

INTRODUCCIÓN

En la actualidad contamos con un importante abanico de libros, artículos, reflexiones y aportaciones, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, que desde distintos ángulos analizan todos y cada uno de los problemas sociales, educativos, psicológicos, culturales e incluso políticos, que presenta la figura denominada sustracción internacional de menores. Igualmente señalamos que son importantes, cuantitativa y cualitativamente hablando, los estudios y comentarios que tenemos sobre el contenido, las implicaciones, las limitaciones y la aplicabilidad de los distintos instrumentos normativos, sean de origen interno o convencional, que dan respuesta, más o menos atinada, a esta creciente, que no reciente, realidad social.

Es la suma del análisis de esta doble tipología de contribuciones escritas sobre el tema de la sustracción de menores de edad lo que nos ha permitido configurar las presentes líneas, las cuales nacen paralelamente de la inquietud de reflexionar sobre la idoneidad de la tipificación de esta figura *per se* en los distintos y numerosos códigos penales mexicanos (estatales, del Distrito Federal y federal) así como de la necesidad de dar a conocer los instrumentos normativos (de origen interno o autónomo y convencional) que a la fecha México ofrece para hacer frente a la prevención y correlativa sanción de la sustracción internacional de los menores por sus propios padres. Dos inquietudes personales que se han transformado en los objetivos centrales de las presentes líneas, los cuales se exponen brevemente a modo de una primera idea introductoria.

I. PRIMER OBJETIVO: LA REFLEXIÓN

Como ya adelantamos, estas líneas quieren ofrecer el espacio necesario para reflexionar sobre las ventajas y desventajas, la inconveniencia o idoneidad, que presenta la intromisión simultánea del derecho penal a la hora de llevar a cabo el proceso restitutorio de un menor de edad que ha sido sustraído internacionalmente por uno de sus progenitores.

El punto de partida necesario consiste en afirmar que la sustracción es la acción que conlleva la vulneración de los derechos de guarda/custodia, convivencia/visita/contacto,¹ asignados o por asignarse por autoridad competente, o sencillamente acordado por los padres; una acción que implica la necesidad de llevar a cabo un proceso restitutorio respecto del menor de edad, eficaz, expedito, transparente, con reducción de formulismos y formalidades, en el cual se respeten las debidas garantías.

Un proceso que direcciona en dos sentidos dependiendo de la etapa en la que nos encontremos, a saber, en primer lugar, por su génesis, va desde el Estado de su última residencia habitual (Estado de origen) al Estado donde se encuentra el menor de edad, tras haber sido trasladado (lícita o ilícitamente) y retenido ilícitamente (Estado de destino o refugio); y, en segundo lugar, por el resultado lógico-jurídico esperado, debidamente apegado al “interés superior del menor”, tras la conducta realizada, direcciona desde el Estado de destino/refugio al Estado de origen (Estado de su última residencia habitual).

En definitiva, la conducta de sustracción de un menor desencadena un proceso de localización y restitución del menor al Estado donde residía habitualmente antes de la vulneración de los derechos tuitivos mencionados (siempre que dicho retorno se ajuste al “interés superior del menor”).

Las implicaciones jurídicas derivadas de la sustracción, respecto de la figura paterna o materna, entendemos que deben medirse, civil y penalmente, de manera diferenciada. Civil mediante el retiro o suspensión de los derechos derivados de la patria potestad, guarda o convivencia, asignados por autoridad competente; de forma diferida, posterior, a la tramitación del proceso restitutorio y, penalmente, con multa y/o pena privativa de libertad, de forma diferenciada e igualmente diferida al mencionado proceso restitutorio si el caso lo amerita. La lógica pérdida de la patria potestad y de los derechos de familia que tuviera asignados el progenitor sustractor respecto del menor (como resarcimiento civil por la conducta

¹ Estos términos son usados como sinónimos en las presentes líneas siguiendo lo manifestado en la *Guía de buenas prácticas* relativas al contacto transfronterizo de niños, donde se afirma que “se ha sugerido que el uso de la palabra contacto en lugar de un término como visita refleja un planteamiento centrado en el niño y concuerda mejor con conceptos modernos como la responsabilidad parental o las responsabilidades parentales. En aquellas ocasiones en que el contexto lo exige, se emplea el término visita con la misma amplitud de significado”. *Contacto transfronterizo relativo a los niños. Principios generales y guía de buenas prácticas*, La Haya, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 2010, p. XXVII. http://www.hcch.net/upload/guidecontact_s.pdf (consultada en febrero de 2012).

de sustracción), así como la posterior privación de la libertad y/o multa (como sanción penal por conductas delictivas diferenciadas que se cometen con motivo de la sustracción), que en su caso fuera necesario, no serían más que el cúmulo de consecuencias derivadas de la materialización de la conducta de la sustracción de un menor.

