente no entendemos que la imposición de una pena “simbólica” ayude con los efectos disuasorios o preventivos, ni generales ni especiales.

Ahora bien, si ya estamos en el escenario de que la conducta de sustracción aparece en los códigos penales, no cabe perder de vista el criterio de “proporcionalidad” de la pena, la denominada “justicia distributiva”, la cual de conformidad con Jeschek y Weigend, “significa en derecho penal que vulneraciones considerables del derecho no pueden ser bagatelizadas a través de atenuaciones arbitrarias ni tampoco dramatizadas con excesiva dureza, sino que el autor se le impone, “según se merezca”, una mengua de su libertad, patrimonio o prestigio, que haga reconocible de modo general el hecho antijurídico cometido y que impida su legitimación por la concien-

<sup>268</sup> García Ramírez, S., *Derecho penal, cit.*, pp. 126 y 127.

<sup>269</sup> Ferrajoli, L., *Garantismo penal, cit.*, p. 28. Este autor señala que “la cárcel es entonces una institución al mismo tiempo iliberal, desigual, atípica, al menos en parte, extralegal y extrajudicial, lesiva de la dignidad de la persona, penosa e inútilmente aflictiva. Nacida del proyecto iluminista de mitigación y de racionalización de las penas, ella no parece a su vez idónea —porque no es pertinente o porque es innecesaria— para satisfacer ninguna de las dos razones que justifican la sanción penal: no la prevención de los delitos, dado el carácter criminógeno de las cárceles destinadas desde siempre a funcionar como escuelas de delincuencia y de reclutamiento de la criminalidad; no la prevención de las venganzas privadas ni de las penas informales, satisfecha en las sociedades modernas por los medios de comunicación mucho más que por la expiación de la cárcel, por la publicidad del proceso y por el carácter simbólico y estigmatizante de las condenas”.

cia de la comunidad”.<sup>270</sup> Una proporcionalidad que parece no haber existido siempre alrededor de esta figura jurídica. En este sentido, como señalaba Quintano Ripollés en 1961 y en el contexto español, que

la dureza de la pena... son datos elocuentes para comprender cómo en el ánimo del legislador se tuvieron presentes, antes que nada, los clásicos robos de niños por gitanos o saltibanquis... esa histórica consideración, en la vida actual un tanto arcaica, es la que ha motivado en los ordenamientos más recientes la revisión de conceptos, separando las tipologías con arreglo a móviles o propósitos, desde la de máxima gravedad del rescate a la mínima de burlar una disposición judicial de custodia.<sup>271</sup>

En consonancia con la postura que venimos adoptando respecto a la necesaria reflexión de la tipificación de la sustracción, advertimos que las mismas finalidades que se pretenden con la imposición de una pena en esta conducta civil se alcanzan con el castigo a las conductas delictivas que las consecuencias e implicaciones de la sustracción desencadenan. Es decir, el efecto preventivo/disuasorio y de aislamiento que se persigue, a través de la imposición de una pena proporcional a la conducta de la sustracción, se consiguen con la imposición de penas a las conductas penales generadas como consecuencia de la conducta de sustracción; en otras palabras, nada nuevo ni mejor añadimos a la tipificación de la conducta de sustracción cuando lo que habría que perseguir, en su caso, son las conductas delictivas derivadas de ella, que resultan ya viejas conocidas para la rama jurídica del derecho penal.

Así, si se visualizara mejor la problemática de la conducta de sustraer a un menor, se consiguiera una mayor concientización social y jurídica, se lograra disuadir la comisión de estas conductas, fuera un incentivo para el retorno voluntario del NNA o su activación fuera un consejo de las autoridades en cualquier circunstancia, animaríamos a su existencia en la esfera penal; ahora bien, como no tenemos tan claro que estos objetivos se consigan en todos los casos es por lo que nos replanteamos su incursión en un derecho de última llamada e intervención mínima, esto es, el derecho penal.

<sup>270</sup> Jeschek, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas, *Tratado de derecho penal, parte general*, cit., p. 3. Este autor señala que “la pena es la respuesta a una considerable infracción jurídica a través de la imposición de un mal adecuado a la gravedad del injusto y de la culpabilidad del autor, que expresa una desaprobación pública del hecho y que, por ello, supone una confirmación del derecho”, p. 14.

<sup>271</sup> Quintano Ripollés, A., “La relativa sustantividad del delito de sustracción de menores”, cit., p. 12.

Es en este contexto que nos preguntamos si ¿no estaremos ante una inflación del catálogo de delitos?, o ante una muestra “de política criminal alocada y de cara a la galería”,<sup>272</sup> teniendo en cuenta que los casos de sustracción de un menor, con la consiguiente aplicación de los mecanismos de localización y retorno, “solivianta a la opinión pública, enfrenta a los Estados y tensiona en exceso los instrumentos jurídicos relativos a los secuestros de menores”.<sup>273</sup>

Analizado ahora el panorama que presentan los códigos penales de la república mexicana, la sustracción de un menor por sus padres lleva aparejada una pena, la cual sin ser idéntica representa la amenaza de ser consumada en caso de realizar dicha conducta. En este caso se contempla penas privativas de libertad, días multa y el eventual *plus* de la reparación de daños y perjuicios.

Haciendo un sencillo y rápido recuento de la punibilidad establecida en las distintas entidades federativas y del Distrito Federal encontramos:

a) Penas tabuladas cuando la sustracción se comete por una persona con la que no existe vínculo de parentesco: Aguascalientes de cuatro a diez años de prisión, multa de diez a 60 días y la reparación de daños y perjuicios ocasionados; Baja California de cuatro a diez años de prisión; Baja California Sur de dos a seis años de prisión; Campeche de cinco a 40 años de prisión y multa de 50 a 500 veces el salario mínimo diario vigente en el estado en el momento de cometerse el delito; Chiapas de uno a cinco años y multa de 100 a 500 días; Chihuahua de uno a cinco años de prisión y 100 a 500 días multa; Distrito Federal de uno a cinco años de prisión y multa de 100 a 500 días; Guerrero de dos a seis años de prisión y multa de 20 a 60 días; Hidalgo de cinco a diez años de prisión y multa de 25 a 100 días; Jalisco de dos a seis años de prisión; Morelos de uno a cinco años de prisión; Nayarit de dos a ocho años de prisión y 10 a 60 días multa; Querétaro de dos a seis años y de 20 a 60 días multa; Quintana Roo de cuatro a ocho años de prisión; Sinaloa de tres a seis años de prisión y multa de 50 a 200 días; Sonora de tres a nueve años; Tabasco de uno a cinco años de prisión; Tlaxcala de cinco a 30 años de prisión y multa de 50 a 1,000 días; Yucatán de uno a ocho años de prisión y multa de 20 a 160 días, y Zacatecas de cinco a 20 años de prisión y cinco a 50 cuotas de multa.

b) Penas tabuladas cuando la sustracción se comete por una persona con la que sí existe vínculo de parentesco: Aguascalientes de dos a cuatro años

<sup>272</sup> Queralt Jiménez, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 354.

<sup>273</sup> González Beilfuss, C., “El traslado lícito de menores: las denominadas *relocation disputes*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, España, Marcial Pons, vol. LXII, 2010, p. 58.

de prisión y multa de cinco a 40 días más reparación de daños y perjuicios ocasionados; Baja California de uno a tres años si es un familiar y si es el padre o madre es de uno a tres años de prisión y de 100 a 500 salarios con la posibilidad de perder los derechos derivados de la patria potestad; Baja California Sur de tres meses a dos años y multa por 100 días de salario pero si ejerce la patria potestad —pero no la custodia— será de tres días a un año de prisión y multa de 50 a 200 días de salario; Campeche, la pena privativa de libertad de uno a nueve años; Coahuila, de uno a cuatro años y multa sin especificar; Colima, de uno a seis años de prisión y multa de hasta por 70 unidades; Chiapas, medio año a dos años y medio de prisión y multa de 50 a 250 días; Chihuahua, de uno a cinco años de prisión y multa de 100 a 500 días más la suspensión de los derechos; el Distrito Federal establece uno a cinco años y multa de 100 a 500 días; Durango, de dos a cinco años y multa de diez a 30 días; Guerrero, de uno a tres años; Hidalgo, de uno a tres años y multa de cinco a 40 días pero si tiene la patria potestad, pero no la custodia, será de tres meses a un año y multa de cinco a 25 días; Jalisco fija seis meses a dos años de prisión; el Estado de México, de uno a cinco años de prisión y multa de 40 a 125 días; Michoacán, de uno a seis años y multa de 100 a 500 y se aumenta en un tercio si es menor de doce años y si se emplea violencia; Morelos, de medio año a dos años y medio; Nayarit, de uno a seis años de prisión y multa de cinco a 30 días; Nuevo León, de dos a cinco años de prisión y multa de diez a 30 cuotas; Oaxaca contempla la pena privativa de libertad de uno a cinco años y multa de 50 a 500 días de salario; Puebla, de dos a cinco años de prisión y multa de 100 a 1,000 días de salario; Querétaro, de uno a cuatro años de prisión; Quintana Roo, de dos a seis años de prisión, igualmente se prevé esta pena si se pretende un cambio de residencia habitual dentro o fuera del país; Sinaloa marca de uno a tres años de prisión; Sonora de año y medio a cuatro años; Tabasco de uno a tres años de prisión y de 50 a 300 días de multa; Tamaulipas, de seis meses a tres años de prisión y de 15 a 50 días de multa; Tlaxcala, de uno a seis años y de cinco a 40 días de multa; Veracruz, de dos a seis años y de 100 a 300 días multa; Yucatán, de un mes a seis años y multa de 10 a 60 días, en tanto que Zacatecas señala de uno a seis años y multa de cinco a 25 cuotas.<sup>274</sup>

