

## CAPÍTULO PRIMERO

### PROPUESTA PARA SU UBICACIÓN

#### I. LAS ARISTAS PRESENTES

En la configuración de la conducta de sustracción confluyen dos aristas genéricas, las cuales han de tener la misma importancia a la hora de analizar esta figura y lanzar propuestas de solución, erradicación y prevención; nos referimos a una arista social y a otra jurídica; ambas conforman un tándem difícil (incluso sostenemos que imposible) de separar si queremos analizar de forma global esta figura.

La creciente atención que prestamos a través del estudio y análisis de esta figura no deriva por ser una novedad, una situación familiar de reciente aparición, sino por su replanteamiento y reconfiguración como consecuencia de la nueva forma de ver y concebir a los menores y a sus derechos; una atención que ha crecido exponencialmente por el alto índice de consolidación de esta conducta y que corre paralelo a la aparición de instrumentos normativos que tienen como objetivo brindar la necesaria protección en todas las esferas de la vida de un menor y la alarma social que estos casos provocan. Dreyzin de Klor afirma con justicia que

no es un tema nuevo, pero su incremento es alarmante. Los índices de crecimiento de conflictos generados en este ámbito no pueden causar sorpresa dado que se ha abierto un abanico de vínculos y relaciones que naturalmente conlleva a que tal aumento se convierta en una constante que funciona en paralelo a la internacionalización del instituto familiar.<sup>19</sup>

<sup>19</sup> Dreyzin de Klor, A., “La influencia de la universalización de los derechos humanos en la sustracción internacional de niños”, en Tenorio Godínez, L. y Tagle de Ferreyra, G. (coords.), *La restitución internacional de la niñez*, México, Porrúa, 2011, p. 24. De parecido tenor encontramos a Sifuentes al mencionar que “casos de disputas internacionales sobre el derecho de custodia y de visita de menores, por lo tanto, se están volviendo cada vez más comunes en un mundo donde tanto las personas como los bienes circulan con más facilidad”, Sifuentes, M., “Cuestiones de fondo acerca de los derechos de custodia. Artículo

### 1. *La arista social*

Por lo que hace a esta arista partimos de reconocer que la sustracción internacional es un problema que atañe a cualquier estrato social, por igual, y que reviste gran complejidad a la hora de buscar una solución desde que no existe una fórmula matemática para alcanzar la mejor solución de manera inequívoca.

La sustracción que se produce al interior de una familia marcará un *antes* y un *después* de su comisión, no sólo para los padres y el menor directamente involucrados, sino también para los familiares más próximos a dicho núcleo familiar (abuelos, tíos, primos, etcétera). Es sin duda una situación familiar extremadamente dura y que marcará nuevos esquemas de vida personal y familiar para la partes. Lo anterior se agrava si en su solución encontramos en un extremo a un “ganador” y de otro a un “perdedor”, y en el medio a un NNA. Esta conducta impone situaciones críticas por la presión emotiva y sentimental a la que se ve sometido el conjunto familiar (en sentido amplio) y donde la decisión judicial que se tome, sea cual sea ésta, marca para el resto de la vida a todos y cada uno de los miembros integrantes de la misma al tener como principal ingrediente la dispersión y desintegración internacional del grupo familiar. Como bien pronostica Sifuentes, “el hecho de que un padre o una madre abandonen el país en el que se estableció la unión y huyan hacia un lugar distinto de su país de residencia, con los hijos,

16 del Convenio de La Haya”, en Tenorio Godínez, L. y Tagle de Ferreyra, G. (coords.), *La restitución internacional de la niñez, cit.*, p. 33. Coincidiendo en el crecimiento exponencial de esta figura encontramos a Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980, cit.*, pp. 17, 18 y 22, al afirmar que “el número de casos de sustracción internacional de menores es elevado en todo el mundo desde los años setenta. En nuestro país, el primer supuesto que llegó al Tribunal Supremo fue el caso *Bornes vs. Fuentes*, resuelto en 1975 mediante sentencia de fecha 8 de abril; desde entonces los casos de sustracción han crecido en número y trascendencia social no siendo siempre el tratamiento que se les da desde los medios de comunicación el más adecuado... Es un problema social de gran complejidad, que ha alcanzado unas dimensiones preocupantes y que, aunque no es una realidad nueva, sí está en expansión”. El 1o. de julio de 2009 aparecía en el periódico *El País* una noticia relacionada con la sustracción de NNA y se afirmaba que “los casos de niños a los que uno de sus padres se lleva ilegalmente al extranjero tras una separación han crecido de forma ‘espectacular’ en España hasta alcanzar los 178 al año, según un informe del Colegio de Abogados de Barcelona, que lo atribuye al auge de los matrimonios mixtos fruto de la globalización”. Véase [http://www.elpais.com/articulo/sociedad/casos/sustraccion/menores/padre/extranjero/crecen/178/ano/elpepusoc/20090624elpepusoc\\_4/Tes](http://www.elpais.com/articulo/sociedad/casos/sustraccion/menores/padre/extranjero/crecen/178/ano/elpepusoc/20090624elpepusoc_4/Tes).

sin el consentimiento del otro, es revelador de situación límite, un conflicto potencial o ya instaurado”.<sup>20</sup>

No cabe desconocer que en otras épocas y contextos sociales se tenía la creencia de que los menores eran un “asunto privado de sus madres y padres”, donde los demás no debían ni opinar ni inmiscuirse, ya que todo lo que se les hacía era “por su bien”.<sup>21</sup> Es así que los niños eran vistos como una “propiedad más de los padres”, donde las autoridades y el resto de la sociedad poco tenían que decir y menos intervenir. Un claro ejemplo lo encontramos en el castigo corporal que como método de disciplina se imponía a los NNA.<sup>22</sup> Un castigo que se imponía tanto por los padres como por las autoridades cuando éstas estaban a su cargo.

Es en este necesario y urgente cambio de mentalidad donde debemos ubicar que todos los derechos que rodean a un menor de edad, y que están explícitamente reconocidos normativamente, tanto nacional<sup>23</sup> como internacionalmente,<sup>24</sup> representan un compromiso social, *de todos*, de conocerlos y respetarlos.

<sup>20</sup> Sifuentes, M., “Cuestión de fondo acerca de los derechos de custodia. Artículo 16 del Convenio de La Haya”, *cit.*, p. 38.

<sup>21</sup> Véase Guillo Jiménez, J., “Niños, niñas y adolescentes: los nuevos ciudadanos”, en Villagrasa Alcaide, C. y Ravetllat Ballesté, I. (coords.), *El desarrollo de la Convención sobre los Derechos del Niño en España*, España, Bosch, 2006, p. 12.

<sup>22</sup> El 29 de diciembre de 2008, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicitó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una Opinión Consultiva, en el marco del artículo 64.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En esta ocasión la solicitud se refería a la utilización del castigo corporal como método de disciplina contra NNA. La Corte, mediante una resolución de 27 de enero de 2009, resuelve no responder dicha consulta al considerar que este punto ya estaba resuelto en la jurisprudencia de la Corte. A pesar de esta negativa es coincidente mencionar que la la Corte emitió puntos y consideraciones relevantes donde “si bien la Corte reconoció ciertos estándares internacionales en la materia, la falta de respuesta no permitió abordar ni profundizar en el tema de manera específica, sobre todo lo que respecta a fijar un estándar regional sobre la forma de regular la protección de niños, niñas y adolescentes frente a toda forma de castigo corporal, ya sea mediante medidas legislativas o de otra índole y su eventual prohibición”. Véase Calderón Gamboa, J. F., “El castigo corporal como método de disciplina contra niños, niñas y adolescentes frente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un desafío internacional”, *Isonomía*, México, núm. 31, 2009, p. 73.

<sup>23</sup> Nos referimos a las leyes de protección de los NNA que están redactadas y en vigor en todas y cada una de las entidades federativas, incluido el Distrito Federal.

<sup>24</sup> Principalmente a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

Decir “todos” implica por igual al Ministerio Público (el cual “está facultado ampliamente para intervenir en los negocios judiciales en que se interesan menores”),<sup>25</sup> a la autoridad administrativa (la cual “puede, sin violar garantías individuales, tomar medidas en beneficio de los menores, a fin de impartirles protección gubernativa a los que necesiten de ella, por carecer de personas que sobre los mismos ejerzan la patria potestad, recluyéndolos para su educación en escuelas correccionales”)<sup>26</sup> y a la sociedad (desde que “en lo relativo a la guarda de su persona y bienes, está interesada”,<sup>27</sup> pues “tiene la elevada misión de proteger a los menores” y por estar “interesados en que los menores reciban la debida protección y cuidado”).<sup>28</sup> Lo anterior desde que “las disposiciones legales relativas a ellos, son consideradas como de interés público”.<sup>29</sup>

Por demás está mencionar que lo idóneo es que el NNA se desarrolle, desde la óptica social, en un ambiente familiar<sup>30</sup> “armonioso”,<sup>31</sup> donde tenga un contacto continuo y fluido con ambos padres, una identidad personal, al constituirse éste como su más cercano y primario centro de evolución; un círculo familiar que le permita tener una infancia<sup>32</sup> rodeada de

<sup>25</sup> Amparo penal en revisión.

<sup>26</sup> Amparo administrativo en revisión.

<sup>27</sup> Amparo civil. Revisión del auto de suspensión.

<sup>28</sup> Amparo civil. Revisión del incidente de suspensión.

<sup>29</sup> Amparo penal. Revisión del incidente de suspensión.

<sup>30</sup> Como se define en el *Diccionario de Derecho Civil*, debemos entender por familia el “grupo de personas unidas entre sí por un lazo de parentesco. Estos lazos de parentesco generan entre los miembros de la familia una serie de derechos y obligaciones que el derecho de familia se encarga de estudiar. En general, la familia tiene su base fundacional en el matrimonio. Para los sociólogos, es la célula mínima de la sociedad... Esta palabra designa también, en un sentido más limitado, a los miembros de la familia que viven bajo el mismo techo, sujetos a la dirección y con los recursos del jefe de la casa. Éste era el sentido de la palabra latina *familia*, que designaba especialmente la casa que aún se encuentra en las expresiones francesas *vida de familia*, *hogar de familia*... En la actualidad, la familia se reduce a la convivencia de descendientes y ascendientes”, véase Bustos Rodríguez, M. B., *Diccionario de derecho civil, cit.*, p. 59.

<sup>31</sup> Para nosotros no existe una necesaria correlación entre ambiente familiar “armonioso” y ambiente familiar “tradicional”, de esta forma estamos dando cabida a las nuevas estructuras familiares que, en estos momentos, no cabe desconocer o ignorar dolosamente.

<sup>32</sup> Como bien se define en el *Diccionario de derecho civil*, por infancia debemos entenderlo “etapa de la vida de la persona anterior a la pubertad. A la persona que se encuentra en esta etapa de la vida se le denomina *infante* o *impúber*. En la legislación actual no existe diferencia entre el infante y el puberto, ya que ambos son incapaces de ejercicio y deben estar sometidos a la patria potestad o a la tutela”. Véase Bustos Rodríguez, M. B., *Diccionario de derecho civil, cit.*, p. 70.

juegos, sano esparcimiento, educación, desarrollo íntegro de su personalidad y sexualidad, sanidad, vestimenta y alimentación, entre otros, como elementos necesarios y básicos. Ahora bien, este breve y *apriorístico* catálogo de buenos deseos representa la otra cara de una moneda que puede presentarse en la infancia y desarrollo de este sector altamente vulnerable; nos referimos a las reprochables y temidas “patologías familiares”<sup>33</sup> o “familias disfuncionales”<sup>34</sup> que, sin duda alguna, alteran la convivencia armoniosa que debe imperar entre los miembros de una familia, en beneficio de todos y cada uno de sus integrantes, principalmente los menores de edad. Se señala en una tesis aislada que “es incontrovertible que los hijos que cuentan con la convivencia de ambos progenitores tienen una mejor calidad de vida”.<sup>35</sup>

La sustracción tiene un origen social multicausal que se ramifica y manifiesta en problemas psicológicos, políticos, culturales y educativos; es por ello que debe ser tenido en cuenta a la hora de prevenirlo, enfrenarlo y combatirlo en el plano normativo.

De forma escueta situamos la aparición y crecimiento exponencial de la sustracción de un menor de edad por sus propios padres, como fenómeno social en distintos puntos y criterios multifactoriales, los cuales deben ser contextualizados y aterrizados en la sociedad mexicana actual.

Apuntamos que el factor social que origina y motiva la sustracción radica en las crisis y rupturas de las relaciones de pareja y de los matrimonios mixtos por razón de la nacionalidad.<sup>36</sup> Por lo que hace a las crisis matri-

<sup>33</sup> Señala Montón García que “dentro de esa que hemos denominado *patología familiar*, hay una conducta que desde hace tiempo viene produciéndose y que siempre ha causado una importante sensibilización y alarma social. Nos referimos a cuando, producida una ruptura entre los padres y otorgada la custodia del menor a uno de ellos, el otro aprovechando el derecho de visita que le hubiera sido reconocido, o cualquier circunstancia favorable, se apodera de su propio hijo apartándolo de aquel con quien legalmente debiera estar”. Véase Montón García, M., *La sustracción de menores por sus propios padres...*, cit., p. 13.

<sup>34</sup> En estas líneas entendemos “patología familiar” y “familia disfuncional” como sinónimos. En este sentido, una familia disfuncional nada tiene que ver con la combinación de sexos de las personas que la conforman.

<sup>35</sup> Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 144/2008.