Por lo anterior, es necesario determinar, por un lado, que la sustracción consiste en una acción de vulneración de unos derechos tuitivos que caen en el ámbito familiar y que, como consecuencia directa, implica un proceso restitutorio, de localización y restitución, que desencadena necesariamente la pérdida de derechos civiles que tuviera asignados el padre sustractor; por otro lado, daría paso, con posterioridad, a la imposición de penas como consecuencia e implicación derivada de la realización de dicha conducta. Unas consecuencias que de considerarse necesarias adquieren identidad y nombre propio para el derecho penal y que son viejas conductas conocidas para esta rama del derecho (desacato, maltrato psicológico infantil, falsedad en documento público, falsedad de declaración ante autoridad, etcétera). Lo anterior no debe generar equívocos y en este sentido proponemos que la sustracción sea una conducta que se quede únicamente anclada en el plano civil, y que la desobediencia que ello ocasiona, al vulnerar la determinación de los derechos de guarda/custodia, visita/contacto/convivencia, el maltrato psicológico, las lesiones que se deriven de esa sustracción, la falsedad de declaración ante autoridad o la falsedad en documento público, sean castigadas por la rama jurídica habilitada para tal efecto, este es el derecho penal, si fuera pertinente para el padre sustraído.

En la actualidad, la sustracción internacional de un menor de edad representa una figura jurídica multidisciplinaria; lo anterior se sostiene desde que tiende puentes de comunicación entre el derecho constitucional (como marco de referencia necesario y genérico para la protección de los derechos reconocidos a la niñez), el derecho de familia (como rama jurídica originaria e indiscutible de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes —NNA en adelante— en cuanto personas físicas),² el derecho penal (como rama sancionadora de determinadas conductas y,

² Como se menciona en el *Diccionario de derecho civil*, el derecho de familia es la “parte del derecho civil que se encarga de estudiar las relaciones jurídicas derivadas del matrimonio, base de la familia, la filiación, el parentesco, producto del matrimonio y la adopción, tanto desde el punto de vista personal como los efectos patrimoniales que se dan dentro de estas relaciones”; véase Bustos Rodríguez, M. B., *Diccionario de derecho civil*, México, Oxford, 2006, p. 31.

en específico, al tipificar y sancionar en la actualidad la comisión de la conducta que acapara la atención de estas líneas),³ el derecho internacional privado —DIPr en adelante— (al tratarse de una relación jurídica privada, por razón de las personas físicas implicadas: el menor de edad y sus padres, e internacional —al poner en contacto de manera relevante a más de un Estado—) y el derecho procesal (al exigirse del Poder Legislativo, tanto del Estado de origen como del Estado de destino, el diseño de un proceso ágil, expedito, transparente y eficaz, que se encamine a la localización y restitución de los menores de edad al Estado que representa jurídicamente su última residencia habitual).⁴

Por ello, estimamos necesario hacer un examen interdisciplinario que ofrezca una visión conjunta e íntegra de los elementos, implicaciones, características y alcance de la figura de la sustracción internacional de un menor de edad por uno de sus padres; un estudio multidisciplinar que pase por el examen de las ramas de lo constitucional —familiar-*ius internacional privatista*— procesal y, dada la actual realidad normativa, que abarque la esfera penal, de cara a ofrecer un panorama global del análisis de esta figura.