<sup>274</sup> García Ramírez, S., *Derecho penal, cit.*, p. 146. Por lo que hace a la pena de multa, señala que “constituye una de las sanciones más frecuentes previstas y aplicadas. *Se estima adecuada sobre todo en caso de delitos patrimoniales*” (cursivas añadidas). En este orden de ideas menciona que “por medio de la multa se requiere oponer al afán de lucro ilícito (impulso delictivo), el quebranto patrimonial (contraimpulso) que disuada o al menos sancione racionalmente. Sin embargo, el régimen de la multa tropieza con la insolvencia del penado”.

c) Reducción de la pena cuando se devuelve espontáneamente al niño o al adolescente: Baja California prevé que si se devuelve espontáneamente en un plazo no superior a cinco días se reducirá en un tercio la sanción tanto para el supuesto de que sea un familiar o sea un padre o madre; Baja California Sur prevé que si se devuelve espontáneamente antes de ejercerse la acción penal y bajo la promesa de no reincidir, no se aplicará pena; Campeche requiere que se devuelva espontáneamente antes de tres días y sin perjuicio alguno para el niño o el adolescente por lo cual se establecerá la sanción de prevista para la privación ilegal de la libertad prevista en el artículo 329; en Coahuila se prevé que la devolución del niño o del adolescente en un plazo no superior a tres días y sin que se haya causado perjuicio se impondrá una pena de seis meses a uno año y multa sin especificar; en Colima se establece que la devolución espontánea antes de tres días acarrea una pena de prisión de tres días a un año y multa de hasta por 10 unidades; en Chiapas la devolución espontánea antes de las 24 horas lleva aparejada una reducción de un tercio de la pena prevista; en el Distrito Federal la devolución espontáneamente dentro de las 24 horas supone la reducción de la pena en un tercio; en Guerrero la devolución espontánea dentro de los tres primeros días conlleva una reducción de hasta una mitad de la pena prevista; en Hidalgo la devolución espontánea dentro de los tres primeros días no conlleva pena si ésta es la primera vez que se ha cometido; en Jalisco la devolución espontánea del niño o del adolescente antes de formuladas las conclusiones y sin causar daños conlleva una sanción de tres meses a un año; en Morelos la devolución espontánea dentro de los tres primeros días conlleva una reducción de una tercera parte, pudiéndose prescindir de sanción; en Nayarit la devolución espontánea dentro de los tres primeros días y sin haber causado un perjuicio conlleva una sanción de prisión de un mes a un año; en Puebla la devolución espontánea antes de dictar sentencia conlleva una sanción de un año y multa de 100 a 500 días; en Querétaro la devolución espontánea del niño o del adolescente dentro de los tres primeros días puede llevar a la reducción de hasta la mitad de la pena prevista; en Quintana Roo la devolución espontánea dentro de los cinco primeros días puede reducir la pena hasta en un tercio; en Sinaloa la devolución espontánea dentro de los seis primeros días puede reducir la pena hasta en un tercio; en Sonora cuando se devuelva dentro de los tres días siguientes a la consumación de cualquiera de los delitos previstos por este capítulo, no se aplicará pena alguna, siempre que sea la primera vez, excepto cuando se trate de la hipótesis prevista por el artículo 301-E; en Tabasco la devolución espontánea dentro de los tres primeros días puede conllevar una reducción de hasta un tercio; en Tlaxcala la devolución espontánea dentro de los tres primeros días y sin causar perjuicio acarrea

una pena de entre seis meses a dos años y multa de hasta diez días; en Veracruz la devolución espontánea dentro de los siete primeros días conlleva una reducción de hasta un tercio de la pena prevista; en Yucatán la devolución espontánea del niño o adolescente sustraído dentro de los tres primeros días y sin causar perjuicio conlleva una pena de un mes a un año de prisión, pero si se ha llevado a cabo antes de la vista pública una reducción de hasta un tercio de la pena y en Zacatecas la devolución espontánea dentro de los tres primeros días y sin causar perjuicio puede conllevar una pena de seis meses a dos años.

d) Con la previsión de alguna otra exigente encontramos los códigos penales de: Durango y Nuevo León donde se habla de eximentes por ebriedad, toxicomanía, golpes, falta de ministración de alimentos, o maltrato infantil; en Nayarit se habla de que la sustracción esté justificada por una conducta que perjudique la salud física o moral del niño o adolescente sustraído; en Puebla se prevé reducir hasta una mitad cuando se tenga la intención de incorporarlo al núcleo familiar.

e) Con la previsión de aumento en la imposición de la pena en los códigos penales, encontramos que Chiapas prevé aumentar al doble la pena prevista si existe corrupción, lo cual parece estar pensando en la conversión de la figura de restitución a la de tráfico o trata de personas, lo mismo encontramos en el Distrito Federal; en Guerrero se prevé que sea menor de siete años y obtenga un beneficio económico, para aumentar la pena de tres a seis años y multa de 200 a 500 días y si es familiar de cuatro a ocho años, multa de 300 a 600 días y la posible pérdida de patria potestad, guarda, custodia o visita; en Jalisco se prevé el aumento de la pena si el menor es de 14 años y se persigue un beneficio económico, lo cual acarrea una pena de dos a ocho años de prisión y una multa de 20 a 100 días de multa, pero si es un directivo se prevé su destitución e inhabilitación; estimamos que cuando intercede la intención de lucro estamos ante una figura distinta de la sustracción de menores; en Chihuahua se prevé el aumento de hasta una mitad de las penas si la persona es menor de 12 años y se sustrae por una persona con la que no guarda relación de parentesco, de igual pronunciamiento encontramos al Distrito Federal; en Michoacán se prevé el aumento de hasta un tercio de la pena si la persona es menor de 12 años y se emplea violencia.

Un recuento que nos muestra una relatividad de soluciones *ad intra* que resulta en todo punto indeseable por generar una inseguridad jurídica y una elección de penas a la carta (*forum shopping*) para el padre sustractor.

### III. BIEN JURÍDICO TUTELADO

En líneas anteriores hemos dejado asentado que la entrada del derecho penal y su impacto punitivo se justifica en función del bien jurídico protegido en cada figura jurídica. Así, dependiendo del bien jurídico tutelado determinaremos la necesidad o no de la entrada del derecho penal así como de las consecuencias e implicaciones sancionadoras que de ello se deriva.

Iniciamos nuevamente con afirmaciones genéricas para posteriormente contextualizarlas en la figura de la sustracción internacional.

Así las cosas, señalamos como primera idea que “la definición del bien jurídico tutelado es uno de los puntos más debatidos en la dogmática jurídico-penal y en donde menos acuerdos existen”.<sup>275</sup> Por lo que se refiere a la concreción del bien jurídico protegido, en la figura de la sustracción no debería presentarse una excepción a la regla manifestada.

En un primer acercamiento podemos definir el bien jurídico como “todo valor de la vida humana protegido por el derecho”,<sup>276</sup> “dentro de límites estrechos y con medios específicos”,<sup>277</sup> así,

los bienes jurídicos son intereses de la comunidad cuya protección garantiza el derecho penal. La protección a través del derecho penal significa que mediante las normas jurídicas son prohibidas, bajo amenaza de una pena, aquellas acciones que son idóneas para menoscabar estos intereses de un modo especialmente peligroso.<sup>278</sup>

De esa forma, la individualización del bien jurídico adquiere destacada importancia, por ejemplo, para proporcionar una perfecta guía en la ubicación de quiénes son sujetos activos y pasivos.<sup>279</sup>

Por lo cual, se afirma que son tres las funciones que debe cumplir el bien jurídico. Una primera función, la exegética, consistiría en llevar a cabo una interpretación de las figuras contenidas en los preceptos de los códigos penales; en este sentido la doctrina señala que “el criterio valorativo determinante de la esencia de la infracción se halla representado, sin lugar a dudas,

<sup>275</sup> Díaz Aranda, E., *Derecho penal, parte general (conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social)*, cit., p. 75.

<sup>276</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal, parte general*, cit., p. 249.

<sup>277</sup> Contreras López, R. E., *La tutela penal de bienes jurídicos*, cit., p. 69.

<sup>278</sup> Jeschek, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas, *Tratado de derecho penal, parte general*, cit., p. 275.