<sup>36</sup> En este sentido se señala que “en los matrimonios entre personas de distinta nacionalidad y distinta cultura son frecuentes las separaciones y los divorcios. Son ‘parejas de alto riesgo’. Estos divorcios suelen terminar con el retorno del extranjero a su país de origen”. Cfr., Calvo Caravaca, A. L. et al., *Derecho de familia internacional*, 4a. ed., España, Colex, 2008, p. 358. Igualmente se apunta a que “de lo que no existe ninguna duda es de que las rupturas de estos matrimonios en los que la nacionalidad y muchas veces la cultura,

moniales, no cabe desconocer las facilidades (acrecentadas por la reciente desaparición de las causales) ofertadas para la consecución de la separación y el divorcio de los matrimonios,<sup>37</sup> así como los procesos expeditos para llevar a cabo dicha separación o divorcio. Como consecuencia directa de un proceso de divorcio debe determinarse la situación de patria potestad, de responsabilidad parental, concretamente la guarda/custodia y visita/contacto/convivencia en la que quedan los menores, estableciéndose de esta forma una relación causa-efecto que no es nuevo reconocer.

Ahondando en esta última idea encontramos lo siguientes pronunciamientos aislados:

1. “MENORES HIJOS DE MATRIMONIO. NECESARIAMENTE DEBE FIJARSE SU SITUACIÓN AL DECRETARSE EL DIVORCIO. Tratándose de la sentencia que decreta la disolución del matrimonio... corresponde al juzgador... proveer sobre el ejercicio de la patria potestad de dicho descendiente”.<sup>38</sup>
2. “PATRIA POTESTAD, SITUACIÓN DE LOS MENORES HIJOS. DEBE ESTUDIARSE DE OFICIO EN TODA SENTENCIA QUE DECRETE EL DIVORCIO (LEGISLACIONES DE LOS ESTADOS DE COLIMA Y MICHOACÁN)... imponen a los jueces la obligación de fijar en toda sentencia de divorcio, la situación de los hijos y resolver todo lo relativo a la patria potestad”.<sup>39</sup>

son diferentes, tienen para las familias unas consecuencias distintas y pueden llevar con más facilidad a que se produzca el traslado ilícito del menor al extranjero, frecuentemente al Estado de origen del progenitor que lo sustrae”. *Cfr.*, Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980, cit.*, p. 20; de parecida opinión en este punto encontramos a Montón García, M., *La sustracción de menores por sus propios padres, cit.*, p. 43; esta autora sostiene que “nos encontramos ante una situación que, en tiempos relativamente recientes está produciéndose con una cierta asiduidad como consecuencia de factores muy diversos, pero en la que late siempre un elemento común que acostumbra a ser su causante último: la desavenencia familiar entre los progenitores, siendo éstos de distintas nacionalidades y generalmente con importantes diferencias socioculturales entre ellos”.

<sup>37</sup> Véase Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980, cit.*, p. 20.

<sup>38</sup> Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 4648/89.

<sup>39</sup> Novena época, contradicción de tesis 68/98. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito, 29 de septiembre de 1999, *Semanario Judicial de la Federación y su*

3. “DIVORCIO. SITUACIÓN DE LOS HIJOS MENORES (LEGISLACIÓN DE CHIHUAHUA). La situación de los menores hijos habidos en matrimonio es un problema que debe resolverse de inmediato en el juicio de divorcio de los padres”.<sup>40</sup>
4. DIVORCIO, SITUACIÓN DE LOS HIJOS MENORES EN CASO DE (LEGISLACIONES DE PUEBLA Y DEL DISTRITO FEDERAL)... al decretarse el divorcio el juzgador tomará las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones de los cónyuges respecto a sus hijos, y en la sentencia de divorcio debe fijarse la situación de los hijos...”.<sup>41</sup>
5. “MENORES, GUARDA DE LOS EN CASO DE DIVORCIO... el mandamiento de un juez determinando sobre la guarda de los hijos, mientras se ventila el divorcio, no puede considerarse acto fuera de juicio”.<sup>42</sup>

Invocando a Perezniето Castro y Silva Silva afirmamos que “en la mayor parte de los casos, la sustracción ilícita de menores deriva de las desavenencias conyugales de los padres”.<sup>43</sup> Partimos de que las crisis matrimoniales, de pareja, se producen, entre otros motivos, por las diferencias sociales, culturales, laborales, ideológicas, personales, religiosas o políticas de las personas que conforman e integran estos matrimonios o relaciones de pareja de carácter mixto.

Igualmente encontramos otros motivos de crisis en la creciente incorporación y protagonismo de la mujer al mundo laboral y la búsqueda de nuevas metas personal-laborales.

Otro motivo puede encontrarse en la existencia de violencia intrafamiliar y la consecuente huida del progenitor maltratado.

Ahora bien, la *Guía de buenas prácticas* —tercera parte, medidas de prevención, página 38, párrafo 4.1.3—<sup>44</sup> menciona que hay otras vías menos reprochables, social y jurídicamente, para una madre que quiere proteger a un menor de la violencia que se pueda llegar a vivir en el seno familiar y en

*Gaceta*, t. X, noviembre de 1999, p. 280, Primera Sala, tesis 1a./J. 54/99; véase la ejecutoria en la misma página de dicho tomo.

<sup>40</sup> Amparo directo 5754/56. Véase: *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985*, novena parte, tesis relacionada con la jurisprudencia 215, p. 345, bajo el rubro “Divorcio, situación de los hijos menores (legislación de Chihuahua)”.

<sup>41</sup> Amparo civil directo 4446/38.

<sup>42</sup> Amparo civil en revisión 530/31.

<sup>43</sup> *Cfr.*, Perezniето Castro, L. y Silva Silva, J. A., *Derecho internacional privado, parte especial*, México, Oxford, 2000, p. 186.

<sup>44</sup> [www.hcch.net/upload/abdguideiii\\_s.pdf](http://www.hcch.net/upload/abdguideiii_s.pdf) (revisada en marzo de 2012).

este sentido, la información que se le pueda proporcionar es de alta importancia. Sostiene que:

algunos progenitores ven la sustracción como un medio de protegerse ellos y sus hijos de una situación peligrosa o dañina. Al respecto, la información disponible para los progenitores sobre las medidas de protección en el Estado de su residencia habitual, así como información sobre como establecerse legalmente en otro país, puede reducir la voluntad de sustracción. Dicha información debería estar disponible a la mayor brevedad y podría distribuirse, por ejemplo, entre abogados de familia o mediadores. Los progenitores, especialmente aquellos que se hallan en situación vulnerable, necesitan ser informados de los servicios que se les puede ofrecer para su protección y la de sus hijos. El conocimiento y el acceso a dichos servicios pueden reducir la sensación de temor o desesperación que podría conducir a la sustracción, y es un elemento esencial para cualquier política sobre protección de menores.

*A priori*, sea cual sea el motivo que origine la ruptura de la relación de pareja, creemos que las crisis que derivan en una sustracción deben ser vistas como una reacción ilógica y completamente desmedida a una situación no entendida ni aceptada por los menores de edad (y que les impacta de lleno). No importando la causa para la sustracción, siempre existe una vía de solución menos opresiva para el menor. La sustracción debe ser considerada una conducta muy reprochable, social y jurídicamente hablando, desde que afecta a un NNA, el cual viene a ser el sujeto más perjudicado y el eslabón más débil, sin haber tenido participación (ni activa ni pasiva) o culpa en la crisis de pareja. Sin duda, toda crisis de pareja coloca a los menores de edad en una posición indeseable, que perturba su estabilidad sicoemocional; es así que los NNA terminan pagando un alto precio respecto de una crisis de la que ellos, desafortunadamente, participan como espectadores privilegiados. Si a esta crisis matrimonial y consecuente alteración de la estructura familiar se añade la sustracción, el traslado y la retención a otro Estado, fuera del que era su entorno natural, entendemos que éstos sufren un doble impacto que el derecho no puede dejar de conocer y normar; por un lado, la sustracción y traslado y, por otro lado, la retención y consecuente creación involuntaria de un nuevo entorno familiar, social y cultural.

Otro factor social, claramente vinculado con el anterior, que puede estar implícito en la génesis y composición de esta figura en su plano internacional lo situamos en “el desarrollo de los movimientos internacionales de

mano de obra”,<sup>45</sup> “en la búsqueda de mejores condiciones de vida”,<sup>46</sup> en la búsqueda de numerosas oportunidades y “fuentes de trabajo seguras y rentables”,<sup>47</sup> en el flujo constante de estudiantes a través de intercambios, en la circulación internacional de personas, en general. Este flujo facilita la consolidación de la residencia habitual y domicilio de los miembros de una familia en distintos Estados y puede, en caso de una crisis de pareja, facilitar la materialización de esta figura.

Un tercer factor social, en clara consonancia con los anteriores, lo ubicamos en el desarrollo de los medios de transporte y las comunicaciones internacionales los cuales “han hecho que las relaciones humanas con lugares

<sup>45</sup> Véase González Campos, J. D. *et al.*, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, Eurolex, 1995, p. 133. Como afirma Gómez Bengoechea “los movimientos migratorios internacionales de personas que se desplazan a los países económicamente más desarrollados en busca de trabajo provocan la mezcla de nacionalidades y culturas, y la aparición más frecuente de esos matrimonios mixtos de cuya ruptura puede seguirse con más facilidad el desplazamiento ilícito de los menores”. Esta misma autora apunta como otra causa del incremento de esta figura la “facilidad en el cruce de fronteras” y en este sentido señala que “el progreso en los transportes... los pasaportes familiares en los que aún figuran los menores, y el avance, en Europa, hacia un espacio sin fronteras personales interiores (espacio Schengen), en el que no es necesario presentar ninguna documentación para pasar de un país a otro, hacen que el movimiento de los menores sea mucho más fácil y mucho más rápido”. Véase Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, *cit.*, p. 21. Así se ha sostenido que “transportes internacionales veloces, pasaporte familiar en el que aún figura el menor y simple documento de identificación personal, permiten al secuestrador del menor trasladar a éste, fácilmente, lejos del país de su residencia habitual”. *Cfr.*, Calvo Caravaca, A. L. *et al.*, *Derecho de familia internacional*, *cit.*, p. 359.

<sup>46</sup> Véase Capuñay, L. M., “Los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, en Tenorio Godínez, L. y Tagle de Ferreyra, G. (coords.), *La restitución internacional de la niñez, enfoque iberoamericano doctrinario y jurisprudencial*, México, Porrúa, 2011, p. 1.

<sup>47</sup> Benavides, Santos, D. y Ramírez Solano, A., “La ilicitud en el traslado del menor de edad”, en Tenorio Godínez, L. y Tagle de Ferreyra, G. (coord.), *La restitución internacional de la niñez*, *cit.*, p. 78. De parecido tenor encontramos a Márquez Matamoros, quien afirma que “para los jueces de Latinoamérica no pasa inadvertido el fenómeno migratorio en las economías de los países, ni el tema de la movilidad humana, ni la fractura de las relaciones parentales, ni las nuevas asimetrías económicas de un miembro de la pareja, ni la falta de diálogos de éstos en escenarios familiares. Sumados los aspectos descritos, nos llevan a concluir que el mundo familiar desde lo externo e interno, se encuentra afectado y/o amenazado con enormes repercusiones en la vida de los niños y niñas en sus facetas emocional, psicológica, afectiva y económica”, Márquez Matamoros, A., “Los jueces, el derecho convencional multilateral y el Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, Tenorio Godínez, L. y Tagle de Ferreyra, G. (coords.), *La restitución internacional de la niñez*, *cit.*, p. 270

y culturas distantes se incrementen notablemente”.<sup>48</sup> Sin duda, el traslado (lícito o ilícito) que está implícito en la sustracción internacional se ve claramente favorecido y agilizado con los modernos medios de transporte, de las comunicaciones acompañado todo ello por una notable y creciente flexibilización de las fronteras.

Todos estos factores, aislados o en conjunto, desembocan, por un lado, en el indebido ejercicio del derecho de visita/convivencia/contacto; como bien se afirma

el progenitor que no detenta la custodia del menor pero sí dispone del “derecho de visita” suele utilizar con frecuencia los periodos de visita al menor para atraer hacia sí al hijo y alejarlo de quien lo tiene bajo su custodia. Utiliza, incluso, el derecho de visita para trasladarlo lejos de su país de residencia o para retenerlo en otro país, con lo que se infringe la “custodia” del menor atribuida al otro progenitor.<sup>49</sup>

Así, en este contexto observamos que mientras que el traslado es lícito, la retención del menor se torna ilícita una vez pasados los días de visita asignados o acordados sin que el NNA se devuelva al otro padre. Por otro lado, se manifiesta en el ejercicio indebido del derecho de guarda/custodia asignados, por asignarse, o acordados. En éste se apunta que en la actualidad, más del 70% de los sustractores son las madres cuya custodia ostentan. Se afirma que este dato supone un cambio radical respecto del pasado, en el que la inmensa mayoría de los sustractores eran los sujetos que no ostentaban la custodia. La justificación se encuentra al sostener que las madres sustractoras que detentan la custodia huyen de la violencia y abusos del padre maltratador que ostenta el derecho de visita.<sup>50</sup>

<sup>48</sup> Cfr., Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, cit., p. 21. Como bien señala su autora, “cada vez es más fácil comunicarse con personas que antes considerábamos demasiado lejanas, y cada vez es más la gente que tiene acceso a este tipo de transportes y comunicaciones. Estos avances tecnológicos favorecen la aparición de matrimonios mixtos, y facilitan el traslado rápido del menor de un país a otro”.

<sup>49</sup> Véase Calvo Caravaca, A. L. *et al.*, *Derecho de familia internacional*, cit., p. 358.

<sup>50</sup> *Idem.*

## 2. La arista jurídica

Otros dos factores, que a veces se convierte en uno mismo, ahora de carácter jurídico, que aparecen en la comisión o consolidación de esta figura los ciframos, por un lado en el denominado “nacionalismo judicial”<sup>51</sup> y, por otro, en “el transcurso de los años”,<sup>52</sup> esto es, en el indeseable e inevitable paso del tiempo, el cual no sólo dificulta y entorpece la labor de todos los operadores jurídicos implicados en un proceso restitutorio sino que además inclina la balanza tendenciosamente a la hora de determinar la suerte del retorno del menor al Estado de su última residencia habitual.