Es en esta concurrencia de disciplinas jurídicas que dan respuesta total a la sustracción donde se sitúa el punto de partida de nuestras reflexiones. Si bien la intromisión de las cuatro primeras ramas jurídicas es por demás obvia e incuestionable para dar respuesta íntegra a un supuesto de sustracción, nuestra inquietud surge respecto de la última, esto es, de la rama penal; en este sentido, nos preguntamos acerca de lo atinado de introducir el derecho penal en el universo que representa la figura de la sustracción de menores de edad *per se* y no únicamente cuando se trata de sancionar sus efectos y consecuencias, tanto mediatas como inmediatas, las cuales desencadena la aparición de otras conductas penales con identidad propia. Consecuencias e implicaciones que en la actualidad, dicho sea de paso, están tipificadas en casi todos los códigos penales mexicanos, siendo indiscutible su sanción junto con la figura de la sustracción internacional.

³ El derecho penal debe entenderse como “el conjunto de leyes o normas que describen delitos mediante la asignación de una pena, delimitando la circunstancia de su realización, tendiendo a intensificar en esos casos la protección de bienes jurídicos mediante la acentuación de su prevención, delimitando a la vez la potestad del Estado de castigar con la pena al determinar cuáles son las conductas ilícitas (prohibidas) punibles”. Véase Creus, C., *Derecho penal, parte general*, 5a. ed., Argentina, Astrea, 2003, p. 1.

⁴ El derecho internacional privado debe entenderse como “aquel sector del ordenamiento jurídico de cada Estado que se ocupa de la regulación jurídica de las *situaciones privadas internacionales*”. Véase Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *Derecho internacional privado*, 2a. ed., España, Comares, vol. I, 2000, p. 2.

Una sanción penal que debería sopesar el padre sustraído una vez resuelto el proceso restitutorio.

Por lo que hace a la reflexiva intromisión del derecho penal es justo partir del denominado principio de legalidad⁵ reconocido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM),⁶ previsto concretamente en el artículo 14, párrafo tercero, el cual a la letra señala: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”.⁷ Teniendo como base este artículo constitucional y su traducción en el *supracitado* principio de legalidad penal es que sostenemos que en la actualidad, estemos más o

⁵ En el rubro de jurisprudencia encontramos el siguiente pronunciamiento: TIPICIDAD. EL PRINCIPIO RELATIVO, NORMALMENTE REFERIDO A LA MATERIA PENAL, ES APLICABLE A LAS INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS. El principio de tipicidad, que junto con el de reserva de ley integran el núcleo duro del principio de legalidad en materia de sanciones, se manifiesta como una exigencia de predeterminación normativa clara y precisa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes... dicho principio se cumple cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción y de la sanción; supone en todo caso la presencia de una *lex certa* que permita predecir con suficiente grado de seguridad las conductas infractoras y las sanciones... Acción de inconstitucionalidad 4/2006. El Tribunal Pleno, el 15 de agosto en curso, aprobó, con el número 100/2006, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a 15 de agosto de 2006.

⁶ En este contexto, Sergio García Ramírez señala que “de la norma constitucional se siguen el régimen de legalidad en la previsión de delitos y penas, la llamada ‘continuidad’ del derecho penal y la proscripción de la integración judicial, particularmente, por medio del método analógico, enlazado con el derecho penal totalitario... para efectos normativos, basta con la previsión legalista del texto constitucional. No es necesario reiterarlo en ordenamientos secundarios”. Véase García Ramírez, S., *Derecho penal*, México, Porrúa-UNAM, 2007, p. 34. Siguiendo a Jescheck y Weigend, “dicho principio ha encontrado un reconocimiento internacional a través de diferentes tratados internacionales”. Véase Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas, *Tratado de derecho penal, parte general*, 5a. ed., Granada, Comares, 2002, p. 142.

⁷ “LEYES PENALES. Si bien el artículo 14 constitucional, prohíbe imponer penas por simple analogía y aun por mayoría de razón, esto no quiere decir que las leyes penales no admitan interpretación y que deban aplicarse según su significado literal, que puede ser antijurídico y aun conducir al absurdo; los tratadistas mismos admiten que puede ser interpretada la ley penal. La prohibición del citado artículo constitucional, debe entenderse en un sentido natural y razonable, haciendo uso de los diversos procedimientos de dialéctica jurídica, tales como la historia, los trabajos preparatorios, el fin de la ley, la concordancia de los textos, etc. En este sentido, se ha podido muy justamente decir, que la interpretación no debe ser ni extensiva ni restrictiva, sino sólo declarativa de la voluntad del legislador”. Amparo penal en revisión 3124/28. *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. XXVI, p. 1277, Primera Sala.