<sup>279</sup> Cobo del Rosal, M., “Consideraciones técnico-jurídicas sobre la «sustracción de menores»”, cit., pp. 210 y 211.

por el bien jurídico”.<sup>280</sup> Una segunda función, la sistemática, para la cual el bien jurídico desempeña a su vez dos asignaciones: a) como fundamento de la infracción, desde que el delito se percibe como la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico concreto, individualizado; b) como criterio adecuado para clasificar las diferentes especies de infracciones. Así, se afirma que “el bien jurídico aparece como el fundamento básico de la estructura abstracta de la infracción y, a la vez, como criterio ordenador del conjunto de las infracciones particulares contenidas en la parte especial”.<sup>281</sup> Una tercera función, de garantía, la cual “cobra sentido solamente si se afirma que, consistiendo el delito esencialmente en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, el poder punitivo del Estado queda sometido a determinados límites: el legislador no puede castigar cualesquiera conductas, sino solamente aquellas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos”.<sup>282</sup>

<sup>280</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal parte general I y II*, p. 337. De conformidad con Jeschek y Weigend, el concepto de bien jurídico tiene que cumplir en derecho penal distintas funciones: a) los tipos delictivos están orientados hacia uno o varios bienes jurídicos. La cuestión de si existen disposiciones penales sin relación alguna con un bien jurídico y de si aquéllas serían admisibles desde una perspectiva liberal es negada mayoritariamente. Sin embargo, en delitos como la provocación al escándalo público, maltrato de animales, afrentas a confesiones religiosas, ofensas a la memoria de los fallecidos o las ‘mentiras sobre Auschwitz’ los bienes protegidos tienen su raíz exclusiva en las convicciones valorativas de la sociedad. Desde luego que éstas también pueden definirse como bienes jurídicos pero su fundamento punitivo no se aloja en que el hecho sea socialmente dañoso, sino en el mantenimiento de determinadas convicciones de la moral social que, como tales, deben ser protegidas a través de la sanción penal. Pero, con carácter general, el bien jurídico es el concepto central del tipo de acuerdo con el cual son determinados todos los elementos objetivos y subjetivos, y con ello, simultáneamente, viene a ser un importante medio de ayuda a la interpretación... b) además de pieza básica en la estructura del tipo, el bien jurídico constituye un punto de vista decisivo para la clasificación de los distintos grupos de tipos penales... y más allá de este aspecto la ordenación global de las disposiciones penales en la parte especial (orden legal) sigue la idea básica de que, a través de la agrupación y clasificación de los bienes jurídicos, debe ser alcanzado un orden jerárquico de los valores protegidos... c) hay bienes jurídicos del individuo (bienes jurídicos individuales) (por ejemplo, la vida, libertad y propiedad) dentro de los cuales forman un subgrupo aquellos que poseen un contenido eminentemente personal (así, integridad corporal, honor), así como bienes de la colectividad (bienes jurídicos universales) (v. gr., la protección de secretos de Estado, la seguridad de la circulación vial, la autenticidad del dinero). La distinción es determinante, por ejemplo, para la admisibilidad de la legítima defensa al igual que para la posibilidad de que el sujeto afectado de una forma inmediata por el hecho, pueda consentir eficazmente en la lesión del bien jurídico. Asimismo el bien jurídico tiene relevancia para el concepto de la acción continuada y para la determinación del ‘ofendido’ en el sentido de las disposiciones del derecho procesal penal que depende de quién sea el titular del bien jurídico protegido”, *Tratado de derecho penal, parte general, cit.*, pp. 276 y 277.

<sup>281</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal, parte general, cit.*, p. 251; *id.*, *Derecho penal parte general I y II, cit.*, p. 337.

<sup>282</sup> *Ibidem*, pp. 252 y 341.

Los rasgos característicos señalados sobre el concepto de bien jurídico protegido podemos resumirlos en los siguientes puntos: en primer lugar “el bien jurídico tutelado tiene un fundamento sociológico, lo cual implica su determinación conforme a cada sociedad en un momento y lugar determinado, cuyo fin es posibilitar a sus integrantes su desarrollo y realización personal dentro del sistema social”.<sup>283</sup> Como segunda nota destacamos la universalidad de determinados bienes como “jurídicamente tutelados”; dejamos atrás un enfoque puramente estatal, territorialista y hermético, y en este sentido se afirma que “existen bienes cuya valía es reconocida por todas las sociedades a lo largo de la historia, como son: la vida, la integridad física, el patrimonio, la libertad, y otros más”.<sup>284</sup> Como una tercera característica de los bienes jurídicos señalamos que tienen un carácter volátil, dinámico, desde que “puede variar su concepto tanto en el espacio como en el tiempo”.<sup>285</sup> Una cuarta nota que encontramos es el carácter abstracto de este bien jurídico puesto que “su valor se incorpora no sólo en objetos materiales, sino también puede consistir en un valor o cualidad sumamente valiosa para la sociedad”.<sup>286</sup> En apoyo a esta idea, Jescheck y Weigend señalan que “los bienes jurídicos no deben comprenderse como objetos accesibles a la percepción del sentido, sino que son valores espirituales del orden social sobre los que descansa la seguridad, el bienestar y la dignidad de la existencia de la comunidad”.<sup>287</sup> Como quinta y última nota cabe diferenciar los bienes jurídicos individuales (vida, libertad, salud, propiedad) de los bienes jurídicos universales o colectivos (seguridad del Estado, administración de justicia, orden económico, seguridad del tráfico).<sup>288</sup>

Derivado de lo anterior afirmamos la necesidad de imponer un límite material, representado por parámetros mínimos y máximos, al *ius puniendi*,

<sup>283</sup> Díaz Aranda, E., *Derecho penal, parte general (conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social)*, cit., p. 78.

<sup>284</sup> *Idem*.

<sup>285</sup> *Ibidem*, p. 79. Asimismo señala que “con el tiempo la sociedad puede llegar a despreciar el valor de un bien antes considerados como fundamental, haciendo necesario el retiro de la protección penal”.

<sup>286</sup> *Idem*. En este sentido, Jescheck y Weigend señalan que “el bien jurídico debe entenderse como un valor abstracto del orden social protegido jurídicamente, en cuya defensa está interesada la comunidad y cuya titularidad puede corresponder a un individuo o a la colectividad. La doctrina más moderna, con razón, pone de relieve que los bienes jurídicos no deben ser comprendidos como bienes materiales, sino que se trata de las relaciones de las personas con los intereses reales”, *Tratado de derecho penal, parte general*, cit., p. 275.

<sup>287</sup> Jescheck y Weigend, *Tratado de derecho penal, parte general*, cit., pp. 277 y 278.

<sup>288</sup> González-Salas Campos, R., *La teoría del bien jurídico en el derecho penal*, cit., pp. 128 y 129.

esto es, se trata de limitar al legislador a la hora de diseñar la imposición de las sanciones penales a conductas realizadas. Es por ello que el legislador no debe sancionar comportamientos que no sean lesivos de bienes jurídicos relevantes, y menos aún si no los pone en peligro. Para determinar qué comportamientos son meritorios de una sanción y cuáles no, el derecho penal ofrece tres variables: a) el valor del bien jurídico protegido; b) la peligrosidad del ataque y, c) reprochabilidad de la actitud interna del autor.<sup>289</sup>

Por lo que se refiere a la primera variable afirmamos que debemos identificar los bienes jurídicos que merecen protección penal. Así, la parte más complicada radica en tomar la decisión de qué bienes jurídicos ameritan protección jurídica penal. Decisión que debe venir acompañada de una amplia y aclaratoria justificación (social, cultural, social, jurídica). En este sentido se afirma que “sólo explicando el contenido material del bien jurídico se podrá encontrar un verdadero límite material al *ius puniendi*, límite que estará sujeto a la explicación de los criterios de selección que se hayan tenido para la formulación del bien jurídico, y no a la mera enunciación del mismo”.<sup>290</sup> De esta forma se trata, en primer término, de discernir cuándo estamos en presencia de un bien jurídico que interesa al derecho penal proteger, y elevarlos por ello a la categoría de bien jurídico penal, y cuándo no.

Traspasado a la sustracción, nos preguntamos por el bien jurídico que se ve quebrantado por la acción de los padres al sustraer a un NNA del Estado de su residencia habitual. De tener identificado el bien jurídico es que debemos buscar los criterios que justifican su nominación. En esta concreta categoría jurídica entendemos que la vulneración radica en el derecho del menor a convivir con ambos progenitores a pesar de que éstos vivan separados. Este bien jurídico se perfila igualmente para llenar de sentido y contenido al “interés superior del menor”, siguiendo lo establecido en el artículo 9.3 del Convenio sobre los Derechos del Niño. Volvemos a retomar aquí el principio de intervención mínima del derecho penal afirmando que

la intervención penal en todo Estado de derecho sólo se legitima en tanto proteja a la sociedad y a sus miembros. Pierde completamente su justificación y, por tanto, su legitimidad si su intervención se demuestra inútil, por ser incapaz de servir para evitar delitos... Ya que si no existe un bien jurídico digno de protegerse, el resultado fatal será la utilización de un derecho penal deslegitimado por su inutilidad.<sup>291</sup>

289 Jeschek y Weigend, *Tratado de derecho penal, parte general*, cit., p. 55.

290 González-Salas Campos, R., *La teoría del bien jurídico en el derecho penal*, cit., p. 74.

291 *Ibidem*, p. 75.