Entendemos por “nacionalismo judicial” la “causa de la inadecuada solución de los casos de sustracción internacional, que puede llevar a un incremento de los mismos al confiar los sustractores en que los jueces del Estado de refugio (muchas veces Estado de origen del sustractor) van a dar cobertura legal a la situación de hecho que ellos han provocado”.<sup>53</sup> Se trata de evitar (o al menos intentar) que los tribunales que resuelven el proceso restitutorio tomen una decisión favorable a su nacional, “aunque sea de dudosa justicia”<sup>54</sup> desde que “no es el derecho de la sangre el que mejor juzgará sobre la situación del menor”.<sup>55</sup>

<sup>51</sup> “Los tribunales de un Estado suelen atribuir la custodia del menor al progenitor que ostenta la nacionalidad de dicho Estado”. *Idem*.

<sup>52</sup> “Mientras se eternizan los procedimientos legales, el menor crece y se integra rápidamente en el país al que ha sido trasladado. Por ello, el retorno a su país de origen le puede comportar más perjuicios que beneficios”. *Cfr.*, Calvo Caravaca, A. L. *et al.*, *Derecho de familia internacional*, *cit.*, p. 359.

<sup>53</sup> Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, *cit.*, p. 21. Esta autora establece que “combinando los datos referentes al sexo de los sustractores y la nacionalidad de los mismos, se puede apreciar que los hombres son con más frecuencia que las mujeres nacionales del Estado en el que buscan refugio. En cualquier caso, la diferencia es pequeña, ya que son mujeres el 48.4% (241 casos) de los sustractores que se desplazan con el menor al país del que son nacionales, y son hombres el 52% (104 casos)”, p. 26

<sup>54</sup> *Idem*. La misma terminología se utiliza por Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., “Secuestro internacional de menores”, en Calvo Caravaca, A. L. *et al.*, *Derecho internacional privado*, 2a. ed., vol. II, Granada, Comares, 2000, p. 161. Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *Derecho de familia internacional*, Madrid, Colex, 2003, pp. 279 y 280. Este término lo seguimos en Rodríguez Jiménez, S., *La protección de los menores en el derecho internacional privado mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 48.

<sup>55</sup> Canales Pérez, A., “Protección de menores, restitución de menores”, *Revista de Derecho Privado*, Nueva época, año VI, núms. 16 y 17, 2007, p. 25.

Lo anterior desde que los tribunales pueden ser más proclives a conceder los derechos de familia al padre que ostenta su nacionalidad y restarlos a quien ostenta la de un tercer Estado; situación que se eleva a la enésima potencia y se visualiza de mejor manera cuando los tribunales consideran que ese tercer Estado “no observa un nivel de civilización adecuado para el futuro desarrollo del menor”.<sup>56</sup> Es así que se presupone que las decisiones judiciales adoptadas por ese Estado tienden a favorecer a su nacional a la hora de otorgar los derechos de guarda-custodia y/o visita-contacto-convivencia.

El “nacionalismo judicial” a veces se camufla bajo el pretexto del transcurso del tiempo, en una dilación procesal ilógica e injustificada, formando un tándem complicado de comprobar y derribar. Así, puede ser que los jueces, el sistema jurídico o judicial, o los mismos abogados, a través de argucias que potencian la mala fe procesal, favorezcan la dilación del proceso en aras de conseguir el indeseado “nacionalismo judicial”. Sin duda, la demora dificulta la consecución de los objetivos y de la ejecución de los convenios internacionales y con ello se obtiene la ventaja de que las autoridades “donde se refugia expidan una resolución que ampare su pedido”.<sup>57</sup> Este aspecto jurídico no tiene que desconocer otro afectivo-sentimental en el sentido de que cuanto más tiempo permanezca el menor de edad sin contacto con el otro progenitor, más difícil será después restablecer el cariño y la confianza perdida y por ende normalizar un eventual derecho de contacto paterno-filial. En este rubro sería ciertamente útil la existencia de estadísticas por parte de las autoridades centrales que manifestaran los tiempos y comportamientos de los Estados ante una solicitud de restitución internacional. En el caso de la autoridad central argentina, se afirma que “de los casos que obtuvieron sentencia, un 57.04% ha sido resuelto en un sentido favorable a la petición, en tanto en el 42.92% restante se ha rechazado la solicitud”.<sup>58</sup>

<sup>56</sup> González Campos, J. D. *et al.*, *Derecho internacional privado, parte especial, cit.*, p. 133. En esta obra se afirma que “el fenómeno migratorio ha agudizado hasta límites insospechados esta peligrosa tendencia, asumiendo los tribunales de los países de acogida de trabajadores emigrantes unas atribuciones que en ocasiones pasan por encima de las normas del derecho internacional privado, fundamentalmente cuando estén involucrados nacionales de países del Magreb (sentencia del Tribunal de Apelación de París de 21 de junio de 1962) y también nacionales españoles y portugueses, pertenecientes a países que han sido calificados por la doctrina francesa como de “cultura parcialmente diferenciada”.

<sup>57</sup> Véase Capuñay, L. M., “Los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, *cit.*, p. 5.

<sup>58</sup> Seoane de Chiodi, M. C., “Autoridades centrales. Su razón de ser en el ámbito de la Convención de La Haya de 1980”, *cit.*, p. 185.

De estos datos sería ciertamente ilustrativo ver cuáles son los motivos para rechazar dicha solicitud.

Partimos de afirmar que todos los operadores jurídicos deben buscar, siempre en función de “interés superior” del menor, restituir la situación al Estado último e inmediato en el que se encontraba éste antes de su sustracción (mantenimiento del *status quo* anterior). Ahora bien, existen elementos o factores jurídicos que pueden ayudar a desvirtuar dicho objetivo y que oscilan entre el más reprochable, menos visible y de mayor complejidad en su comprobación (nacionalismo judicial) al más visible, más remediable y de menor dificultad en su comprobación (transcurso del tiempo).

Ambos factores jurídicos, conjuntamente o por separado, favorecen irremediabilmente al progenitor sustractor. Mientras que el nacionalismo judicial supone una defensa y protección ilógica y desmedida a la conducta ilícita de su nacional, respaldándola y justificándola en nombre de otros argumentos discutibles, el paso del tiempo torna lícita una conducta cuya génesis era ilícita. El sustractor sabe que el paso de un periodo mayor a un año juega a su favor, como un gran aliado, desde que cabe una alta probabilidad de que un juez niegue la restitución del menor en orden a evitar una “doble sustracción”.

Mientras que el nacionalismo judicial tiene una solución complicada desde que implica la concientización de los órganos de un Estado de que no siempre cabe la protección y solapamiento de la conducta de un nacional, el paso del tiempo cuenta con una solución más factible y tangible desde que podría diseñarse e implementarse un proceso *ex professo* que ayude a tramitar las restituciones con la celeridad y premura que amerita; un proceso que se caracterice, por ejemplo, por la concentración de competencia en unos cuantos tribunales, potenciando así la implementación de una fase de capacitación y especialización de los jueces que conozcan de dichos procesos y en cuyas manos estará una decisión tan complicada y sensible que sin duda marcará a una familia completa.

Es en esta indeseable pero existente situación de “patologías familiares” o “familias disfuncionales” donde la arista jurídica debe entrar a complementar y ayudar necesariamente a la social, y viceversa, en orden a alcanzar un pleno y, en la medida de lo posible, sano desarrollo del NNA. Una complementariedad que sin duda se ha visto respaldada por una creciente y notable conciencia social y sensibilización jurídica, como consecuencia del incremento de casos de sustracción. Es incuestionable que estas situaciones

demandan una mayor y más eficaz actuación de los poderes públicos.<sup>59</sup> Una intervención más protagónica por parte de los poderes públicos que implicaría un mayor esfuerzo a la hora de emitir normas que den eficaz y rápida solución a este fenómeno social de trascendencia jurídica; ahora bien, la emisión de normas debe venir acompañada de una labor de difusión, de cara a la sociedad en general y a los juristas en particular, en orden a alcanzar su correcta interpretación y por ende aplicación.

### 3. Conclusión

Es palpable que estamos ante un fenómeno que despierta la curiosidad y la sensibilidad de quienes entran en contacto con él, bien de manera directa o indirecta, y que demanda cada vez más un amplio espacio de tiempo tanto en los medios de comunicación<sup>60</sup> como en el debate social y jurídico.<sup>61</sup> Así, el punto convergente está en “la preocupación por el aumento en el número de menores sustraídos de su lugar de residencia habitual por uno de sus progenitores y la conciencia de las terribles consecuencias que este tipo de situaciones provocan en quienes las sufren”, lo cual suscita “preguntas acerca de cuáles son los medios de prevenir y solucionar estos conflictos”.<sup>62</sup> Por lo que hace a la *Guía de buenas prácticas* —tercera parte, medidas de prevención, página 41, párrafo 4.3.1—<sup>63</sup> ofrece datos sobre los *pros* y los *contras* de la intervención de los medios de comunicación. En este sentido afirma:

En algunos Estados, se utilizan los medios de comunicación para difundir información general sobre la prevención de la sustracción. Las autoridades de un Estado pueden considerar la utilización activa de los medios de comunicación para incrementar el conocimiento sobre las medidas preventivas. Un Estado registró un descenso del 26% en los casos de sustracción entre el 2001 y el 2002, y parte de este descenso se atribuye a la cobertura de casos de sustracción por los medios de comunicación... Se sugirió que esto creaba un elemento disuasorio a la sustracción. Por el contrario, una organización no gubernamental advirtió

<sup>59</sup> Véase Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, cit., p. 22.

<sup>60</sup> Nos preguntamos si la alarma social que se produce tras el conocimiento de algunos casos de sustracción del NNA que, por diversos factores o motivos salen a la luz pública, ¿es motivo suficiente para que el Código Penal recoja en su contenido esta figura?

<sup>61</sup> Véase Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*, cit., p. 17.

<sup>62</sup> *Idem*.

<sup>63</sup> [www.hcch.net/upload/abdguideiii\\_s.pdf](http://www.hcch.net/upload/abdguideiii_s.pdf) (revisada en marzo de 2012).

que el incremento de la cobertura de las sustracciones de menores por parte de los medios de comunicación conlleva el riesgo de crear una “falsa imagen”. Otra organización no gubernamental indicó que, en su experiencia, los programas de televisión, los periódicos y las revistas que solicitan información o una entrevista pueden “tener una determinada perspectiva que quieren cubrir y puede ser difícil que publiquen información más básica y útil”... Además... los medios de comunicación tienden a informar sobre casos individuales, en especial sobre aquellos que pueden ser difíciles o más llamativos. Algunos casos pueden ilustrar el fracaso de las medidas preventivas, lo que podría generar una publicidad negativa de las medidas preventivas.

A estos factores sociales y jurídicos queremos unir uno de carácter mixto, a saber, el “mayor reconocimiento de los menores como sujetos de derecho”.<sup>64</sup> Sin duda asistimos a un interesante (y necesario) cambio en el concepto que teníamos de nuestros NNA, del impacto e implicaciones del catálogo de derechos justamente reconocidos a su favor, del papel que desempeña y representa en la sociedad así como del correlativo papel de los padres (biológicos y adoptivos) en la educación y derecho de corrección.

A modo de resumen podemos señalar que es indiscutible que las circunstancias, motivos<sup>65</sup> y situaciones que propician el traslado de un niño o de un adolescente a un lugar diferente del que tenía su residencia habitual o domicilio, por uno de sus padres, son muy diversas y obedecen a causas tan dispares (e incomprensibles) como los casos particularizados que puedan presentarse. Estamos, en definitiva, ante una figura cuya composición y aparición obedece a factores sociales y jurídicos multicausales.

Por lo que hace a las presentes líneas, la arista que centrará nuestro análisis y reflexión será la jurídica. Lo anterior no implica desconocer o demeritar la importancia que presenta la social, sino que su estudio desborda con creces nuestros dos objetivos centrales.

## II. EL DEBATE SOBRE SU UBICACIÓN JURÍDICA ¿CONVICCIÓN O INERCIA?

Pudiera parecer que estamos suscitando un debate estéril o retórico, vacío o baladí; una discusión donde no la hay o donde no la debería haber, a la

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 17. La autora señala que “no importan los motivos que mueven al “secuestrador”, que suele ser un progenitor al que se le ha retirado la guarda de un menor o que teme perderla como consecuencia de un proceso matrimonial”.

hora de plantear la inquietud de la tipificación de la sustracción de un NNA por sus propios padres, como figura jurídica *per se*. Partimos de afirmar que la pregunta central que abordamos en estas líneas no presenta ni una sencilla ni una unívoca respuesta.

Muestra indubitable de que es un debate vivo y de gran actualidad son las comisiones especiales realizadas en el seno del Convenio de La Haya de 1980, en concreto en la Comisión de 1993, 1997 y 2006,<sup>66</sup> donde la pregunta central consiste en determinar cómo un procedimiento criminal y de extradición se cruza con la operación del Convenio de La Haya.

Estas líneas surgen a raíz de escasas pinceladas doctrinales las cuales, al preguntarse acerca de la atinada tipificación de esta figura en los códigos penales, despertaron nuestra curiosidad. Sin ir más lejos ya apuntábamos en 2006, en el libro de *protección de los menores en el derecho internacional privado mexicano*, el interrogante de si es o no objeto de estudio por el derecho penal la conducta de la sustracción *per se* de menores.<sup>67</sup>

Sabemos que no es muy común que la doctrina *ius internacional privatista*, y aún la penalista, aborden la tipificación de la sustracción por sus propios padres como un punto conflictivo o meramente discutible, dando por hecho, en su mayoría, que así es y así debe ser. Ahora bien, es justo dar mérito y reconocimiento a los pocos autores que se han preguntado si la intromisión del derecho penal es lógica o, por el contrario, cabe replantearse esta participación y, por consiguiente, reubicar exclusivamente en la disciplina civil-familiar-*ius internacional privatista*-procesal-constitucional la figura de la sustracción de un NNA por sus propios padres, dejando para el derecho penal la sanción, diferenciada, meditada y diferida temporalmente de las consecuencias derivadas de dicha conducta parental, cuando se motiva la aparición de otras conductas delictivas, así como al derecho civil la pérdida de los derechos de familia asignados.