menos de acuerdo, la sustracción de un menor es una conducta delictiva, esto es, versa sobre una acción que se cataloga como la conducta de un hombre (“no es un acontecimiento natural de su corporeidad”), típica, antijurídica (por ser contraria al mandato “con el que el derecho protege el bien jurídico”), culpable (“subjctivamente reprochable para el derecho”) y punible (al llevar aparejada una pena privativa de libertad y/o multa).⁸ En definitiva, y a tenor de este principio, hoy en día, cuando se configura la sustracción de un menor por sus padres estamos ante un daño, ante la lesión a un interés humano tutelado, valorado normativamente como antijurídico e imputable, objetiva y subjctivamente, cuyo origen y motivo se encuentra en la conducta humana, la cual está ligada por una relación de causalidad. Por ello, debe ser atribuible a un sujeto (para los efectos de estas líneas a uno de los padres), el cual necesariamente deberá reparar, conforme al correspondiente criterio de imputación (culpa o riesgo), el daño causado a dicho interés afectado.⁹

No descartamos que en la penalización de esta figura jurídica encontremos una “normatividad cargada de buena voluntad, consecuencia de una inquietud social que evidentemente ha sido su factor determinante”.¹⁰ Pero la “carga de buena voluntad” que pueda subyacer en la tipificación de la conducta no es el punto sobre el que deseamos reflexionar desde que esto no está en tela de juicio. Lo que deseamos medir es la aportación que supone la intromisión del derecho penal en términos de protección al menor en un proceso restitutorio. Esto es, qué tanto aporta, en signo positivo, el que la figura de la sustracción aparezca en un rubro del Código Penal. Resta señalar, como un dato adicional a tener en cuenta, que el objetivo a perseguir ante una sustracción de un menor es la protección de éste, la cual se consigue únicamente por la vía civil, nunca por la penal.

Es por ello que adelantamos que, si no aporta nada la incorporación del derecho penal (no visibiliza de mejor manera el problema, no desincentiva conductas y no ayuda a agilizar un proceso restitutorio), estamos agrandando gratuita e innecesariamente el catálogo de conductas penales.

⁸ Véase Creus, C., *Derecho penal, parte general, cit.*, p. 125.

⁹ *Cfr.*, Sáinz-Cantero Caparrós, M. B., *El ilícito civil en el Código Penal*, Granada, Comares, 1997, p. 8. En este sentido afirma que “el concepto de daño... jurídicamente relevante, ha de incorporar la antijuridicidad y la imputabilidad como notas necesarias para resultar fuente de sanciones y de obligaciones: ha de ser objeto de *imputatio iuris*”, p. 9.

¹⁰ Montón García, M., *La sustracción de menores por sus propios padres*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003, p. 20.

Hoy en día la vía civil y penal, por rabia o despecho, o simplemente por una reacción natural, se accionan al mismo tiempo ante la materialización de la conducta de sustracción. Es aquí donde situamos nuestra inquietud acerca de la lógica y la necesidad que impregna tal dualidad jurídica cuando se trata de proteger al menor y de que éste vuelva al Estado de su última residencia habitual, si ello, obviamente, se corresponde con su interés superior.

Si bien partimos del principio *supracitado* de legalidad, no cabe desconocer que la figura de la sustracción de un menor de edad por sus propios padres es una institución de corte, génesis y lógica puramente civil, familiar e *ius internacional privatista*, la cual en la actualidad es estudiada también por los penalistas debido a su diferente configuración en los códigos penales. Es por la anterior caracterización y catalogación penal que nos preguntamos si tiene sentido que la sustracción sea regulada y estudiada paralelamente como una figura jurídica propia del derecho civil/familiar/*ius internacional privatista*/procesal y penal. Entendemos que una cosa es lo que tenemos que admitir ante la existencia del principio de legalidad establecido por el derecho penal y recogido por el derecho constitucional, y otra muy distinta es si deberíamos considerar la figura de la sustracción *per se* como una conducta delictiva, o si por el contrario deberíamos mantener únicamente en la vía penal el estudio y la correlativa sanción de sus diversos efectos, impactos, resultados y consecuencias que configuran conductas penales diferenciadas.