Así, el derecho penal, y por su conducto la intervención punitiva del Estado, legitima su intervención únicamente cuando se trata de proteger bienes jurídicos de considerable trascendencia y calado social.<sup>292</sup> En este sentido Ferrajoli señala que

serían despenalizados, además de los innumerables delitos bagatelares, todas las contravenciones y todos los hechos castigados con penas pecuniarias, salvo que se considere, por su gravedad —pensamos en las violaciones en el ámbito de la seguridad del trabajo o del medio ambiente— necesario castigarlos más seriamente como delitos de peligro.<sup>293</sup>

En esta primera variable queremos abordar el interrogante que consiste en descifrar si la Constitución es la única fuente de valores que configuran los bienes jurídicos, esto es, si ella es el único punto de partida a la hora de delimitar y definir los bienes jurídicos. Así, queremos saber si aquellos valores que no aparecen en la Constitución podrían contar con sustentación jurídica o no a efecto de configurar el bien jurídico protegido.<sup>294</sup> En este sentido, en el contexto mexicano se afirma que “el legislador podrá darle protección jurídico-penal o no a los bienes jurídicos que considere conveniente, independientemente de si están o no previstos en la Constitución”.<sup>295</sup> Así, se sostiene que

<sup>292</sup> *Ibidem*, p. 104.

<sup>293</sup> Ferrajoli, L., *Garantismo penal...*, cit., p. 26.

<sup>294</sup> González-Salas Campos, R., *La teoría del bien jurídico en el derecho penal*, cit., pp. 41 y 42. Este autor sostiene que “se ha aducido en consecuencia la existencia de un catálogo de bienes jurídicos de tutela penal que se debe obtener a partir de los bienes que la Constitución reconoce: esto es, a partir de los valores e intereses reconocidos por ella, bienes que se denominan constitucionales y que llegan a establecer una jerarquía en cuanto al valor que se les da. Sin embargo, es claro que esta ponderación de valores o intereses no queda resuelta expresamente por la Constitución... hay quienes consideran que el orden penal de bienes jurídicos sí está fijado en la Constitución, pero a grandes rasgos y no en forma particular. Según esta posición, el orden penal de bienes jurídicos es un orden tutelar independiente que no debe mantenerse en forma casuística en el marco de la Constitución”.

<sup>295</sup> *Ibidem*, pp. 44, 46 y 47. González Campos señala que “se insiste en la negativa de considerar que la Constitución sea el único instrumento con el cual se pueda establecer la democratización de la intervención punitiva del Estado, pues eso equivaldría a concebir el derecho penal bajo una base totalmente formal y piramidal en que la participación ciudadana no tendría lugar. En este sentido, quienes son partidarios de negar que la Constitución sea la plataforma a partir de la cual se logra encontrar el contenido material del bien jurídico, parten de que el concepto material del bien jurídico rompe el esquema piramidal formal de la Constitución, de tal manera que es la participación de los miembros de la sociedad quienes deben dar el contenido material a los bienes jurídicos. Se señala así que la Constitución, si bien es un marco de referencia fundamental del sistema, no puede, sin embargo, cerrar el sistema pues ello contravendría las bases mismas democráticas del Estado... es frecuente encontrar

en el caso concreto de la Constitución mexicana, creo que en la Constitución —al tener la función de ser norma jurídica y no solamente política, consistente en ser ésta protectora de instituciones políticas del Estado— resulta que el legislador sí se ve obligado a proteger penalmente bienes jurídicos superiores a los que expresamente la Constitución lo obliga, pues de lo contrario no sería congruente con la norma jurídica. Ahora bien, no obstante lo anterior, es también de tomarse en cuenta que no se debe proteger penalmente todos los bienes jurídicos contra cualquier ataque, sino, como lo establece el carácter fragmentario del derecho penal, solamente los más peligrosos podrán ser sancionados penalmente.<sup>296</sup>

Siguiendo de cerca estas afirmaciones entendemos que la Constitución representa el mínimo, que no el máximo, a la hora de reconocer los valores que se transforman en bienes jurídicos tutelados por el derecho. Un punto de partida que debemos tener presente a la hora de configurar el bien jurídico tutelado en la sustracción de un menor desde que dicha figura aparece en los cuerpos normativos penales.

Como segunda variable se trata de justificar la entrada del derecho penal, y su elemento punitivo, por la peligrosidad del ataque que la conducta representa. En este punto podemos preguntarnos dónde radica la peligrosidad en la conducta de un padre que se lleva a un NNA del Estado que configura su residencia habitual (Estado de origen) a otro Estado (de destino o refugio). Entendemos que no existe peligrosidad en el traslado y posterior retención del menor desde que se realiza con la finalidad de vulnerar derechos de guarda/custodia o visita/contacto/convivencia asignados o por asignarse o acordados. Si hubiera peligrosidad en la conducta del padre, por peligro de exponerlo a una explotación sexual, laboral<sup>297</sup> o remoción de órganos, estaríamos en presencia de otra figura delictiva: el tráfico o la trata; si hubiera

también en muchas legislaciones la protección de valores o intereses colectivos, tipificando conductas sin que éstas lesionen bien jurídico alguno, constituyéndose en auténticos delitos de mera desobediencia, todo en atención al modelo social que se requiera para afrontar determinada problemática, lo que conduce a que más que bienes jurídicos o valores constitucionales, se protegen modelos económicos o sociales, o instituciones del poder público o simplemente el funcionamiento de las instituciones políticas”.

<sup>296</sup> *Ibidem*, pp. 44 y 45.

<sup>297</sup> En el rubro de las tesis aisladas encontramos el siguiente pronunciamiento: “MENORES TRABAJADORES, INTERVENCIÓN OBLIGATORIA DE LA PROCURADURÍA DE LA DEFENSA DEL TRABAJO EN LOS JUICIOS EN QUE SEAN PARTE LOS. Conforme a lo dispuesto por el artículo 691 de la Ley Federal del Trabajo, en los casos en que un menor de dieciséis años comparezca en el juicio laboral como actor sin asesoría alguna, la Junta de Conciliación y Arbitraje deberá solicitar la intervención de la Procuraduría de la Defensa del Trabajo para que designe un representante al menor, ya que de no hacerlo se configura una violación al procedimiento laboral que lo deja en estado de indefensión, por no contar con la aptitud necesaria para hacer valer

un peligro de lesiones sería ésta la conducta que tendríamos que castigar; si hubiera un peligro de maltrato infantil sería esta figura la que tendríamos que sancionar y así, sucesivamente. Es por ello que en este concreto punto entendemos que no existe peligrosidad respecto de la persona del menor en la conducta que lleva a cabo el padre sustractor.

En tercero y último lugar aparece la variable que consiste en la reprochabilidad de la actitud interna del autor. En esta actitud interna podemos encontrar muchos y muy variados elementos reprochables que pueden llevar a uno de los padres a trasladar y retener a un menor con la consiguiente vulneración de derechos civiles/familiares que el padre sustraído tiene asignados; mencionamos, por ejemplo, como objetivo pasar menos pensión alimenticia, el dañar psicológicamente, el presionar con fines personales, sentimentales, afectivos, de reconstrucción de su vida personal-afectiva, etcétera. Tampoco cabe desconocer que, en algunos casos, existe la posibilidad de que la sustracción del menor sea para huir del otro progenitor maltratador, alcohólico, drogadicto o con problemas psicológicos que hagan difícil o imposible la convivencia familiar armónica.

Contextualizando el bien jurídico en la figura de la sustracción, la primera nota que queremos asentar es que no hemos encontrado unanimidad doctrinal ni normativa en su determinación y señalamiento. Es por ello que nos atrevemos a mencionar enunciativa y críticamente las posibilidades que se ofrecen a la fecha. En este sentido se reconoce la dificultad que encierra la determinación del bien jurídico al señalar que “la determinación del bien jurídico protegido en la presente figura legal de delito es controvertida. La doctrina ha discrepado con profusión en la precisa delimitación del objeto de tutela”.<sup>298</sup> Apoyando la difícil tarea que se emprende a la hora de definir y delimitar el bien jurídico tutelado, igualmente afirma que “descifrar cuál sea el bien jurídico aquí protegido nos lleva a una nebulosa amalgama de derechos e intereses que, atendidas las penas en liza, se presenta como una ligereza más del legislador”.<sup>299</sup>

Partiendo de estas afirmaciones observamos que son varias las posturas que podemos mantener a la hora de intentar diseñar el bien jurídico tutelado; ahora bien, antes de entrar en ello queremos puntualizar que para comprender en toda su extensión las posturas que se exponen es necesario

sus derechos. Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito, amparo directo 1667/85.

<sup>298</sup> Carmona Salgado, C. *et al.*, *Manual de derecho penal (parte especial), delitos contra las personas; la libertad sexual; el honor; el estado civil; la libertad y la seguridad, y los derechos laborales*, cit., p. 458.