De nuevo estimamos necesario iniciar trazando una gruesa línea entre lo que representa la figura de la sustracción (vulneración de derechos de familia y su consiguiente proceso restitutorio) y lo que conlleva sus consecuencias e implicaciones al despertar otras conductas delictivas. Consideramos que la primera cuestión permanece en el plano puramente constitucionalista, procesalista, civilista, familiar e *ius internacional privatista* y, la segun-

<sup>66</sup> Véase <http://www.hcch.e-vision.nl/upload/abdrpt93e.pdf>; [http://www.hcch.net/upload/wop/abd\\_2006\\_rpt-e.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/abd_2006_rpt-e.pdf); [http://www.hcch.net/index\\_es.php?act=text.display&tid=21](http://www.hcch.net/index_es.php?act=text.display&tid=21), y <http://www.hcch.e-vision.nl/upload/abduc97e.pdf> (consultadas el 2 de agosto de 2011).

<sup>67</sup> Rodríguez Jiménez, S., *La protección del menor en el derecho internacional privado mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 164.

da es una cuestión que debe ser regulada y tomada en consideración por el derecho penal (por lo que hace a la sanción penal) y por el derecho civil (por lo que se refiere al reproche civil).

El objetivo final que perseguimos es saber si con la participación del derecho penal como una arista más que entra en juego en un supuesto de sustracción, se protege al menor de una manera más efectiva y real. Adelantándonos a nuestras conclusiones sostenemos que el derecho penal no aporta nada en la meta de cualquier *civilista o ius internacional privatista* de proteger a un menor sustraído.

Nosotros sostenemos que la rama sobre la que hay que prestar especial atención es la *ius internacional privatista* y en vertientes como: a) la búsqueda de un proceso restitutorio sencillo, rápido, transparente que respete y garantice el debido proceso y que esté basado en la cooperación y eficiente coordinación entre las autoridades centrales y las autoridades judiciales meramente civiles/familiares, desde la presentación de la solicitud hasta el retorno seguro del menor; la anterior simplificación ayudaría a alcanzar el éxito del proceso restitutorio, cualquiera que sea el sentido, positivo o negativo, que adquiera el mismo en función de la materialización del “interés superior” de la infancia; b) la búsqueda de decisiones adecuadas en las denominadas *relocation disputes* desde que éstas pueden desincentivar las conductas de sustracción, etcétera.

Por lo anterior, cabe mencionar que la vía civil es la que real y efectivamente protege al menor, mientras que la vía penal es la que sanciona al padre sustractor, al autor de un injusto penal; en otras palabras, la vía penal no protege al menor sino que sirve de “consuelo” al padre sustraído tras la sanción que se imponga al padre sustractor por haber cometido desacato, falsedad en documento público, lesiones, etcétera. Es por ello que donde necesitamos hacer hincapié es en la vía civil/*ius internacional privatista*, la cual materializa el proceso restitutorio del menor.

Es así que partimos de afirmar que lo más recomendable es considerar la sustracción como una figura de corte civil-familiar-*ius internacional privatista*, esto es, como una conducta sencillamente civil que deriva de la vulneración de derechos de familia y que acarrea un necesario proceso restitutorio; la anterior concepción implica que la restitución del menor sea la meta principal en un supuesto de sustracción internacional, desde que ésta es la única arista jurídica que protege de manera principal al menor, parte débil en este supuesto de hecho. Es por ello que la sustracción debe buscar el mantenimiento del *status quo* siempre en atención al *favor filii*; una búsqueda que se da únicamente por la vía civil.

Así las cosas, entendemos que en la actualidad, al considerarse la sustracción como una figura bicéfala, conducta civil e ilícito penal, puede llegar a confundirse la importancia de estas ramas jurídicas cuando se protege al menor. Así, lo primero que debemos buscar es llevar a buen término el proceso restitutorio, con la consiguiente sanción derivada de la infracción a derechos civiles, familiares-tuitivos, a saber, pérdida de la patria potestad o, en su caso, de los derechos de familia asignados. Restaría que la vía penal, de manera coadyuvante, reflexionada y diferida, sancionara la conducta del padre sustractor, siempre por las consecuencias que se derivaron de la comisión de su conducta, y a través de figuras delictivas que ya estaban en los códigos penales con nombre y apellidos propios, a saber, desacato, maltrato psicológico infantil, violencia intrafamiliar, lesiones o falsedad en documento público, por ejemplo.

De más está señalar que lo que debe priorizarse es la localización y restitución del niño o del adolescente al Estado de su última residencia habitual, si ello responde incondicionalmente a su “interés superior”, debiendo medir, en cada caso, penalmente las consecuencias que generó la conducta civil del padre sustractor y que desencadenaron otras figuras penales. Consideramos que dar la misma prioridad a la localización y restitución y a la imposición de una sanción penal al padre sustractor equivale a colocar en el mismo plano de atención a la parte débil de esta relación jurídica y al padre “sustraído”. El objetivo inmediato, a corto plazo, debe ser localizar y restituir al NNA al Estado de su última residencia habitual; por su parte, el objetivo a largo plazo debe ser sancionar las implicaciones de la conducta del padre sustractor cuando ello se considere pertinente. En este sentido entendemos que debe protegerse primeramente al menor de edad y posteriormente prestar atención al daño ocasionado al padre sustraído.

Es así que entendemos que en aras de tener un proceso restitutorio marcado por la rapidez, es necesario abogar por la primaria coordinación de las autoridades centrales y judiciales civiles/familiares implicadas en el mismo.

Concatenado a esta idea sostenemos que la apertura del proceso restitutorio por la vía meramente civil tendrá como consecuencia directa y necesaria la interrupción de la prescripción de la acción penal. Lo anterior de cara a evitar problemas (o fraudes) que pudieran hacer desaparecer el castigo penal al padre sustractor, si considera oportuno este plano punitivo.

Nuestra propuesta no es que desaparezca la sanción penal de manera automática y generalizada, ni aun la civil, que en su caso deba imponerse al

padre sustractor; lo que sugerimos es que la conducta de sustracción se quede exclusivamente en el ámbito civil, y que el desacato, las lesiones, la falsedad en documento público, etcétera, motivado por esa sustracción, sea el detonante de la imposición de una sanción penal, siempre con posterioridad a la resolución del proceso restitutorio e incluso de la asignación autónoma y diferente de los derechos tuitivos teniendo presente siempre la necesidad de sopesar la necesidad de privar de libertad a la madre o padre del menor, motivando con ello que la parte débil no pueda ver y convivir con su progenitor con total naturalidad y en un ambiente completamente sano. Lo que resulta incongruente es que una sanción penal se imponga como consecuencia de la realización de una conducta puramente civil y que incluso pueda entorpecer y confundir (o incluso justificar) a los jueces a la hora de resolver la suerte del proceso restitutorio. Lo anterior por considerar que la vía penal no aporta una protección *extra* al menor y sí puede llegar a confundir e incluso interferir en la vía civil.

Derivado de lo anterior ponemos de manifiesto que hoy día la sustracción cuenta con la existencia de un “doble castigo”: penal y civil. Por un lado, atendiendo al mencionado principio de legalidad reconocido por la CPEUM, artículo 14 párrafo tercero, la sustracción de un menor es una conducta delictiva que lleva aparejada una pena privativa de libertad y/o multa, la cual varía dependiendo de la entidad federativa implicada. Por otro lado, desde el punto de vista civil encontramos que en algunas entidades federativas se establece una “sanción” civil, la cual viene materializada con la pérdida de la patria potestad o de los derechos de guarda/custodia, convivencia/visita asignados. Por ello, nos encontramos con un “doble castigo” en la comisión de la figura de la sustracción, una penal (pena privativa de libertad y/o multa) y una civil (pérdida de derechos asignados).

Como recuento final, aunando todas las afirmaciones anteriores concluimos que, debemos admitir que la pieza familiar que hay que proteger es al NNA, por ser la parte débil de cualquier relación jurídica en la que se halle inmerso (alimentos, adopción, tráfico, etcétera). Una protección que, para el *ius internacional privatista*, se alcanza a través de la previsión de normas competenciales que prevean foros de protección, de concurrencia competencial, de normas de derecho aplicable materialmente orientadas, así como con la previsión de procesos expeditos para su localización y restitución. La suma de estos vectores, en el supuesto de una sustracción, consigue proteger al menor, determinando si procede o no la localización y restitución al Estado de su última residencia habitual en un plazo no

superior a un año, evitando la aparición de los indeseados y *supracitados* “nacionalismos judiciales”.

En otro orden de ideas, queremos poner a disposición del lector los puntos doctrinales, jurisprudenciales y aun de las comisiones especiales y las guías de buenas prácticas sostenidas en el marco del Convenio de La Haya,<sup>68</sup> que de alguna u otra forma han abonado el terreno del debate que aquí se presenta y que, con una opinión coincidente, aconsejan la no utilización de la vía penal en estos supuestos, de hecho de tenor puramente familiar.

### 1. Doctrina

Por lo que hace a la escasa doctrina *ius internacional privatista* y penalista que se ha pronunciado sobre lo atinado o no de tipificar esta figura, debemos mencionar que se encuentra repartida geográficamente.

#### A. España

Por lo que hace a la doctrina *ius internacional privatista* española, con la que coincidimos en todos sus extremos, concretamente Gómez Bengochea, señala, en el marco del Convenio de La Haya, y especialmente en las reuniones mantenidas por la Comisión Especial (enero de 1993 y marzo de 1997), que

*se contempla la criminalización de este fenómeno como una solución poco correcta o poco beneficiosa, ya que puede resultar contraproducente para la consecución de la restitución del menor.* En ambas reuniones, los representantes de los Estados miembros hacen referencia a los inconvenientes que la existencia de un procedimiento penal puede suponer para la adecuada aplicación del Convenio y la consecución de sus objetivos:

— Se menciona como *motivo por el que se ha denegado*, en varias ocasiones, la restitución de un menor. Se discute si esta cuestión podría ser considerada causa para denegar la restitución basándose en el artículo 13 b). Se considera que

<sup>68</sup> Primera parte. Práctica de las autoridades centrales: [www.hcch.net/upload/abdguide\\_s.pdf](http://www.hcch.net/upload/abdguide_s.pdf); segunda parte. Medidas de aplicación: [www.hcch.net/upload/abdguidez\\_s.pdf](http://www.hcch.net/upload/abdguidez_s.pdf); tercera parte. Medidas de prevención: [www.net/upload/abdguideiii\\_s.pdf](http://www.net/upload/abdguideiii_s.pdf); Contacto transfronterizo relativo a los niños: [www.hcch.net/upload/guidecontact\\_s.pdf](http://www.hcch.net/upload/guidecontact_s.pdf); cuarta parte. Ejecución: [www.hcch.net/upload/guide28enf\\_s.pdf](http://www.hcch.net/upload/guide28enf_s.pdf)

la existencia del procedimiento penal *puede disuadir al sustractor de devolver al menor voluntariamente*.

- Puede crear en la familia un clima que haga difíciles las relaciones familiares duraderas, y *puede influir en las decisiones acerca del fondo del asunto, apartando indebidamente al sustractor de la custodia* aunque esto no sea lo mejor para el niño.
- Interfiere en el derecho del niño a mantener relaciones normales con ambos padres. Junto a estos inconvenientes, se reconocen también algunas ventajas.
- En algunos casos se defiende como forma de disuadir a los posibles sustractores, es decir, como medio de prevención.
- En algunos países la existencia de un procedimiento penal es necesaria para que puedan llevarse a cabo determinadas acciones policiales que pueden ser decisivas para evitar que la sustracción se convierta en internacional (por ejemplo, evitar el despegue de un avión) y para localizar a los menores.

En otros Estados estas actuaciones son posibles sin necesidad de que la sustracción esté tipificada como delito. A este respecto es necesario mencionar que, tanto en la reunión de la Comisión Especial de 1993 como en la celebrada en 1997, se hace referencia a que *la actuación de Interpol en relación con la localización de los menores no precisa de la existencia de una denuncia penal*, basta con un informe que acredite la desaparición de la persona. Aun cuando se reconoce que la tipificación penal puede conllevar algunas ventajas, se considera que, en líneas generales, *no debe fomentarse la existencia de procedimientos penales en este ámbito por resultar contraproducentes*; se recomienda, además que se tenga en cuenta el estado en el que se encuentra la posibilidad de restitución a la hora de iniciar el procedimiento penal, *suspenderlo o retirar los cargos*<sup>69</sup> (cursivas añadidas).

Por lo anterior concluye que

en el ámbito del Convenio de La Haya *se considera contraproducente la tipificación penal de la sustracción internacional de menores*. Aunque se le reconocen ciertas ventajas, *se considera que sus inconvenientes, entre los que se citan el obstáculo que supone para el retorno voluntario y la dificultad que supone para la normalización de las relaciones familiares, son mayores, y que obstaculiza la solución del problema de la forma más beneficiosa para el niño*<sup>70</sup> (cursivas añadidas).

<sup>69</sup> Gómez Bengoechea, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980, cit.*, pp. 115-118.

<sup>70</sup> *Ibidem*, pp. 144 y 145.