Derivado de lo anterior es que queremos trazar una doble línea, la primera para dibujar el “ser” (principio de legalidad) y el “deber ser” (la lógica y sencilla naturaleza civil-familiar-procesal-*ius internacional privatista* de la sustracción) y, formando un necesario tándem, una segunda línea que limite la figura de la sustracción de un menor de edad por sus progenitores (derecho familiar, *ius internacional privatista*, constitucionalista y procesalista), por un lado, y sus implicaciones, efectos y consecuencias al generar otros delitos (derecho penal), por el otro.

En definitiva, queremos examinar si la concreta regulación del proceso restitutorio, y en general de la figura de la sustracción de un menor de edad por sus propios padres (no de sus consecuencias e implicaciones), por varias ramas del derecho repercute en una mejor y más efectiva protección a este grupo que adquiere un alto grado de vulnerabilidad¹¹ tras una crisis de

¹¹ Siguiendo a Pérez Contreras, “se entiende por grupos vulnerables a todos aquellos que, ya sea por su edad, raza, sexo, condición económica, características físicas, circunstancia cultural o política, se encuentran en mayor riesgo de que sus derechos sean violentados”.

pareja; en concreto, nos preguntamos si se consigue una mejor protección al reconocido derecho a una convivencia “armónica”, “fluida” y “continuada”, al derecho a su identidad, que indiscutiblemente tienen los niños y adolescentes respecto de sus figuras paternas, si metemos en el proceso restitutorio al derecho penal. Así las cosas, nos cuestionamos si el estudio y regulación de la sustracción, como figura jurídica en general, y del proceso restitutorio en especial, por todas estas disciplinas incide en un mayor grado de protección a la hora de prevenir, visualizar, disminuir o incluso erradicar, la comisión o tentativa de comisión, de esta figura jurídica de trayectoria, impacto y amplias repercusiones tanto en el plano nacional como en el internacional. Nos preguntamos si la conjugación de todas estas ramas jurídicas, con la presencia de la arista penal, se orienta y traduce en una protección total del “interés superior” de la infancia, a través del uso y recurso de sus herramientas y técnicas normativas.

Hacemos hincapié en el proceso restitutorio (vía civil) pues para nosotros es la pieza fundamental, la vía necesaria, ante la materialización de una sustracción de un menor de edad. El éxito del proceso restitutorio (resuelto en sentido positivo o negativo) es lo que debe buscar cualquier Estado pues de ello dependerá el grado de desarraigo y desapego afectivo del menor de edad y su consiguiente daño psicológico. Un éxito que se mide en diferentes parámetros, por ejemplo, su simplicidad, economía, informalidad, celeridad y transparencia.

Dependiendo del resultado que arrojemos a estas interrogantes nos podemos plantear destipificar esta figura de los códigos penales estatales que la contemplan, del Distrito Federal y federal, y dejar tipificado únicamente los efectos y consecuencias que produce esta figura jurídica al ser la génesis de otras conductas delictivas. Nos estamos refiriendo a tipificar únicamente la conducta de desobediencia/desacato, de maltrato psicológico al menor, de violencia intrafamiliar, de lesiones, amenazas, falsificación en documento público, falsedad de declaración ante autoridad o incluso detención ilegal.¹² De esta forma nos centraríamos principal y primariamente en el proceso restitutorio, en el ámbito civil y, de forma secundaria se daría entrada al

Para ver un estudio amplio, serio y detallado sobre la vulnerabilidad y los grupos vulnerables, su tipología, implicaciones y consecuencias véase Pérez Contreras, M. M., “Aproximación a un estudio sobre vulnerabilidad y violencia familiar”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 113, México, 2005, p. 846.

¹² Véase Carmona Salgado, C. *et al.*, *Manual de derecho penal (parte especial). Delitos contra las personas, la libertad sexual, el honor, el estado civil, la libertad y la seguridad, y los derechos laborales*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 1990, p. 461.

derecho penal a través de otras figuras ya contempladas, con la finalidad de cerrar el círculo al imponer una pena a la conducta ejercida por el progenitor sustractor.