<sup>299</sup> Queralt Jiménez, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 354.

partir de que el bien jurídico protegido que nos ofrecen los penalistas debe contextualizarse dependiendo de la situación histórica de la legislación penal, la cual tienda a su tipificación o destipificación.<sup>300</sup> Quizá sea aquí donde encontremos la justificación a esa falta de acuerdo en el señalamiento del bien jurídico protegido. Así, partimos de observar que los bienes se configuran en una época concreta y en un contexto específico (social, político, económico), de la que los operadores legislativos extraen la necesidad de tutela y tipificación penal. Ahora bien, como se afirma “ello no resulta fácil cuando aceptamos que la situación político-social es el marco ineludible de la caracterización del sistema penal”.<sup>301</sup>

Derivado de lo anterior, las posturas que se pueden adoptar a la hora de dibujar el bien jurídico tutelado podrían ser: a) que el bien jurídico protegido en la sustracción radique en la libertad motriz del niño o adolescente; b) en la libertad en el ejercicio de un derecho determinado y decretado; c) en la seguridad del niño o adolescente; d) en el orden familiar, y e) en el orden colectivo. Igualmente, como ya hemos advertido, se puede determinar que el bien jurídico es único o por el contrario que estamos ante un delito “pluriofensivo” que amerita el diseño y la contemplación de varios bienes jurídicos.

Antes de abordar cada uno de los rubros mencionados queremos señalar que en la determinación del bien jurídico protegido uno de los parámetros que se pueden tomar en consideración es la ubicación que la figura jurídica tiene en los códigos penales. En el contexto mexicano, y regresando a una peculiar “esquizofrenia jurídica”, esta figura no tiene una ubicación uniforme y unívoca al interior de la república mexicana desde que aparece en distintos rubros que, por supuesto, dificultan la delimitación y concreción del bien jurídico tutelado:

A) Delitos contra la familia o el orden familiar: Aguascalientes: capítulo tercero: “Tipos penales protectores de la familia”; Baja California: título primero: “Delitos contra el orden de la familia”; Baja California Sur: título décimo: “Delitos contra la familia”; Campeche: “Privación ilegal de la

<sup>300</sup> Contreras López, R. E., *La tutela penal de bienes jurídicos*, cit., p. 70.

<sup>301</sup> *Ibidem*, pp. 71, 75 y 76. La autora señala que “parecería que el problema fundamental en México (y por supuesto en otros países) es la ineficacia del sistema de justicia penal, que se define fundamentalmente por la combinación de diversas variables. Podemos considerar a tres como variables dependientes: impunidad, corrupción y ausencia de normas jurídicas integrales. Tenemos también tres variables independientes: delincuencia, influencia de los medios de comunicación y ambiente internacional o globalización. La ineficacia se define por la combinación de todos estos factores. Se consideran dependientes los que se encuentran en el interior del sistema penal y pueden ser controlables, y los que se caracterizan como independientes son los extremos y no controlables por el sistema penal, aunque sí insertos en el sistema social”.

libertad y otras garantías”; Coahuila: título único: “Delitos contra el orden familiar”; Colima: título único, capítulo I: “Delitos contra la familia”; Chiapas: título quinto: “Delitos contra la libertad personal y de otras garantías”; Chihuahua: título cuarto: “Delitos contra la libertad personal”; Distrito Federal: título cuarto: “Delitos contra la libertad personal”; Durango: título segundo: “Delitos contra la colectividad”; Guerrero: título único: “Delitos contra la familia”; Hidalgo: título octavo: “Delitos contra la familia”; Jalisco: título décimo segundo: “Delitos contra el orden de la familia”; Estado de México: título tercero: “Delitos contra las personas”, concretamente en el subtítulo tercero: “Delitos contra la libertad y seguridad”; Michoacán: título undécimo: “Delitos contra el orden familiar”; Morelia: título décimo: “Delitos contra la familia”; Nayarit: título décimo quinto: “Delitos contra el orden de la familia”; Nuevo León: título décimo segundo: “Delitos contra la familia”; Oaxaca: “Delitos contra la libertad y violación de otras garantías”, en el capítulo I: “Privación ilegal de la libertad”; Puebla: capítulo duodécimo: “Delitos contra la familia”; Querétaro: título único: “Delitos contra la familia”; Quintana Roo: sección segunda: “Delitos contra la familia”, título primero: “Delitos contra el orden de la familia”; Sinaloa: parte especial, sección segunda: “Delitos contra la familia”, título único: “Delitos contra el orden de la familia”; Sonora: título decimonoveno: “Privación ilegal de la libertad, violación de otros derechos y secuestro y trata de personas”; Tabasco: libro segundo, parte especial, título segundo: “Delitos contra el ejercicio de los derechos familiares”; Tamaulipas: título décimo tercero: “Delitos contra la familia y el estado civil”; Tlaxcala: título decimocuarto: “Delitos contra el orden de la familia”; Veracruz: título VIII: “Delitos contra la familia”; Yucatán: título noveno: “Delitos contra la familia” y, por último, Zacatecas: título décimo tercero: “Delitos contra el orden de la familia”.

Creemos que este es el rubro más atinado a la hora de tener la ubicación sistemática de esta figura como un parámetro que diseña el bien jurídico tutelado. Estimamos que lo más sensato, si decidimos contemplar la sustracción de un menor por sus propios padres como delito, es que ésta deba ubicarse en el rubro de los delitos considerados contra los derechos y deberes familiares. Lo anterior desde que debe ser considerado un delito que se da en el seno de las relaciones familiares, por quebrantamiento de los deberes que surgen dentro de las mismas o por violación de los derechos asignados, por asignarse o simplemente acordados.

Encontramos posturas a favor de mantener el bien jurídico tutelado en la figura de la sustracción relacionado con la ubicación sistemática en los có-

digos penales cuando hablamos de forma genérica del “orden familiar”. En este sentido y como bien señala García Ramírez

si hubiese en el CPF una rigurosa sistematización de los tipos, en orden a los bienes, valores e instituciones que la punición preserva, a ciertos ilícitos como el incesto, el adulterio (si continúa incriminado), la disposición indebida de menores de edad, la suposición o variación del estado civil y la bigamia, aparecerían bajo el rubro de “Delitos contra la familia”.<sup>302</sup>

Por su parte, y en el contexto español, Cobo del Rosal señala que

Todos los supuestos que quepa imaginar, a la vista del texto legal, comportan, inexorablemente, la ruptura de las relaciones, en toda su dimensión, del menor con las personas encargadas de su tutela y cuidado. Dicha ruptura es, en consecuencia, la que nos da el *quid* de lo que hemos de entender por bien jurídico protegido en el capítulo de “la sustracción de menores”. Es independiente, y para nada afecta a la anterior afirmación, que exista o no un ataque a la seguridad del niño o adolescente, y de hecho, puede suceder lo contrario. Ahora bien, es irrefutable que *siempre* hay un quebrantamiento de la relación antes aludida. Sin embargo, sucede, que la alteración de dicha relación, del *status* que supone, crea formalmente una inseguridad; pero, a lo sumo, puede hablarse de violación de la seguridad familiar, tutelar, etcétera. Es decir, que la seguridad deparada al menor por la vida de la familia o institución afín se ve alterada con la realización de tales conductas. Dicha seguridad, no obstante, o por mejor decir, su lesión, va implícita en la propia lesión a la familia, queda consumida en ella, sin que tenga autonomía suficiente para configurar el bien jurídico, ni siquiera otro bien jurídico (especialidad pluriofensiva). Lo cual da a entender que, en fin de cuentas, serán dichos institutos los que se ven protegidos y no la mera libertad o seguridad.<sup>303</sup>

Por su parte, Villanueva Castilleja señala que “el bien jurídicamente tutelado es la libertad de crecer y desarrollarse dentro del contexto de su propia familia”.<sup>304</sup>

En este aspecto nos inquietan dos puntos: entendemos que la convivencia del menor dentro de su familia ya se vio alterada tras la crisis de pareja (divorcio, separación —de hecho o de derecho—) que se vivía en su entorno

<sup>302</sup> García Ramírez, S., *Derecho penal, cit.*, p. 207.

<sup>303</sup> Cobo del Rosal, M., “Consideraciones técnico-jurídicas sobre la “sustracción de menores”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, cit.*, pp. 226 y 227.

<sup>304</sup> Villanueva Castilleja, R., “Retención y sustracción de menores o incapaces”, en García Ramírez, S. *et al.* (coords.), *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal comentado. Libro segundo, artículos 123 al 249*, México, Porrúa-UNAM, 2006, t. II, p. 268.

y, segundo, el menor sigue dentro de su “familia”, protegido, educado, alimentado y, en definitiva, con todas sus necesidades, en principio, cubiertas. Aun cuando la convivencia del menor con sus padres resulta alterada, y de lo que podemos hablar aquí como bien jurídico es del derecho del menor a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres, así como a convivir fluida y continuamente, aunque de manera separada.

Es esta afirmación del bien jurídico lo que nos ayudará a construir el “interés superior del menor”.

B) Libertad motriz del menor de edad: “Delitos contra la libertad personal y de otras garantías” (Campeche, Chiapas, Chihuahua, Distrito Federal y Oaxaca); “Contra la libertad y la seguridad” (Estado de México) y “Delitos de privación ilegal de la libertad, violación de otros derechos, secuestro y trata de personas” (Sonora). Entendemos que este rubro sería el más engañoso a la hora de tomar en cuenta la ubicación de la figura de la sustracción y en función de ello determinar el bien jurídico tutelado. Sin duda el mayor grado de confusión se produce en el Código Penal de Sonora.