Por su parte, Montón García señala que “este tipo de conductas no afectan a la libertad ni a la seguridad de los menores, por lo que realmente no es fácil conseguir por estas vías la recuperación del menor ilícitamente sustraído, y menos si era desplazado de un país a otro”.<sup>71</sup> De esta forma apunta hacia otro factor que no cabe desconocer a la hora de inclinar la balanza hacia lo atinado o erróneo de esta tipificación, a saber,

la utilización de la vía penal para solucionar el conflicto derivado del traslado ilícito de un menor por alguno de sus padres de un país a otro ofrece, como hemos indicado antes, serias dificultades si no existen como decíamos convenios de extradición entre ellos o cuando simplemente tal conducta no sea delictiva en alguno de ellos. Esto viene a darnos a entender que la solución definitiva no hemos de buscarla ahí sino en convenios plurilaterales específicos cuyo objeto es dar solución civil a este tipo de conflictos.<sup>72</sup>

Si bien no se descarta la tipificación de la conducta sustractora se entiende que ésta es vista como *ultima ratio* a la hora de prevenir, erradicar o solucionar la sustracción; en este sentido se afirma que

el régimen jurídico de estas situaciones queda así enfocado sobre dos campos diferentes que responden a una filosofía aparentemente muy simple: a) habiendo datos indicativos, con la fuerza suficiente de una mínima verosimilitud, que puede verse burlado el régimen de custodia establecido sobre un menor, de trayéndolo de aquel a quien legalmente hubiera sido atribuido, adoptemos las medidas judiciales adecuadas para impedir, en lo posible, que esto se produzca; b) si a pesar de estas medidas, o por no haberse adoptado, o no haberse hecho a tiempo, un progenitor o determinados parientes del menor llegaran a “apoderarse” indebidamente de él, establezcamos mecanismos disuasorios tipificando tal conducta como punible.<sup>73</sup>

Para González Beilfuss, si en un caso de sustracción

la sustractora hubiera dispuesto de mecanismos adecuados para poder trasladar al niño lícitamente, tal vez habría desistido de actuar unilateralmente, lo cual en el largo plazo beneficiaría sobre todo al niño, pues los mecanismos de retorno y sobre todo la intervención del derecho penal no hacen sino exacerbar

<sup>71</sup> Montón García, M., *La sustracción de menores por sus propios padres*, cit., p. 18.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 19.

el conflicto entre los padres, dificultando la necesaria colaboración de cara al futuro.<sup>74</sup>

Para la doctrina penal española tampoco ha pasado desapercibido este debate e intenta esclarecer la tenue línea que puede haber entre la sustracción y otra tipología de delitos, y en este sentido se ha pronunciado señalando que: “estimó la jurisprudencia que no se estaba ante este delito, sino más bien ante otro de coacciones, desobediencia o de allanamiento de morada... o ante un hecho impune, si se trataba más bien de un acto de traslado, más que de sustracción, para atender a los hijos”.<sup>75</sup>

Por su parte, Muñoz Conde señala que “lo primero que hay que decir es que no se trata de unas ‘detenciones ilegales’... sino más bien de un delito de desobediencia a la decisión judicial respecto a la custodia y guarda de los hijos menores en caso de separación o divorcio de sus progenitores”.<sup>76</sup>

Quintano Ripollés señala que

a las obvias consideraciones ético-sentimentales cabe, ya en el terreno de la fría técnica, añadir un argumento que me parece de interés y aun digno de prevalecer, llegado el caso, en el terreno de la práctica. Es el de que en la hipótesis que ahora se contempla no hay, en puridad de principios, una lesión ni riesgo para la libertad del menor, que deja de ser objeto material y jurídico de la infracción, y aun sujeto pasivo de ella, al menos si consintiere, para proyectarse íntegramente la acción contra el titular legal de la patria potestad o tutelar, o bien *contra* la autoridad que pronunció la decisión quebrantada.<sup>77</sup>

Así, se afirma que esta figura estaría más cercana a la “desobediencia del 237 o bien al de coacción del 496”, siendo “ambas soluciones correctas”.<sup>78</sup>

<sup>74</sup> González Beilfuss, C., “El traslado lícito de menores: las denominadas *relocation disputes*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, España, vol. LXII, 2010, p. 55.

<sup>75</sup> Cobos Gómez de Linares, M. A. *et al.*, *Manual de derecho penal, parte especial I*, 2a. ed., España, Akal/Iure, 1994, pp. 290 y 291.

<sup>76</sup> Muñoz Conde, F., *Derecho penal, parte especial*, 15a. ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p. 328.

<sup>77</sup> Quintano Ripollés, A., “La relativa sustantividad del delito de sustracción de menores”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, España, t. XIV, fasc. I, enero-abril de 1961, p. 9.

<sup>78</sup> Cobo del Rosal, M., “Consideraciones técnico-jurídicas sobre la “sustracción de menores” (continuación), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, España, t. XIV, fasc. III, septiembre-diciembre de 1961, p. 443.

### B. Argentina

Otras afirmaciones las encontramos en la doctrina penalista argentina, la cual señala que

se discute, sin embargo, si comete este delito el padre o madre del menor que lo sustrae de la tenencia que legítimamente ejercía el otro cónyuge o un tercero por él; la doctrina y la jurisprudencia argentinas han negado que esas personas pudieran ser autores del delito, apoyándose en que éste es una pura ofensa a los derechos familiares de patria potestad o a los nacidos de la tutela o guarda, aunque puedan constituir otros delitos (como el de desobediencia); sin embargo, la actitud del padre que así procede vulnera la libertad del ejercicio de esos derechos, por lo cual aquella solución no es del todo coherente con la inclusión del tipo en los delitos contra la libertad.<sup>79</sup>

### C. México

Por su parte, la doctrina penalista mexicana señala, en concreto Inzunza Cázares, que

la “huida al derecho penal” ha trazado nuevas fronteras donde del comportamiento virtuoso se pasa, sin estadios intermedios, a la conducta criminalizada. Hasta la familia, espacio en el que por definición se espera que la relación entre sus integrantes se auspicie bajo valores de amor y fraternidad del todo ajenos al consenso coactivo de la norma jurídica, se penaliza y resulta cada vez más difícil distinguir al buen padre del padre delincuente... La llamada del derecho penal a ámbitos que le son ajenos está produciendo una escisión de la comunidad en santos y pecadores, sin que sea posible encontrar ya hombres de buena voluntad.<sup>80</sup>

Por su parte, Zamora Jiménez señala que: “la ‘sustracción de un menor’, constituye una detención ilegal cualificada consistente en sustraer al menor de la custodia de aquellos que legalmente la tienen”.<sup>81</sup>

Ahora bien, no todos se extrañan ni ven raro el hecho de que los códigos penales tipifiquen esta figura; en este sentido, Canales Pérez señala que

<sup>79</sup> Creus, C., *Derecho penal, parte especial*, 3a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1990, t. I, p. 343.

<sup>80</sup> Véase Inzunza Cázares, E., *La exacta aplicación de la ley penal y el mandato de determinación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 41 y 42.

<sup>81</sup> Zamora Jiménez, A., *Manual de derecho penal, parte especial, análisis de los delitos en México*, 4a. ed., México, Ángel Editor, 2007, p. 278.

de ahí la gravedad de las sanciones que recientemente se decidió por el Legislativo, incluir al Código Penal, para que estas conductas sean severamente castigadas y se eviten así muchos abusos y pérdidas para los menores, quienes sufren inmensamente cuando son separados del lugar habitual en el que viven.<sup>82</sup>

Por ello afirma que “para la comisión del ilícito no es necesaria la resolución definitiva, sino que puede darse desde la provisional”.<sup>83</sup>

#### D. Uruguay

En este rubro queremos mencionar que la inquietud de escribir estas líneas nacieron después de leer al profesor Tellechea Bergman, el cual sostenía que

la razón de que los textos convencionales se concentren esencialmente en las hipótesis de sustracción y retención irregular de menores por sus padres u otros familiares, se debe tanto al número creciente de estas situaciones en nuestros días, cuanto a la necesidad de dotar a los tribunales de una regulación apta para atender *este tipo de situaciones de difícil tipificación como delito, por su carencia de antijuridicidad por no poner, en principio, en peligro al niño un traslado realizado por parientes y por la falta de espíritu de lucro*; y que aún tipificadas, en tanto las conductas punibles son realizadas por familiares, las sanciones tienden a ser mínimas y no resulta en consecuencia operable la extradición<sup>84</sup> (cursivas añadidas).

Afirmaciones que son reproducidas de forma coincidente por Dreyzin de Klor.<sup>85</sup>

<sup>82</sup> Canales Pérez, A., “Protección de menores, restitución de menores”, *Revista de Derecho Privado*, México, nueva época, año VI, núm. 16-17, 2007, p. 19.

<sup>83</sup> *Idem*.

<sup>84</sup> *Cfr.*, Tellechea Bergman, E., “Las convenciones interamericanas sobre restitución internacional de menores y obligaciones alimentarias de Montevideo de 1989”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, Uruguay, año XXXI, núm. 1-2, 1990, p. 112. *Id.*, “La Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre restitución internacional de menores. Consideraciones acerca de sus soluciones y su funcionamiento”, en Calvo Caravaca, A. L. y Castellanos Ruiz, E. (dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, España, Colex, 2003, p. 801.

<sup>85</sup> *Cfr.*, Dreyzin de Klor, A. (coord.), *La protección internacional de menores. Restitución. Adopción. Tráfico. Obligaciones alimentarias*, Argentina, Advocatus, 1996, p. 45.

## 2. Autoridades y jurisprudencia

En 1974, el ministro de justicia francés, en un escrito dirigido al Senado expresó que:

La experiencia adquirida por los servicios de la cancillería muestra que las vías legales teóricamente ofrecidas para obtener la repatriación de niños de padres separados o divorciados, llevados al extranjero por sus propios padres que no tienen legalmente la guarda y custodia, son prácticamente inoperantes. Los medios preventivos tienen pues el propósito de jugar un papel fundamental. Los remedios jurídicos son, en efecto: 1. En el plano civil, el ejercicio en el país de refugio, sea a través de un proceso de exequátur de la decisión francesa que decidió sobre el derecho de guarda custodia, sea a través de una acción de remisión directa del niño. Pero desgraciadamente esas instancias raramente llevan a resultados. 2. Las sanciones penales incurridas en Francia por el que se declara culpable de sustracción de un menor o de no representación de un niño. Pero la eficacia de las diligencias penales son también ilusorias en caso de no regresar a Francia, ya que estas diligencias no pueden darle la extradición (independientemente del hecho que la mayoría de países no extraditan a sus nacionales, en la hipótesis la más frecuente), donde el niño fue llevado por el otro padre dentro de su propio país de origen.<sup>86</sup>

De igual opinión encontramos al juez titular del Juzgado de Primera Instancia Número 5 de Málaga, el cual determina que es “un error derivar a la jurisdicción penal estas discrepancias en el ejercicio de la custodia de menores”.<sup>87</sup>

Igualmente en el 33 Juzgado Nacional de Instrucción de Argentina, en el denominado *Caso López*, donde se había iniciado una causa penal contra un padre por una denuncia de la madre sustraída, el juez resolvió que el derecho penal no era el mejor entorno para dirimir una controversia de familia, donde la única perjudicada era una niña.<sup>88</sup>

<sup>86</sup> Mineur-parents divorcés-garde confiée au parent domicilié en France-Mineur emmené à l'étranger par l'autre parent-prévention et remèdes. Réponse du ministre (J. off., déb. Senado, 16 de noviembre de 1973, p. 1736), *Revue Critique de Droit International Privé*, t. LXIII-1974, núm. 1, enero-marzo de 1974, pp. 170 y 171.

<sup>87</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>88</sup> Véase <http://www.lexaustralis.com/lopez.htm>, revisada el 2 de agosto de 2010.

### 3. *Guía de buenas prácticas*

Por lo que se refiere a las afirmaciones contenidas en las guías de buenas prácticas, observamos que sin ser tajantes en sus afirmaciones también cuestionan el papel que juega la vía penal cuando se trata de solucionar una sustracción. Sus afirmaciones nos recuerdan en gran medida las vertidas por las distintas comisiones especiales. Resta remitir al lector a las guías de buenas prácticas para que también tenga un panorama de sus contenidos e inclinaciones añadiendo nuevos ingredientes para la reflexión.

a) *Guía de buenas prácticas, en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores* —primera parte, “Práctica de las autoridades centrales”, página 51, párrafo 4.10—:

La Interpol puede jugar un papel constructivo y útil en la localización de menores sustraídos. No es necesario abrir un procedimiento penal para que pueda acordarse esta ayuda que puede obtenerse con una simple declaración de desaparición; de hecho, el procedimiento penal puede ser contraproducente en determinados casos. Las autoridades centrales de un cierto número de países desalienta sistemáticamente el inicio de tales procedimientos. Corresponde a cada país determinar qué uso se puede hacer de la red de comunicaciones de la Interpol en relación con la sustracción de menores.

Esta afirmación la encontramos en Seoane de Chiodi.<sup>89</sup> En la página 80, párrfo 6.3 se señala:

PROCEDIMIENTOS PENALES. Los tribunales de algunos Estados parte son reticentes a ordenar el retorno del menor cuando el padre sustractor deberá hacer frente a una acusación penal tras el retorno. En algunos casos, los tribunales pueden considerar el retorno contrario al interés superior del menor al separarlo de la persona sustractora por el inicio de un procedimiento penal; o de darle desventaja en el procedimiento relativo a la custodia por razón de la existencia de estos procedimientos penales o de una orden de arresto. La incidencia de las causas penales para la sustracción de menores sobre la posibilidad de proceder a su retorno es una cuestión que debería poder ser tomada en consideración por

<sup>89</sup> Seoane de Chiodi, M. C., “Autoridades centrales. Su razón de ser en el ámbito de la Convención de La Haya de 1980”, en Tenorio Godínez, L. y Tagle de Ferreyra, G. (coords.), *La restitución internacional de la niñez*, cit., p. 164, nota al pie 7. Esta autora señala que “la apertura de un procedimiento penal puede ser, a veces, contraproducente”.

las autoridades penales, en su marco de poder discrecional de iniciar, suspender o abandonar las causas penales.

b) Por lo que se refiere a la *Guía de buenas prácticas* —tercera parte, “Medidas de prevención”, página 14, párrafo 1.3— señala: “Derecho penal: Las disposiciones en el derecho penal nacional criminalizando el desplazamiento ilícito o el intento de desplazamiento de un menor de una jurisdicción *puede* disuadir la sustracción” (cursivas añadidas). En este sentido observamos que los términos son tibios a la hora de calificar la intervención del derecho penal.

Continúa la *Guía* ofreciendo un valioso recorrido por el escenario que se presenta en los Estados relativo a la inclusión del derecho penal:

La sustracción internacional de menores es un delito en muchos Estados. Sin embargo, la definición concreta de lo que constituye el delito varía de un Estado a otro. Por ejemplo, en algunas jurisdicciones sólo un desplazamiento ilícito de un menor constituye un delito, mientras que en otras jurisdicciones la retención ilícita también puede considerarse como delito. En algunos Estados la sustracción de los progenitores se considera delito sólo si el progenitor sustractor no tiene derechos parentales o de custodia. En otros Estados, un progenitor con derecho de custodia puede considerarse culpable de sustracción de un menor si, al desplazar a un menor de la jurisdicción, él o ella priva al otro progenitor el ejercicio de sus derechos de visita. La legislación de determinados Estados ha creado un delito específicamente sobre la sustracción por los progenitores, mientras que en otros Estados sólo existe un delito más genérico sobre sustracción, el cual en la mayoría de ocasiones puede aplicarse tanto a progenitores como a terceros por igual.

La definición de un menor (o, más en concreto, la edad en la cual una persona deja de ser un menor a los efectos de un delito concreto sobre sustracción) varía de un Estado a otro. Las respuestas al Cuestionario indican que la edad correspondiente varía entre los 14 y los 16 años. También hay diferencias significativas entre los Estados sobre la pena que se impone por la sustracción de un menor. En algunos Estados, el delito puede ser punible mediante un periodo de encarcelamiento de hasta 6 meses, mientras que en otros Estados un sustractor puede ser condenado a más de 10 años. En una respuesta al Cuestionario se indicó que “las penas rigurosas sirven para disuadir a potenciales sustractores” [traducción de la Oficina Permanente]. En determinados Estados la culpabilidad penal se extiende no sólo al sustractor sino también a la persona que incita el acto de la sustracción o que actúa como cómplice.

Aparte del delito específico sobre sustracción, muchos Estados contemplan delitos adicionales o relacionados en su derecho penal. En algunos Estados, por ejemplo, puede ser delito impedir el contacto o visita entre el menor y el proge-

nitores que no tienen el derecho de custodia o quebrantar una orden de custodia o de visita. Otros delitos relacionados incluyen intentar obtener un pasaporte fraudulentamente, traficar y privar ilegalmente a una persona de su libertad.

Queda claro del Informe de la Tercera Reunión de la Comisión Especial que “el principal objetivo de la criminalización de la sustracción parental de un menor debería ser impedir tales sustracciones incluyendo las sustracciones entre Estados que no son parte en el Convenio”. Debería enfatizarse que, mientras una denuncia penal puede ser necesaria para aplicar determinadas medidas preventivas o para actuar como impedimento a una sustracción, si un sustractor tiene éxito y abandona la jurisdicción, una denuncia penal puede tener un efecto contrario a la aplicación del Convenio de 1980.

En las páginas 33 y 34, párrafo 3.2.3, continúa señalando que:

En algunos Estados se necesita una denuncia penal para que la policía pueda actuar, incluyendo el impedir que un menor y/o el sustractor abandonen la jurisdicción. En los Estados Unidos la legislación sobre sustracción internacional de menores penaliza la tentativa de sustracción, permitiendo a las autoridades actuar cuando una sustracción se encuentra en proceso. En un Estado se discutió sobre la necesidad de agravar las penas por el delito de sustracción de menores dado que así se otorgaría el poder coercitivo a la policía. En otro Estado, la falta de implementación de medidas para evitar la sustracción de un menor es punible según su derecho penal. Si el menor ya ha sido sustraído al Estado, puede ser posible evitar posteriores desplazamientos. “La institución de procedimientos penales es necesaria en algunos países para iniciar una acción policial, la cual puede ser vital para evitar que una sustracción desarrollada en el ámbito interno se convierta en una sustracción internacional (por ejemplo, impedir el despegue de un avión) y para localizar al menor. En determinados países, sin embargo, la acción policial se permite en los casos de sustracción por los progenitores bajo el derecho civil, no siendo por tanto necesario el inicio de un procedimiento penal para tal acción” [traducción de la Oficina Permanente]. Al respecto debería indicarse que no es necesaria una denuncia para conseguir la ayuda de la Interpol. Mientras que en algunos Estados será necesaria una denuncia para conseguir la ayuda de la ejecución de la ley para evitar que un menor abandone el Estado, debería indicarse que los procedimientos penales pueden impedir la aplicación del Convenio. Las Conclusiones y Recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión Especial afirmaron que: “La incidencia de actuaciones penales por la sustracción de un menor sobre la posibilidad de proceder a su restitución es una cuestión que debería poder tenerse en cuenta por las autoridades actuantes, en el marco de su poder discrecional de iniciar, suspender o archivar la causa penal”.

c) En clara continuidad con las anteriores guías de buenas prácticas, cuarta parte, “Ejecución”, en la introducción, en el párrafo B.9 se afirma que:

La ejecución de la orden de restitución se demora porque el progenitor sustractor no puede reingresar en el país de residencia habitual (por ejemplo, por razones de inmigración o por una orden de captura) en el caso de que tenga que retornar con el menor... Procesos penales en el Estado requirente. A) Una orden de arresto o denuncia penal contra el progenitor sustractor en el Estado de residencia habitual amedrenta al progenitor sustractor e impide que restituya al menor pronta y voluntariamente. B) El solicitante no puede o no quiere reclamar que se retire la orden de arresto o las autoridades del Estado requirente se niegan a hacerlo.

En la página 7, párrafo 1.5.25, se afirma que:

En este contexto se considerará la reglamentación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que dice que, para la ejecución de las órdenes de restitución en virtud del Convenio La Haya en los Estados parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos, no es suficiente establecer lo que el Tribunal llamó medios de coerción “indirectos y excepcionales”, por ejemplo, una multa impuesta al progenitor sustractor, su prisión o la instauración de un proceso penal —especialmente cuando estas medidas requieran que el solicitante actúe—. En su lugar, la ley también deberá disponer la aplicación directa de la orden de restitución (es decir, la restitución física del niño al solicitante o al Estado de residencia habitual) por los órganos del Estado. No obstante, el Tribunal subrayó que la utilización de medidas coercitivas con relación al niño no es deseable, aunque la utilización de sanciones no debe descartarse en el caso de que el progenitor con el que el niño vive asuma un comportamiento ilícito. Aquí el énfasis se coloca sobre las medidas de preparación del niño para la restitución, especialmente cuando el contacto con el progenitor perjudicado se haya interrumpido durante mucho tiempo.

En la página 8, párrafo 1.5.26, se sostiene que

Además de las medidas coercitivas disponibles en los procesos civiles recientemente mencionadas, en numerosos sistemas legales existen sanciones/penas en el derecho penal (tanto por sustracción de niños como por incumplimiento de una orden judicial). No obstante, sólo están destinadas al progenitor sustractor y su aplicación no conducirá generalmente a la restitución del niño. Esto también sucede en procesos penales contra el progenitor sustractor tanto en el Estado requerido como en el requirente. Ni siquiera la posible extradición del progenitor sustractor al Estado requirente conduciría a la restitución del niño.

Además, los procesos penales contra el progenitor sustractor en el Estado requirente, prácticamente hablando, pueden influir en tomar la decisión de no restituir al menor.

Y el párrafo 1.5.27 señala que:

No obstante, en los casos en los que se percibe o cree que existe el riesgo de que el padre sustractor huya de ese Estado con el niño, después de que se le haya ordenado restituirlo, se podrá considerar la posibilidad de un proceso penal en el Estado requerido. Esto sería particularmente posible en jurisdicciones en las que el proceso de ejecución civil puede ser lento y engorroso y darle al progenitor sustractor sobrado tiempo y oportunidad para huir con el niño a otro país, posiblemente a un Estado que no sea un Estado contratante del Convenio, haciendo que la ejecución sea difícil, cuando no imposible. En estos casos, podría ser más expeditivo emitir una orden judicial penal para evitar que el sustractor traslade al niño fuera del país, minimizando de esta manera el daño que se podría causar al menor.

En la página 23 se sostiene que:

Los solicitantes que intentan hacer que se respete su derecho a mantener el contacto en el extranjero se encuentran con enormes obstáculos debido a su desconocimiento del sistema jurídico y la cultura en cuestión y debido también a las diferencias de idioma. A veces existen obstáculos más específicos. Por ejemplo, el padre o la madre titular del derecho a mantener el contacto puede experimentar dificultades para cumplir los requisitos de visado o puede que haya un procedimiento penal pendiente contra él o ella en el país en que va a ejercerse el derecho a mantener el contacto.

Y continúa en su nota al pie 118 que:

A veces pueden surgir problemas cuando hay un procedimiento penal en curso contra el padre responsable de la sustracción del niño a otro país. De acuerdo a las respuestas al Cuestionario de 2006, la opinión general era que los procedimientos penales suelen tener un efecto negativo a pesar de ser disuasorios, véase el Informe sobre la Quinta reunión de la Comisión Especial de octubre-noviembre de 2006... El hecho de que haya un procedimiento penal en curso en el país en que residía el niño antes de la sustracción puede hacer que, en el peor de los casos, el Tribunal rechace la solicitud de restitución del niño. Esto es más probable cuando el padre o la madre sustractor(a) tiene el cuidado principal y la decisión conlleva la separación de la persona que tiene el cuidado principal del niño, ya que el padre o la madre se ve obligado a elegir entre no volver con el niño o volver y entonces ser encarcelado, y la separación “de-

bido a la edad del niño u a otras circunstancias” constituye un peligro grave físico o síquico en el sentido del artículo 13 *b)* del Convenio de 1980. Este problema se ha resuelto en ocasiones suspendiendo la ejecución de la decisión de restitución hasta la retirada de los cargos existentes contra el padre o la madre sustractor(a). En realidad, puede ser que los mecanismos penales resulten necesarios en algunos Estados a fin de obtener la ayuda de las autoridades policiales para localizar al niño. Una vez instituidos los cargos, puede ser que la retirada de los mismos no sea facultad del padre o de la madre o de la autoridad central.

#### 4. *Opinión de cierre*

Partimos de afirmar, de manera rígida pero sin perjuicio de que casuísticamente estas afirmaciones sean contextualizadas, por un lado, que la sustracción es una conducta civil cuya comisión debe llevar aparejada la pérdida de la patria potestad, de los derechos de guarda/custodia y/o visita/contacto/convivencia que en su caso tenga asignados o acordados sobre el menor; por otro lado, entendemos que la comisión de dicha conducta conlleva una serie de consecuencias que derivan en el nacimiento de otros delitos, los cuales por entidad propia, pudieran ser castigados con pena privativa de libertad o, en su caso, multa. La rigidez de estas afirmaciones desde un punto legal pueden ser acopladas y flexibilizadas desde un punto casuístico-sociológico-económico. Así, estas afirmaciones que se lanzan de manera general y despersonalizadas, desde la fría técnica de la reglamentación jurídica, pueden sufrir importantes flexibilizaciones contextualizadas y personalizadas, teniendo como norte el “interés superior del menor”. Se nos ocurre que en algunos supuestos familiares estas sanciones “civiles” y penales impuestas al padre sustractor pueden producir un daño psicológico-afectivo al menor ciertamente importante desde que su entrada en prisión, como consecuencia de la comisión de un delito, o la pérdida de “contacto” con el menor, por las consecuencias civiles de dicha conducta priven al menor de su derecho a convivir con ambos progenitores. Igualmente puede suceder que la imposición de la sanción penal no convenga al progenitor sustraído desde que su entrada en prisión puede conllevar el impago de la pensión de alimentos decretada para el menor.

Debe tenerse en el punto de mira de forma prioritaria el resarcimiento del daño causado al NNA, esto es, regresarlo al Estado de su última residencia habitual, si ello responde a su “interés superior”; y mucho después, jurídicamente hablando, y si ello conviene, medir sus consecuencias, por un lado, privar (o en su caso suspender) al progenitor que causó la rup-

tura del menor respecto de su original entorno familiar, de los derechos que tenía sobre el NNA y, de manera individualizada y separada, privar de libertad y/o multa al progenitor sustractor por desobedecer una orden judicial, provocar lesiones, daño psicológico al menor o violencia intrafamiliar, en su caso.

La sanción, penal e incluso civil, impuesta a esta figura nos da la impresión de que está pensando más en el padre sustraído que en el menor y en su interés.

Una cuestión más que debemos manejar a la hora de inclinar la balanza hacia lo idóneo o no de la tipificación radica en preguntarse si por esta inclusión de figuras familiares en el Código Penal no se llega a saturar y en su caso enredar la función penal. Nos preguntamos si no estamos dando demasiada, innecesaria e injustificada competencia a la vía penal. En este sentido se señala que

la cuestión de cómo redimensionar el sistema penal del control del delito se nos presenta hoy vinculado, ante todo, con el problema de la eficacia y la legitimidad del sistema. Ello es consecuencia de la superación real de las posibilidades del aparato judicial ante el creciente aumento de los hechos punibles que reclaman su intervención.<sup>90</sup>

La limitación o extralimitación del derecho penal no pasa desapercibida para Inzunza Cázares, al señalar que

en ningún otro momento de la historia se ha conocido un número tan elevado de normas penales como en nuestras sociedades actuales. En las últimas décadas se asiste en todo el mundo a un acrecentamiento del sistema punitivo, que lo ha convertido en una especie de *factótum* que interviene en prácticamente todos los ámbitos de la sociedad. El signo de nuestro tiempo parece ser el recurso a la tipificación penal como medida taumatúrgica capaz de exorcizar *per se* todos los problemas sociales. Esta recurrencia ha desnaturalizado el carácter fragmentario que antaño se le atribuía al recurso punitivo que de *ultima ratio* se ha venido transformando paulatinamente en *prima*, cuando no en *sola, ratio* de la política social.<sup>91</sup>

<sup>90</sup> Bacigalupo, E., *Hacia el nuevo derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, p. 493.