Respecto a esta ubicación sistemática y su utilización como delimitador del bien jurídico tutelado, encontramos posturas diametralmente opuestas, pero con argumentos a favor y en contra.

A favor de esta ubicación y su utilización en el diseño del bien jurídico encontramos a Quintano Ripollés, quien propone que se quede ubicada en el título que se dedica a los delitos contra la libertad; para ello argumenta que

al fin y al cabo, el menor y aun el niño son personas con esferas de libertad, limitada sin duda, pero reales, singularmente, la de movimientos, y cuando no es así, los padres o guardadores la ejercitan en su nombre por una especie de delegación temporal, cuyo desconocimiento en la sustracción es asimismo atentatorio a la libertad de dichas personas, la de decidir provisionalmente de los destinos del menor... El desvincular el delito de sustracción de menores de la rúbrica destinada a la protección de la libertad, me parece un cierto retroceso a concepciones romanas, en que el *raptus in parentes* tenía, en efecto, un significado de atentado a la exclusiva *patria potestas*, reduciendo al menor a la categoría de cosa.<sup>305</sup>

<sup>305</sup> Quintano Ripollés, A., “La relativa sustantividad del delito de sustracción de menores”, *cit.*, p. 6. Ahí mismo el autor agrega: “No se niega, con lo dicho, que en los delitos de que aquí se trata se menoscaban también los aludidos bienes ideales familiares, reducibles asimismo a la libertad parental, pero la pluralidad de objetos materiales o jurídicos es un fenómeno harto frecuente en las tipologías penales, lo que no excusa la elección por el que se estimare prevalente”.

Por su parte Villanueva Castilleja señala que “la permanencia ilegal, al tiempo que lesiona la libertad del menor, también lesiona a los derechos de familia”.<sup>306</sup>

Con una postura detractora encontramos a Cobo del Rosal al afirmar que

tampoco se puede mantener que la libertad es el bien jurídico protegido, conectándola al menor. Dicha afirmación nos lleva a interrogar acerca del concepto de “libertad” o al menos de la idea aproximada, que el legislador tuvo para elevarla a la categoría de bien jurídico. ¿Cuál es la idea de libertad que se utiliza en el articulado del título “De los delitos contra la libertad y seguridad”?... a) que el legislador español ha entendido la libertad... como libertad de movimiento, como libertad de actuación de la voluntad; b) también ha usado un concepto más espiritualizado de libertad, en la formación de la voluntad... en el presente caso no podemos afirmarlo: ni en el supuesto a) ni mucho menos el b), se protegen jurídicamente, por una razón bien sencilla: porque el “menor”... carece de las mismas con la autonomía exigida para que tengan rango de bien jurídico...<sup>307</sup>

Así determina que “no puede hablarse... de libertad, entendida como bien jurídico protegido, conectándola al menor de siete años”.<sup>308</sup> En este sentido se indica que

otro sector de la doctrina ha entendido que los tipos de sustracción de menores constituyen el tránsito entre los delitos contra la libertad de la voluntad y los delitos de menosprecio de la voluntad de quienes legalmente sustentan la custodia del menor, aunque puedan verse también afectadas la libertad y la seguridad del menor, que no han de considerarse genuino bien jurídico protegido, por cuanto el consentimiento del menor no excluye la tipicidad de la conducta ni deja de ser punible.<sup>309</sup>

Por último, una tesis aislada señala, de manera algo confusa:

PLAGIO. SUSTRACCIÓN DE MENORES (LEGISLACIÓN DE JALISCO). Es indudable que las expresiones de plagio y secuestro, en su connotación vulgar incluyen el propósito de obtener un rescate; pero no sucede así en la connotación jurídica,

<sup>306</sup> Villanueva Castilleja, R., “Retención y sustracción de menores o incapaces”, *cit.*, p. 268.

<sup>307</sup> Cobo del Rosal, M., “Consideraciones técnico-jurídicas sobre la «sustracción de menores»”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales...*, *cit.*, fasc. II, p. 217.

<sup>308</sup> Cobo del Rosal, M., “Consideraciones técnico-jurídicas sobre la «sustracción de menores»” (continuación), *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, cit.*, fasc. III, p. 434.

<sup>309</sup> Carmona Salgado, C. *et al.*, *Manual de derecho penal (parte especial), delitos contra las personas; la libertad sexual; el honor; el estado civil; la libertad y la seguridad, y los derechos laborales, cit.*, p. 458.

pues como se ve del artículo 329 del Código Penal de Jalisco, sólo en la fracción I se habla de la obtención del rescate, no así en las demás fracciones, en las que se atiende a su forma de comisión. En cuanto a la sustracción de menores, que es el término correcto del llamado robo de infante y previsto en la fracción V del precepto que se comenta, constituye un ilícito autónomo y pudo destacarse en un precepto separado, pero se le incluyó en el que se comenta y que forma parte, a su vez, del capítulo “Privación ilegal de libertad”, al estimarse que el menor tiene, aunque muy limitado, el derecho a su libertad. Pero lo que más importa para el caso es que se trata de un ilícito en el que el sujeto pasivo también lo es la familia del infante o menor y que no exige de suyo, ni la solicitud ni mucho menos el pago de un rescate, pues la sustracción obedece, en muchos casos, a intereses o conveniencias de índole muy diversa a la económica.<sup>310</sup>

C) La libertad en el ejercicio de un derecho determinado. No hemos encontrado ubicada la sustracción en este rubro en ningún código penal. Si desvinculamos el bien jurídico del lugar de su ubicación se aprecia la vulneración del ejercicio de los derechos de vigilancia y custodia respecto de aquella persona a la que legalmente se le atribuye, sin que sea preciso que la libertad ambulatoria o seguridad del NNA se pongan en peligro. Esta opción parte de afirmar que la sustracción constituye un comportamiento delictivo que atenta contra la libertad en el ejercicio de los derechos de custodia de los menores de edad respecto de aquel progenitor a quien legalmente le están atribuidos los derechos tuitivos.

En este sentido sus defensores señalan que

...en el bien jurídico protegido en la configuración legal de la sustracción de menores, debe ser asimismo reconocida la totalidad de los derechos y deberes inherentes a las instituciones jurídico-familiares señaladas con tan escasa precisión normativa en la descripción positiva de los tipos legales... Los derechos-deberes asistenciales del menor, al representar el núcleo de la tutela penal dispensada en los siguientes tipos penales, constituyen el bien jurídico prevalente, al que habrá de adicionarse como eventuales bienes jurídicos implícitos en aquél la libertad y la seguridad del menor.<sup>311</sup>

En este rubro mencionamos la tesis aislada que afirma:

<sup>310</sup> Amparo directo 2763/57.

<sup>311</sup> Carmona Salgado, C. *et al.*, *Manual de derecho penal (parte especial), delitos contra las personas; la libertad sexual; el honor; el estado civil; la libertad y la seguridad, y los derechos laborales*, cit., p. 458.

MENORES, SUSTRACCIÓN DE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ)... tratándose del derecho penal debe entenderse que... lo que se tutela es el hecho y la circunstancia de que quien esté ejerciendo la custodia del menor, la continúe hasta en tanto no se dirima civilmente si procede o no la pérdida de esa custodia; en otras palabras, si alguien cree tener el derecho a que su menor hijo viva con él y a privar de ese derecho a su amasia, no debe ejercer una decisión unilateral, sino que debe acudir a los tribunales civiles para que en forma legítima y conforme a derecho se decida a cuál de los dos padres le corresponde la custodia del menor; pero si en el caso, el inculpaado sustrajo de la guarda de la madre al menor y se niega a devolverlo a ésta, con quien el dicho menor ha estado viviendo desde su nacimiento hasta la fecha en que su padre lo llevó con él, resulta que se tipifica el delito de sustracción de menores... Es importante hacer notar que el artículo 206 establece dos hipótesis del ilícito: una, cuando el activo sustrae el menor sin la autorización de quien tenía de hecho la custodia de ese menor y la segunda, cuando habiendo recibido al menor, contando con la voluntad de su madre, posteriormente se niega a devolverlo.<sup>312</sup>

D) La seguridad del NNA como una cuarta posibilidad de configurar el bien jurídico tutelado. Iniciamos señalando que la tipificación de esta conducta se presenta de forma independiente del delito de detención ilegal. En este rubro encontramos dos posturas diferentes a la hora de determinar el bien jurídico protegido.

Por un lado, se afirma que el bien jurídico tutelado no es “sólo la seguridad del menor, sino su derecho a la identidad familiar y el libre ejercicio de sus libertades (sobre todo de traslación)”.<sup>313</sup> Se mantiene que el bien jurídico protegido es la seguridad del menor, que se ve lesionada por el hecho de ser extraído del lugar en donde se encuentra, bajo la guarda o custodia de las personas o instituciones con las que convive habitualmente”.<sup>314</sup>

Así, en esta nueva categoría el bien jurídico sería

el derecho a la seguridad material que se deriva de esas relaciones familiares. El término “seguridad” indica lo contrario de “peligro” o, mejor, significa ausencia de todo peligro y, en este sentido, ni la ley penal ni nadie puede garantizar una protección absoluta que excluya todo peligro, ya que es inevitable un cierto grado de peligro en toda actividad humana. La “seguridad” a la que aquí nos referimos debe ser entendida como la expectativa jurídicamente fundada que puede tener toda persona de ser ayudada por sus familiares obligados a ello en el caso

<sup>312</sup> Amparo directo 4695/82.