<sup>91</sup> Véase Inzunza Cázares, E., *La exacta aplicación de la Ley penal y el mandato de determinación*, cit., pp. 36-37. En este sentido afirma el autor que “se ha convertido en práctica común adosar a toda ley un catálogo de tipos penales como pretendida garantía de cumplimiento inexorable. Ni el más avezado penalista podría hoy responder con puntualidad a la pregunta de cuántas conductas se encuentran tipificadas como constitutivas de delito, no ya en el país, empresa que linda en lo imposible, sino en una entidad federativa, sin antes em-

En este sentido declara que “La excesiva confianza en el derecho punitivo como medio para solucionar conflictos sociales no puede menos que calificarse de irracional y de injustificada”.<sup>92</sup>

Afirmaciones con las que coincidimos plenamente.

Para explicar un poco más el contexto en el que ubicamos el origen de esta afirmación sostenemos que el derecho penal no debe ser considerado ni utilizado como si fuera el remedio que cura todos los males que aquejan a una sociedad; no creemos que esta rama del derecho deba considerarse la panacea a la que debemos referir todas las figuras jurídicas (principalmente las de corte familiar) para que se repriman o en su caso se sancionen.<sup>93</sup>

El hecho de que se incluyan en los códigos penales figuras de corte familiar despierta nuestra duda desde que

los tentáculos de la ley penal alcanzan, como nunca, ámbitos que tradicionalmente se consideraban confiados a la libre relación entre particulares o, cuando mucho, a la regulación de materias desprovistas del carácter sancionatorio y estigmatizador de la pena, como el derecho civil o el derecho administrativo.<sup>94</sup>

barcarse en una farragosa investigación de prácticamente todos los ordenamientos jurídicos vigentes en ese momento... es un hecho que el Estado moderno acude a la legislación penal de manera exagerada y además desarreglada, ya mediante la creación de delitos en leyes especiales, ya acudiendo a la técnica de las ‘leyes penales en blanco’, ya mediante el empleo de conceptos vagos e indeterminados que dejan en lo incierto los contornos de lo prohibido”, p. 38.

<sup>92</sup> *Ibidem*, pp. 42 y 43. En este sentido el autor afirma que es “irracional, porque desborda las funciones que puede desempeñar, incursionando en un espiral que ensancha sus competencias y agrava la forma de su intervención. No sólo existen más tipos penales, sino que las sanciones alcanzan cotas de violencia que en muchos casos llegan a superar la generada hacia la víctima por el autor del hecho criminalizado; injustificada, porque la intervención punitiva no es capaz de lograr los fines que se le atribuyen, sino que, por el contrario, genera un déficit de actuación que deslegitima y pone en entredicho el entero funcionamiento del Estado del que la justicia penal aparece como la cara más visible”.

<sup>93</sup> Como señala Ferrajoli: “el derecho penal es el terreno en el que, en forma más emblemática, se expresan los límites de la “democracia política”, entendida esta expresión en el sentido de poder y voluntad del pueblo, y por tanto de la mayoría”. Ferrajoli, L., *Garantismo penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 20.

<sup>94</sup> Véase Inzunza Cázares, E., *La exacta aplicación de la Ley penal y el mandato de determinación*, *cit.*, p. 40.

En esta concatenación de ideas partimos de ver que el derecho penal es el “*derecho de la pena*”<sup>95</sup> al cual se le debe asignar el “carácter de *derecho complementario*”, desde que “la pena sólo aparecería cuando el legislador ha considerado insuficiente otro tipo de sanciones en vista de la importancia ‘social’ del bien jurídico protegido, cuyo desconocimiento trata de prevenir del modo más perfecto posible”.<sup>96</sup> Es así que entendemos que “la norma penal representa en cierta medida la ‘última ratio’ en el instrumental del legislador”.<sup>97</sup> Se trata, en definitiva, de que el protagonismo y el *rol* que juega la rama del derecho penal sea equilibrado, lógico y medido, evitando transformar nuestra sociedad en “democracias penales”<sup>98</sup> que reflejen un ansia desmedida de intromisión penalista. Es en este contexto donde queremos introducir la idea del “derecho penal mínimo” señalada por Luigi Ferrajoli.<sup>99</sup>

Habría que analizar si efectivamente el que se contemple esta conducta en los Códigos penales y, por ende, se imponga una pena privativa de libertad lleva aparejada principalmente una minimización de las agresiones a derechos fundamentales. En definitiva, justificamos la entrada del derecho penal cuando “permita reducir o minimizar, la cantidad y calidad de la violencia en la sociedad: no sólo la violencia de los delitos, sino también la violencia de las reacciones frente a los delitos”.<sup>100</sup> Es por ello que partimos del necesario carácter subsidiario, de última llamada, del derecho penal. Así las cosas, se sostiene que

<sup>95</sup> En este sentido Creus señala que “lo que hace el derecho penal es elegir, entre el conjunto de los hechos ilícitos contenidos en el total ordenamiento jurídico, aquellos a los que asignará una pena; no hace otra cosa que especificar los delitos en cuanto hechos ilícitos merecedores de pena mediante la señalización de los presupuestos de ésta: la determinación de las características particulares de esos hechos para ser punibles y las condiciones en que ellos efectivamente deben determinar una penal para el sujeto que los realiza”, Creus, C., *Derecho penal, parte general, cit.*, p. 131.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>97</sup> Hans-Heinrich, Jeschek y Weigend, Thomas, *Tratado de derecho penal, parte general, cit.*, p. 3.

<sup>98</sup> Véase Inzunza Cázares, E., *La exacta aplicación de la ley penal y el mandato de determinación, cit.*, p. 40.

<sup>99</sup> Ferrajoli, L., *Garantismo penal, cit.*, p. 56.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 12. En este sentido afirma el autor que “el derecho penal, podríamos decir, se justifica si y sólo si, además de prevenir los delitos —cosa que conseguirían hacer igualmente bien los sistemas policiales desregulados y los de justicia privada salvaje—, logra también minimizar la violencia de las reacciones frente a los delitos. Si y sólo si, en consecuencia, logra ser instrumento de defensa y garantía de todos: de la mayoría no desviada, pero también de la minoría desviada. Si, en suma, es capaz de realizar, como *derecho penal mínimo*, un doble objetivo: no sólo la prevención y la minimización de los delitos, sino también la prevención de las reacciones informales frente a los delitos y la minimización de las penas”.

la reacción penal no resulta adecuada sino allí donde el orden jurídico no puede ser protegido por medios menos gravosos que la pena. Si recurriendo a medios no penales puede garantizarse una eficaz protección del orden jurídico, no se debe acudir a la pena. El derecho penal solamente interviene en última instancia, cuando los restantes medios de que el derecho dispone han fracasado en su función de tutela.<sup>101</sup>

Ahondando en esta idea sostenemos que el derecho penal tampoco debe utilizarse como herramienta política para ganar votos en época electoral, vendiendo la idea de la imposición de mayores penas a dolencias sociales o tipificando figuras cuyas consecuencias y comisión ya de por sí recibían una sanción privativa de libertad, duplicando así la previsión de una conducta y por ende la sanción que en nada o poco ayuda en la prevención y erradicación de cualquier figura jurídica. Lo que nos genera inquietud es saber si la introducción de esta conducta de corte meramente civil-familiar-*ius internacional privatista* en el derecho penal queda en el plano del discurso, de la retórica, y sirva a fines puramente electorales. En este sentido se ha afirmado que

el delito define conductas que en un momento y lugar determinado son *prohibidas o exigidas*. Conductas que, en el mismo tiempo y lugar, pueden ser permitidas e incorporadas, sin discusión, a la dinámica social. El problema es que, a veces, en ese proceso se vulneran bienes jurídicos fundamentales, o se deja de proteger aquellos que así lo requieren. Es entonces cuando nos preguntamos si los bienes jurídicos dejan de tener valor, o si la escala de valores se transforma; y, muchas veces, nos cuestionamos si es más importante el poder político y económico, que la vida misma.<sup>102</sup>

Es por ello que nuestra preocupación está centrada en que la nueva tipificación de figuras de corte familiar puede usarse como una justificación al ejercicio del poder, como un discurso vendido con el objeto de ganar votos, el cual, alcanzado el fin último perseguido, se quede en el plano de la pura retórica. Una inquietud que comparte Contreras López al señalar que “nuestra preocupación fundamental es que la tutela penal de bienes jurídicos no

<sup>101</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general I y II*, Universidad de Valencia, 1981, p. 109.

<sup>102</sup> Contreras López, R. E., *La tutela penal de bienes jurídicos*, México, Biblioteca Universidad Veracruzana, 2006, p. 52.

sea un discurso más, que sólo justifique el ejercicio del poder”.<sup>103</sup> Si bien es cierto que

nada, desde luego, podría objetarse a que el Estado recurra al derecho penal para afrontar los retos que conllevan nuevas conductas que emergen en la denominada “sociedad del riesgo”; lo que sí resulta enteramente censurable es la fuerte recurrencia a los instrumentos punitivos como remedio a situaciones que exceden completamente la solución criminalizadora que termina de esta forma instrumentalizada políticamente.<sup>104</sup>

Es por lo señalado anteriormente que, volviendo a la pregunta originaria, estimamos necesario replantearnos la ubicación de esta figura en el ámbito civil de manera exclusiva (bien a través de medidas preventivas, educativas, de difusión así como del diseño de procesos restitutorios eficientes, expeditos), dejando al derecho penal la sanción de las consecuencias derivadas de la conducta civil de sustracción en tanto genera la aparición de otros delitos, y siempre que se considere necesario.

Posiblemente la tipificación de esta figura en los códigos penales en algún otro momento histórico-social tuvo su sentido y justificación para crear una conciencia social, incluso visibilizar más, una figura que empezaba a ser cada vez más numerosa por el flujo transfronterizo de personas a diferentes Estados y que cada vez era más notoria por el interés que despertó en los medios de comunicación dada la vulnerabilidad del sector poblacional al que afectaba; quizá la inclusión de estas figuras en el Código Penal obedecieran a unas ganas de prevenir la sustracción de menores, tanto nacional como internacional.

No queremos mandar un mensaje erróneo con estas reflexiones, y en este sentido queremos puntualizar que no estamos induciendo a que no haya que castigar (si el caso lo requiere, no de forma generalizada) a la figura paternal que comete una conducta cuyas consecuencias son perjudiciales para los niños y los adolescentes, que afectan a un sector vulnerable, que involuntariamente se ve sometido a pagar las cuentas derivadas de estas crisis

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>104</sup> Véase Inzunza Cázares, E., *La exacta aplicación de la Ley penal y el mandato de determinación*, cit., p. 46. El autor en tono literario nos afirma que “la espada del derecho penal se blande con apresuración y ligereza ante la más mínima provocación, con el riesgo de que su uso desaforado termine mellando su filo y trocándola en instrumento inútil, haciendo caso omiso de la advertencia formulada hace más de un siglo por Franz von Liszt y a la instancia de prudencia y moderación que en el terreno de la literatura... hacia Don Quijote a Sancho cuando éste se aprestaba a asumir el gobierno de la ínsula Barataria”.

familiares. Sabemos del drama que cada situación de sustracción propicia y lleva en la trastienda, es por ello que no queremos despertar equívocos en nuestra reflexión. No estamos proponiendo ni reflexionando sobre lo aceptable o no, de lo reprochable o no, de estas acciones de trascendencia jurídica; al contrario, sostenemos que, por un lado, debe castigarse por la vía civil la conducta de la sustracción a través de la pérdida de derechos de familia asignados y, por otro lado, puede castigarse penalmente las conductas levantada como consecuencia de una sustracción. Lo anterior sin perder de vista que puede haber casos que hagan necesaria la flexibilización y contextualización en la imposición de dichas sanciones en claro contexto al “interés superior del menor”.

Es por lo anterior que determinamos que la actual regulación penal de la conducta de sustracción no nos debe llevar a engaños pues la sanción por la vía penal ya estaba contemplada a través de otras figuras penales, como tampoco que hay que perder de vista que no siempre es positiva la intervención del derecho penal y su consiguiente sanción. Es así que, por un lado, se observa que la sanción de las consecuencias derivadas en otras conductas delictivas ya estaba cubierta por los códigos penales, por el principio de legalidad existente sobre maltrato infantil, violencia intrafamiliar, desacato, falsedad de declaración ante autoridad, detención ilegal, falsedad en documento público, etcétera, y por otro lado, reiteramos, que no siempre trae ventajas la iniciación de la vía penal por la comisión de la conducta de sustracción, como tampoco es unánime afirmar que trae ventajas las repercusiones civiles de pérdida de los derechos tuitivos sobre el menor.

Es así que consideramos que pasada esa etapa de información y, por qué no, de concientización y visibilización, con fines puramente preventivos y educativos, podemos preguntarnos qué sentido tiene considerar esta figura civil-familiar-*ius internacional privatista* como penal. Por ejemplo, si bien puede disuadir la comisión de esta conducta también puede disuadir al progenitor a que devuelva voluntariamente al menor. Así, pasado un primer impulso (visceral, de venganza) de querer imponer una pena privativa de libertad y de pérdida de derechos tuitivos, es necesario reflexionar y pensar únicamente en el menor y en el daño que puede ocasionarle la imposición de dichas reprimendas al padre sustractor o, en una línea más “interesada”, las repercusiones que tendría el posible impago de una pensión de alimentos para el menor. No podemos obviar que se hace un daño al menor si éste deja de ver al progenitor con el que ha convivido con motivo de la responsabilidad parental o que se le puede hacer daño si por un motivo económico deja de realizar actividades extraescolares, o merma su forma de vida, etcétera.

A modo de cierre de este apartado queremos mencionar que la denuncia penal por el padre sustraído interpuesta en el Estado de la última residencia habitual del menor se considera un aspecto negativo para la procedencia del proceso restitutorio por parte de la autoridad del Estado de retención del menor. Es así que, en ocasiones, puede fungir más como un obstáculo que como una ventaja. Los jueces que conocen del proceso restitutorio entienden que la denuncia en el Estado de la última residencia habitual del menor en contra del progenitor sustractor entorpece la posibilidad de que este último pueda en un futuro mantener contacto con el menor. Y así entendemos la situación: si efectivamente la denuncia por la conducta de sustracción contra el padre sustractor en el Estado al que en su caso deba proceder la restitución del menor sustraído es un elemento que juega claramente en contra del padre sustraído, nos hace plantarnos con mayor fuerza por qué se ha concedido este papel protagónico a la vía penal cuando hablamos de una sustracción de un menor.