<sup>313</sup> Zamora Jiménez, A., *Manual de derecho penal, parte especial, análisis de los delitos en México, cit.*, pp. 283 y 284.

<sup>314</sup> Cobo del Rosal, M. (coord.), *Derecho penal español, parte especial, cit.*, p. 432.

de que así lo necesite, o, por lo menos, de no ser puesta en situación peligrosa por esos familiares.<sup>315</sup>

Por otro lado, y remontándonos a la década de los noventa, en España el delito de sustracción aparecía recogido en el título XII “De los delitos contra la libertad y la seguridad”, concretamente en el capítulo II “De la sustracción de menores”, en los artículos 484,<sup>316</sup> 485<sup>317</sup> y 486.<sup>318</sup> En este contexto, como atinadamente se afirma, aunque tiene un “indudable paralelismo morfológico con las detenciones ilegales... no puede considerarse... la seguridad del menor no es aquí el bien jurídico —penalmente protegido—”.<sup>319</sup>

En la actualidad en España esta figura aparece dentro del rubro genérico denominado “Delitos contra las relaciones familiares”.

En 1961, Cobo del Rosal afirmaba que por su ubicación sistemática estábamos hablando de que los bienes jurídicos que protege el legislador son “la libertad” y la “seguridad”; ahora bien, representaba “una cómoda solución, pero hasta cierto punto tan sólo satisfactoria”.<sup>320</sup> Por ello se preguntaba:

¿hasta qué punto es imprescindible para que existan los citados delitos que se atente contra esa “seguridad individual”? ¿Es el único bien que se protege? ¿No pudiera ser que no se quebrante ni se ponga en peligro, sino que se *presuma* que sucede así? ¿Qué quiere decirse con la expresión “seguridad individual”?... surgen... una serie de interrogantes que nos hacen dudar de si en efecto es la “seguridad individual” el bien jurídicamente protegido... Sucede, además, que pueden conjugarse los verbos delictivos sin que, efectiva y realmente, se quebrante la seguridad del menor; es más, sin que se ponga ni siquiera en peligro. Lo anterior confirma, una vez más, la base *presuntiva*, en que se fundan las figuras delictivas de la “sustracción de menores”. Es decir, la Ley presume... que siempre que fenoménicamente se realicen dichas conductas, se lesiona o pone en peligro la seguridad del menor, cuando bien pudiera ocurrir todo lo contrario.<sup>321</sup>

<sup>315</sup> Muñoz Conde, F., *Derecho penal, parte especial*, 15a. ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p. 311.

<sup>316</sup> “La sustracción de un menor de siete años será castigada con la pena de presidio mayor”.

<sup>317</sup> “El que hallándose encargado de la persona de un menor no lo presentare a sus padres o guardadores ni diera explicación satisfactoria acerca de su desaparición, será castigado con la pena de reclusión menor”.

<sup>318</sup> “El que indujere a un menor de edad, pero mayor de siete años, a que abandonare la casa de sus padres, tutores o encargados de su persona será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 100,000 a 1'000,000 de pesetas”.

<sup>319</sup> Queralt Jiménez, J. J., *Derecho penal español. Parte especial, cit.*, p. 354.

<sup>320</sup> Cobo del Rosal, M., “Consideraciones técnico-jurídicas sobre la sustracción de menores”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, cit.*, p. 211.

<sup>321</sup> *Ibidem*, p. 220.

De parecido tenor se afirmó que no media “en la sustracción material finalidad alguna atentatoria a la libertad o seguridad de la criatura”.<sup>322</sup>

Coincidiendo con este segundo sector doctrinal, nos preguntamos si la seguridad individual del menor tiene peso y autonomía suficiente en esta figura para ser considerado el bien jurídico tutelado. La respuesta es relativamente sencilla y así vemos que la seguridad “se lesiona, se pone en peligro, en infinidad de delitos, sin que se hable de que específicamente se proteja”,<sup>323</sup> por lo que podemos concluir que la “seguridad” o la “seguridad individual” carecen de la suficiente autonomía y peso para ser consideradas bienes jurídicamente tutelados en esta figura.

E) El bien jurídico protegido radica en la protección a la colectividad (Durango). Este rubro entendemos que es ciertamente genérico y ambiguo por lo que puede ser tan acertado como errado a la hora de diseñar en función del mismo el bien jurídico tutelado.

En otro orden de ideas, como se ha señalado, la medición del bien jurídico tutelado no necesariamente debe realizarse en singular, sino que cabe una pluralidad de bienes tutelados; se trataría, por tanto, de un delito “pluriofensivo”;<sup>324</sup> ello se puede afirmar si se considera que afecta al orden familiar;<sup>325</sup> en concreto, se afirmaría que se produce un daño tanto al menor como a los titulares efectivos de los derechos de familia asignados y por ello adquiriría una “naturaleza bifronte”.<sup>326</sup> En este contexto, los bienes jurídicos serían la patria potestad, su libertad ambulatoria, la vida y la integridad corporal y síquica del menor.<sup>327</sup> Lo anterior a pesar de que no todo el mundo coincide con este planteamiento.<sup>328</sup>

<sup>322</sup> Quintano Ripollés, A., “La relativa sustantividad del delito de sustracción de menores”, *cit.*, p. 12.

<sup>323</sup> Cobo del Rosal, M., “Consideraciones técnico-jurídicas sobre la «sustracción de menores»”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, cit.*, fasc. II, pp. 222 y 223.

<sup>324</sup> Cobo del Rosal, M., “Consideraciones técnico-jurídicas sobre la «sustracción de menores»”, (continuación), *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, fasc. III, p. 435.

<sup>325</sup> Creus, C., *Derecho penal, parte especial, cit.*, p. 340.

<sup>326</sup> Carmona Salgado, C. *et al.*, *Manual de derecho penal (parte especial), delitos contra las personas; la libertad sexual; el honor; el estado civil; la libertad y la seguridad, y los derechos laborales, cit.*, p. 460.

<sup>327</sup> Cobos Gómez de Linares, M. A. *et al.*, *Manual de derecho penal, parte especial, cit.*, p. 290; Cobo del Rosal, M., “Consideraciones técnico-jurídicas sobre la «sustracción de menores»” (continuación), *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, fasc. III, p. 435, y Álvarez García, J. *et al.*, *Código Penal comentado, cit.*, p. 915.

<sup>328</sup> Cobo del Rosal, M., “Consideraciones técnico-jurídicas sobre la «sustracción de menores»” (continuación), *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, cit.*, fasc. III, p. 447.

A modo de conclusión, creemos que adoptada la postura de tipificar la conducta de sustracción de un menor por sus propios padres, el bien jurídico tutelado sería la “otra cara” del “interés superior del menor”; no en su versión de concepto jurídico indeterminado, que en nada ayuda, sino concretado en el derecho del menor a convivir con ambos progenitores a pesar de la ruptura existente entre ellos como pareja. Por ello, consistiría en el reconocimiento de los derechos mínimos atribuibles a los menores,<sup>329</sup> para cuya determinación puede echarse mano del Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños (por ejemplo, los artículos 9o.,<sup>330</sup> 10,<sup>331</sup> 11,<sup>332</sup> 12<sup>333</sup> y 18).<sup>334</sup>

Desde un punto de vista plural y contextualizado señalamos:

<sup>329</sup> En este sentido señalamos que cuando hablamos del derecho de visita, de convivencia, de libre circulación de los menores nos estamos refiriendo en general a un catálogo de derechos humanos aterrizados en la figura de los menores; lo anterior a pesar de que se señala y reconoce que “todavía hoy una parte significativa de los teóricos niega esta condición, de derechos humanos, a los derechos del niño, argumentando que no podemos considerar a los niños como agentes morales porque no pueden acatar deberes y por tanto tenemos hacia ellos deberes de beneficencia pero no de justicia”. Véase Guillo Jiménez, J., “Niños, niñas y adolescentes: los nuevos ciudadanos”, *cit.*, p. 12. Este autor señala que “esa ‘inclusión’ (concepción) de los derechos de los niños como derechos fundamentales es el requisito para crear un nuevo espacio social para asegurar la contribución y la participación de los niños, niñas y adolescentes, lo que implica poner en marcha un nuevo concepto de ciudadanía inclusiva, donde los niños y niñas ocupen su espacio”.

<sup>330</sup> Este artículo 9o. se encuentra *supracitado*.

<sup>331</sup> El artículo 10 se encuentra transcrito en el capítulo quinto, apartado VIII, “Derechos de visita/contacto/convivencia internacional”.

<sup>332</sup> Artículo 11. “Los Estados partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. 2. Para este fin, los Estados partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes”.