En este sentido Canales Pérez nos ofrece una afirmación que agrega más índices para el debate, a saber: “en innumerables ocasiones el derecho de contacto se ve limitado tanto durante el procedimiento como resuelta la restitución, cuando media alguna causa penal derivada de la propia sustracción o retención”.<sup>105</sup>

Continúa afirmando que

las sentencias relacionadas con la situación de fondo, una vez restituido el niño al lugar de su residencia habitual, en ocasiones se hacen en rebeldía del progenitor sustractor, quien no puede ingresar a ese país porque existe alguna orden de aprehensión en su contra, lo que puede arrojar en el ánimo del juez una falsa percepción de desahogo, o bien calificar la conducta de la retención o sustracción que antecede al asunto, como una conducta que puso en riesgo al menor y por ello negar los derechos de contacto.<sup>106</sup>

Ante este escenario nuestro dilema es: qué hacemos. ¿Entablamos inmediatamente una denuncia contra el progenitor sustractor por la conducta de sustracción en el Estado de la última residencia habitual del menor, lo cual puede ser usado en contra del padre sustraído a la hora de determinarse la procedencia del proceso restitutorio? O ¿hacemos caso omiso al Código Penal en los artículos que tipifican la conducta de sustracción para no entorpecer el proceso restitutorio? O ¿nos esperamos como estrategia de litigio a

<sup>105</sup> Canales Pérez, A., “Derecho de contacto transfronterizo”, en Tenorio Godínez, L. y Tagle de Ferreyra, G. (coords.), *La restitución internacional de la niñez, cit.*, p. 121.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 129.

que se resuelva el proceso restitutorio y entonces interponemos la denuncia en la vía penal haciendo uso de esa tipificación, arriesgándonos incluso a que pueda prescribir la conducta? O “¿cómo evitar que la resolución a un asunto de esta índole conceda finalmente la custodia del niño a quien en un inicio violentó su situación jurídica sustrayéndolo o reteniéndolo de forma ilícita en un país distinto?”<sup>107</sup> ¿No sería más adecuado que dependiendo de la situación familiar, del menor, y las repercusiones de la sustracción, el padre sustraído pudiera valorar si le conviene iniciar la vía penal y aún los reproches civiles?

Lo que sí tenemos claro es que la imposición de una sanción penal (aun la civil) al padre sustractor no repercute en claras ventajas o beneficios al menor sustraído. Lo anterior, por ejemplo, por el alejamiento que sufrirá del progenitor con el que ajeno a toda crisis, ha estado viviendo y creciendo, por la merma del estatus socioeconómico que ha mantenido tras cerrar la posibilidad de que el otro progenitor pueda pasar pensión de alimentos al estar privado de su libertad, por la posibilidad de que el menor tenga que disfrutar de su derecho de contacto en un ambiente ajeno al normal desarrollo y sano esparcimiento de cualquier menor.

### III. LA BÚSQUEDA DE UN NUEVO POSICIONAMIENTO PARA LA SUSTRACCIÓN

Los pasos que son necesarios recorrer en orden a ofrecer un panorama general de las implicaciones civiles y penales de esta figura son tres y, en este sentido, van de lo general hacia lo particular, con el fin de dar un mejor sentido y seguimiento a nuestra reflexión central.

A) Por lo que se refiere al primer paso debemos partir de ubicar, de manera genérica, la figura de la sustracción en el Código Penal de las distintas entidades federativas, del Distrito Federal y en el federal. Lo anterior con la finalidad de determinar si pertenece a los denominados, “delitos sexuales”<sup>108</sup> o, si por el contrario, debe ser necesariamente diferenciada de esta tipología de delitos, en atención a la suma de un abanico de parámetros objetivos y fácilmente medibles. Determinar la ubicación sistemática de esta figura ju-

<sup>107</sup> Canales Pérez, A., “Derecho de contacto transfronterizo”, *cit.*, p. 122, máxime cuando esa conducta no obedece a un acto desesperado del progenitor sustractor para escapar de una situación de violencia intrafamiliar o cualquier situación familiar que amerite dicha huida.

<sup>108</sup> Estimamos que este no es el momento de entrar a valorar la denominación de “delitos sexuales” como errónea, tradicional o equívoca; nos apegamos a la calificación emitida por los distintos códigos penales.

rídica en los códigos penales nos servirá para hacernos una primera aproximación de cuál es el bien jurídico tutelado tanto en los “delitos sexuales” como en la conducta de sustracción; en una tesis aislada se afirmó que “la finalidad del nombre de los capítulos es sólo identificar el bien jurídico tutelado por las conductas agrupadas en ese apartado para distinguirlas de otras que tutelan bienes distintos”.<sup>109</sup> Así las cosas, la denominación otorgada al título o capítulo de los diversos códigos penales en los que se ubica nos ayudarán a perfilar una primera idea de la figura de sustracción, de tinte, corte y origen eminentemente civil y llevada al ámbito penal. Es así que la ubicación de la sustracción en los códigos penales, tal y como se encuentra caracterizada, estructurada y definida por el DIPr, nos ayudará a determinar si estamos ante un delito de tipología sexual o, si por el contrario, poco o nada tienen en común. La apreciación que estimamos necesaria hacer aquí es si la sustracción se contempla entre el catálogo de delitos sexuales al coincidir sus bienes jurídicos tutelados, o bien se aleja en su diseño y consolidación.

Los extremos en los que nos podemos mover en este primer escenario son dos y diametralmente opuestos: el primero, ciertamente descabellado, consistiría en afirmar que la figura de la sustracción presenta el mismo bien jurídico protegido que el contemplado en los denominados “delitos sexuales”. El segundo, infinitamente más lógico, consistiría en afirmar que el bien jurídico protegido en esta figura jurídica es diferente al contemplado en los delitos de corte sexual; de esta segunda posición se deriva que esta figura *per se* no está y no debe estar tipificada en este rubro, y por ende no está y no debe ser sancionada con el mismo rasero de los denominados “delitos sexuales”. Lo anterior implica buscar, de manera particularizada y contextualizada, el bien jurídico tutelado en la figura de la sustracción. Un bien jurídico entonces que deberá ser creado *ex novo* y *ex professo* para esta figura jurídica desde que la misma se crea como *lex specialis*. Lo anterior nos ayuda a determinar cuál sería entonces ese bien jurídico que debemos construir para justificar la intromisión del derecho penal en la figura de la sustracción.

La configuración del “bien jurídico tutelado” debe estar íntimamente relacionado con el concepto del “interés superior del menor”; de esta forma, el diseño del “bien jurídico” en la esfera penal impactará de lleno en la configuración del “interés superior” en la esfera civil; es más, nos atrevemos a afirmar que el “bien jurídico tutelado” es la contracara penal del “interés superior del menor” en la contracara civil.

<sup>109</sup> Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Amparo en revisión 202/2007.

B) El segundo paso supone determinar si la sustracción a la que hace referencia la mayor parte de los códigos penales estatales, del Distrito Federal y federal, coincide con la figura de igual nombre que se regula en los distintos convenios internacionales que México tiene ratificados, a saber: el Convenio de La Haya y la Convención Interamericana.

Con este segundo análisis queremos comprobar si existe o no una absoluta coincidencia de los rasgos esenciales —naturaleza, impacto social y elementos constitutivos— cualquiera que sea la rama jurídica que aborde el estudio de la sustracción; en definitiva, si se trata de la misma figura o, por el contrario, están utilizando el mismo *nomen iuris* pero con elementos, impacto social y rasgos constitutivos completamente diferentes. Así, en este segundo escenario se pretende establecer una comparación (en términos de divergencia o convergencia) de la sustracción que se regula en los distintos cuerpos normativos que sirven de herramientas a sus respectivas ramas, el derecho penal y el DIPr.

Dos conclusiones que podemos adelantar tienen signo diametralmente opuesto. La primera, más cercana a la realidad y en la que nos posicionamos, es que se trate de la misma figura (mismo nombre, naturaleza, elementos constitutivos, efectos, impactos e implicaciones) por lo que se llegaría a establecer una correlación absoluta entre ambas ramas jurídicas a la hora de diseñar la figura de la sustracción; de ser así nos surge la duda de saber si esta doble previsión normativa repercute en dar plena protección al menor y cabal cumplimiento al concepto jurídico indeterminado que representa el principio del “interés superior” de la infancia. La segunda posibilidad, ciertamente alejada del panorama normativo, es que se trate de dos figuras jurídicas cuyo punto de convergencia es únicamente la cuestión semántica, el *nomen iuris*, desde que sus elementos, implicaciones, impactos y rasgos constitutivos son en algunos o en todos sus puntos ciertamente divergentes. De ser el caso, de no existir una correlación absoluta entre las figuras “de sustracción” contempladas por ambas ramas jurídicas, nuestra preocupación se desvanece desde que darían cobertura a figuras diferentes unidas por una cuestión conceptual, puramente terminológica.

De estos dos primeros bloques queremos saber cómo está diseñada la figura de la sustracción tanto para el derecho penal como para el DIPr.

Las conclusiones que se pueden alcanzar son dos: la primera radica en afirmar que la figura de la sustracción está regulada por una doble arista (civil y penal) fungiendo ambas ramas un perfecto complemento (como infracción y como sanción) para la protección de los menores; este complemento deriva en una mejor protección de la infancia y la adolescencia desde que ambos procesos no se estorban ni se atrasan y coadyuvan en la búsqueda del

“interés superior del menor”; la segunda posibilidad es que la figura de la sustracción no es vista de la misma manera por las ramas del derecho que mencionamos, incluso sin haber una misma dirección en la que caminan las disciplinas.

C) Por lo que hace al tercer paso, conectado fuertemente con la conclusión que obtengamos de estos dos primeros bloques, consiste en analizar si la sustracción, considerada una figura puramente civil, debe “des-tipificarse” en el derecho penal. En este sentido, siguiendo a Ferrajoli nos preguntamos si no habría que “rescribir la tabla completa de los bienes penalmente protegidos”.<sup>110</sup> Ahora bien, estas afirmaciones ameritan una aclaración; en caso de proponer la desregulación de la figura de la sustracción en los códigos penales ello no implica la omisión generalizada de una sanción por el derecho penal a las conductas delictivas derivadas como consecuencia de la sustracción (si ello es benéfico para el menor, aspecto que ponemos en tela de juicio).

Este último interrogante nos lleva a manejar igualmente la posibilidad de tener dos posturas. La primera es sostener que el derecho penal prevea un proceso y una sanción propia para la sustracción de un niño o adolescente, lo cual repercutiría en la búsqueda de una complementariedad eficiente entre el DIPr y el derecho penal, de sus autoridades, de cara a no obstaculizar el objetivo de alcanzar la necesaria rapidez en el proceso restitutorio. Esta postura implica partir de la consideración de que la figura de la sustracción es una conducta típica, punible, un ilícito penal, y no una conducta que genera únicamente un resarcimiento civil. La segunda posibilidad radica en sostener que el derecho penal prevea el desarrollo de un proceso y la imposición de una sanción, como consecuencia de considerarlo un ilícito penal, que se desarrolle posteriormente a la conclusión de la vía civil; por lo anterior, la coordinación entre autoridades civiles y penales no sería tan necesaria de cara a agilizar el proceso restitutorio.

Al hilo de estas afirmaciones, la última inquietud que nos surge en el contexto mexicano es saber cómo se resuelve un caso de sustracción en aquellas entidades federativas que contemplan como delito la sustracción (máxime cuando se configura como un delito de persecución oficiosa). A *contrario sensu*, nos surge la duda de saber cómo se soluciona en aquellas entidades donde no se tipifica dicha conducta como delito, nos referimos en concreto al estado de Guanajuato. En el Código Penal de esta entidad federativa hemos hallado “delitos contra la libertad y seguridad de las personas” (artículo 173), “delitos contra la familia”, concretamente “tráfico de meno-

<sup>110</sup> Ferrajoli, L., *Garantismo penal*, cit., p. 26.

res” (artículo 220); “delitos contra la persona de los menores e incapaces” (artículos 236-239); “violencia intrafamiliar” (artículo 221); “delitos contra la filiación y el estado civil” (artículo 216) e “incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar” (artículo 215). Lo anterior desemboca en dos inquietudes: a) en primer lugar, saber si un caso de sustracción es tratado como un supuesto de secuestro, de desaparición de menores o cualquier otra figura jurídica con la que tenga alguna semejanza y pueda ser confundida, tergiversando de esta manera su naturaleza jurídica, y b) en segundo lugar, cómo afecta a eventuales fraudes al foro o, cuando menos, *forum shopping*,<sup>111</sup> el hecho de que cada entidad federativa juegue dentro de un pequeño margen de discrecionalidad (que no arbitrariedad) con reglas parecidas y que todas tengan un punto convergente en la regulación, previsión y sanción de estas conductas.

Por último, a modo de cierre queremos analizar la figura de la sustracción en el marco normativo mexicano actual, deteniéndonos en las recientes reformas que se están dando en materia de oralidad familiar al interior de la república. Ya no pasa desapercibido que esta nueva corriente de procesos predominantemente orales, que inició en la esfera penal, se está extendiendo a los procesos familiares en las entidades federativas. Esta situación afecta de manera directa a la sustracción internacional y a las reformas que, con sus luces y sombras, estamos presenciando como un hecho en la actualidad.

<sup>111</sup> La *Guía de buenas prácticas* relativa al derecho de contacto transfronterizo de los niños afirma en la página XII, párrafo 3.3 ([www.hcch.net/upload/abdguidedecontact\\_s.pdf](http://www.hcch.net/upload/abdguidedecontact_s.pdf)—consultada en marzo de 2012—) que la existencia de normas comunes de competencia: “aportan seguridad a las partes y desalientan la búsqueda del foro más favorable (*forum shopping*) y las sustracciones”. Afirmaciones que se reiteran en esta misma *Guía*, en la página 14, párrafo 3.3.