<sup>333</sup> Artículo 12. “Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

<sup>334</sup> Artículo 18. “1. Los Estados partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. 2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños. 3. Los Estados partes adoptarán todas las medidas apro-

a) Es el respeto a los derechos de familia asignados.<sup>335</sup> Esto es, respetar la convivencia del menor con ambos progenitores.

En este caso no creemos que se pueda hablar del derecho a la “convivencia” del NNA con ambos padres en un mismo tiempo y bajo el mismo techo, de un orden familiar, desde que entendemos que esta convivencia estaba fragmentada, desvirtuada e incluso difuminada con el acto que motivó la asignación y reparto de los derechos tuitivos: el divorcio o separación. Ahora bien, si la convivencia con ambos padres al mismo tiempo ya no es posible, sí al menos lo es que el menor pueda tener contacto fluido y constante con ambos padres, de manera separada.

b) El derecho del menor a su identidad familiar, a conocer a su padre y a su madre y guardarles el mismo afecto.

Por ello, la figura de sustracción debería quedar encuadrada en el rubro de los delitos de “orden familiar” desde que el bien jurídico tutelado en clara correspondencia con el interés superior del menor es el derecho del menor a convivir con ambos padres. Por lo anterior, la identificación del bien jurídico y del interés superior del menor es clara y sencilla.

La tarea de ubicar un bien jurídico en el ámbito del derecho penal es relativamente sencilla a pesar de los obstáculos que encontramos doctrinal y normativamente; la necesidad de reflexionar sobre su inclusión en esta rama jurídica viene por las desventajas que ello pueda tener a la hora de conocerse un proceso restitutorio o a la hora de devolver voluntariamente a un menor sustraído por el padre sustractor. Máxime cuando el diseño de esta conducta hace que sea un delito perseguible de oficio, lo que hace que el padre sustraído quizá no tenga los elementos suficientes para sopesar las ventajas y desventajas de dicha acción penal.

#### IV. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Estamos ante otro punto fundamental para la necesaria contextualización y entendimiento de la sustracción; la delimitación entre *el ser* y *el deber ser* contribuirá a reflexionar sobre la tipificación de esta figura *per se*.

La formulación de este principio es bastante simple y así consiste en afirmar que únicamente puede imponerse una pena al sujeto que haya realizado una conducta considerada ilícita por una norma que esté vigente al momento de su realización y la cual ha sido descrita como merecedora de

piadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas”.

<sup>335</sup> Montón García, M., *La sustracción de menores por sus propios padres*, cit., p. 27.

una sanción penal; es así que se afirma que “sólo es delito, por consiguiente, la conducta que como tal ha sido prevista por la ley penal al asignarle una pena”.<sup>336</sup>

Como ya hemos señalado, este principio se recoge en el artículo 14 de la CPEUM, y en el artículo 9o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).<sup>337</sup>

En este sentido entendemos que los elementos constitutivos de este principio se reducen a los siguientes:

a) *nulla poena sine lege scripta*: no pueden imponerse más penas que las establecidas por el legislador en cada caso, hallándose prohibido sustituir por otra la penalidad prevista en cada figura delictiva y, más aún, “inventar” penas (principio de legalidad penal);

b) *nulla poena sine lege praevia*;

c) *nulla poena sine lege stricta*; este “dogma”<sup>338</sup> implica “tipicidad en la fijación de la conducta punible, y atribución legal (en calidad y cantidad) por lo que hace a sus consecuencias (pena o medida)”.<sup>339</sup> De lo contrario estaríamos ante un sistema penal impredecible e imprevisible que irremediablemente generaría inseguridad jurídica para todos y cada uno de los operadores jurídicos;

d) *nullum crimen sine lege*: ninguna conducta, por reprochable que parezca y por mucho que lesione el derecho, puede conceptuarse como delito si la ley no lo prescribe así (principio de legalidad criminal);

e) *nemo damnetur nisi per legale iudicium*: nadie puede ser castigado sino en virtud de un juicio formal ante sus jueces naturales, predeterminados legalmente, en el que se respeten las garantías establecidas por la ley (principio de legalidad procesal o garantía jurisdiccional);

f) no puede ejecutarse pena alguna sino en la forma prevista por la ley (principio de legalidad en la ejecución).<sup>340</sup>

<sup>336</sup> Véase, Creus, C., *Derecho penal, parte general, cit.*, p. 52.

<sup>337</sup> “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

<sup>338</sup> García Ramírez, S., *Derecho penal... cit.*, p. 34.

<sup>339</sup> *Idem*.

<sup>340</sup> Cobo del Rosal y Vives Antón, *Derecho penal, parte general I y II...*, p. 77, e *id.*, *Derecho penal, parte general...*, pp. 59 y 60. Estos autores señalan que “el “tenor literal” del principio de legalidad se identifica con la existencia de una reserva sustancial y absoluta de ley que abarque la totalidad de la materia relativa a la definición de delitos y al establecimiento de las sanciones correspondientes, afectando, cuando menos, a la totalidad de las normas de las

Si partimos de Bacigalupo al señalar que “el principio de legalidad ha sido tratado por la teoría desde la perspectiva de la protección de la libertad de los ciudadanos y de la limitación del *ius puniendi* del Estado”,<sup>341</sup> su contenido se limita a: 1. La exclusión de la creación del derecho penal por parte de los tribunales o de la costumbre (*lex scripta*);<sup>342</sup> 2. a exigir la configuración de las leyes de manera tan precisa que permitan calcular y preveer su aplicación (*lex certa*); 3. A prohibir la extensión y aplicación analógica a casos no comprendidos en la ley (*lex stricta*);<sup>343</sup> y 4. Su aplicación retroactiva (*lex praevia*).<sup>344</sup>

Estas limitaciones del principio de legalidad se concretan en la exigencia de claridad y taxatividad (el mandato de taxatividad)<sup>345</sup> en la determinación de las conductas prohibidas así como de las sanciones aplicables, establecidas en una norma previamente establecida y vigente, derivando todo ello en un incremento de la seguridad jurídica. Este principio y sus consignas superan aquellos tiempos donde la impartición de justicia se hacía de forma arbitraria, la cual se afirma que existía “a fines del siglo XVIII”.<sup>346</sup>

Aterrizando las ideas anteriores aseveramos que la sustracción de menores por sus padres constituye en la actualidad una conducta tipificada en los códigos penales vigentes, considerándose por ello como un ilícito penal, a la que se le asigna una pena privativa de libertad. Así, existe una descripción penal de la conducta de sustraer al menor con una pena claramente asignada a ella en un código penal vigente.

Ahora bien, si esto es *lo que hay* normativamente hablando, lo que nosotros proponemos es reflexionar sobre el “*deber ser*”, esto es, sobre la idoneidad o no de la inserción de esta figura en los distintos códigos penales. Lo anterior desde que consideramos que las conductas que genera esta figura ya estaban sancionadas penalmente a través de figuras que tienen nombre y apellidos propios y poco aporta el que ahora aparezca como *lex specialis*. Una sanción penal que debe ser cuidadosamente examinada y calculada por

que quepa deducir la imposición o agravación de cualquier pena. Pero el “significado esencial” del principio de legalidad de los delitos y de las penas no se agota en el requisito formal de reserva de ley, sino que comporta múltiples exigencias materiales, relativas al *quomodo* de la legislación penal”.

341 Véase Bacigalupo, E., *Hacia el nuevo derecho penal*, cit., p. 105.

342 Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal, parte general*, cit., p. 61.

343 *Idem*.

344 Véase Bacigalupo, E., *Hacia el nuevo derecho penal*, cit., p. 105.

345 Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal, parte general*, cit., p. 61.

346 García Ramírez, S., *Derecho penal*, cit., p. 34.

el padre sustraído, quien siempre debe pensar en el perjuicio que ello tendría sobre el NNA.

Quizá cabe preguntarse si, partiendo de la máxima de la mínima intervención del derecho penal, la inserción en los códigos penales implica necesariamente un elemento psicológico que conlleve una reducción manifiesta de la comisión de estas conductas, incluso nos preguntamos si con la inclusión se llega a visualizar con mayor claridad el problema social que representa. Entramos, sin duda, en un terreno hipotético, de conjeturas, cargado de cuestiones morales, sociales, aunque, a pesar de ello, entendemos que el derecho penal no añade un *plus* cuando de proteger al menor se trata en esta concreta figura.

No queremos dar por zanjado este apartado sin mencionar que la exposición de motivos de los códigos penales es fundamental a la hora de justificar la inserción de una conducta delictiva, de cara a conocer el bien jurídico tutelado y para dar, por ende, sustento al principio de legalidad. En la *Gaceta Parlamentaria*, año I, número 0, del 28 de noviembre de 1997, encabezada “Dictamen de la iniciativa de Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal; del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal; del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, y del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal”, no encontramos una justificación sobre la necesidad de incluir esta figura en los códigos penales; aun cuando está inmersa en la figura de violencia intrafamiliar, tampoco se especifica el porqué de su inserción y contemplación en un código penal. Ello ahonda más en la idea de que, incluso teniendo un bien jurídico tutelado, que es la versión penal del interés superior del menor en su vertiente civil, no queda clara la utilidad de la inserción de esta figura en el derecho penal.