En el contexto normativo actual, la regulación penal de la sustracción de un menor de edad por sus propios padres representa una *lex specialis* respecto de la figura de desobediencia/desacato, maltrato infantil o violencia intrafamiliar, conductas de lesiones, falsedad en documento público o detención ilegal. El actual panorama normativo entendemos que lleva implícito el que el plano civil y el penal interactúen en la misma etapa procesal, de localización y restitución, otorgándoseles el mismo grado de importancia jurídica (y, por qué no, social).

En el fondo de esta reflexión subyace la preocupación de si no estamos ante una “sobretipificación” de conductas y, por ende, un excesivo protagonismo por parte del derecho penal, derivado de una demanda social mal entendida y erróneamente encauzada jurídicamente. Un ejemplo de este temor se puede ver en el texto del siguiente pronunciamiento:

ARRESTO DICTADO EN JUICIO DEL ORDEN FAMILIAR EN CONTRA DEL PROGENITOR QUE TIENE LA GUARDA Y CUSTODIA, ANTES DE SU IMPOSICIÓN DEBEN TOMARSE LAS MEDIDAS PERTINENTES PARA LA PROTECCIÓN DE SUS MENORES HIJOS A FIN DE NO PONER EN RIESGO SU INTEGRIDAD, SEGURIDAD Y SALUD. La medida de apremio consistente en la imposición del arresto hasta por 36 horas, constituye un medio idóneo y eficaz para conminar al progenitor que tiene la guarda y custodia de sus menores hijos, a que cumpla con el régimen de visitas y convivencias fijado en juicio; sin embargo, previamente a hacer efectiva la medida de arresto, en aras de salvaguardar el interés superior de los menores, el juez debe tomar las providencias necesarias para que otra persona se haga cargo de ellos, pudiendo ser los abuelos o bien prever su resguardo en una institución social, puesto que durante el tiempo en que el progenitor contumaz permanezca privado de su libertad se encuentra impedido para desempeñar la guarda y custodia, poniendo en riesgo la integridad, seguridad y salud de los menores.¹³

Después de leer esta tesis aislada nos preguntamos si de manera colateral, indirecta, no se está castigando también a los menores de edad como consecuencia del cambio de hogar impuesto, no consentido por ellos. El arresto, la privación de la libertad “del progenitor contumaz”, aun cuando sea por un periodo de tiempo tan corto, puede producir en el menor un daño sicoemocional que no cabe desconocer; desde cómo se puede llevar a cabo

¹³ Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 124/2008.

la detención hasta la determinación de con quién se les asignará para su corta convivencia pueden destantearlo, produciendo más daño que beneficio. No podemos perder de vista que lo que debe tenerse siempre presente es el “interés del menor”, no el de los padres, el cual podrá tenerse presente de forma diluida y postergada.

Sea cual sea la opción por la que nos inclinemos entendemos que debemos caminar hacia una cultura jurídica basada en la educación y no en el castigo que dibuje el perfil de un Estado represivo; una educación que suponga otorgar menos papel protagónico al poder punitivo del Estado. No todas las conductas humanas pueden transformarse en ilícitos penales pues entendemos que la vía penal no es la rama jurídica que debe impregnar todos los sectores sociales.

En este momento debemos romper una lanza a favor de México y así señalar que en caso de existir “sobretipificación” en los códigos penales mexicanos se comparte esta característica con otros países como España, Estados Unidos, Gran Bretaña, Australia, Israel, Suecia, Noruega o Canadá.¹⁴ Ahora, si bien es cierto que

una consecuencia de la codificación es que cada país anda su propio camino: adopta su propia concepción de la conducta punible, da sus propias definiciones de los delitos y elabora sus propios principios para determinar cuestiones como la legítima defensa, el estado de necesidad, la enfermedad mental, la imprudencia o la complicidad...¹⁵

No es menos cierto que es en la previsión de la sustracción de un menor de edad como figura penal donde ubicamos un importante punto de convergencia en algunos ordenamientos jurídicos.

Para allegarnos de datos que nos convenzan de la idoneidad o no de la tipificación de esta conducta, y siguiendo la estructura y elementos constitutivos de la ley penal, a saber, por un lado, un supuesto de hecho (el cual describe “un determinado acontecimiento fáctico con sus características jurídicas más relevantes... la especialidad de las proposiciones jurídico-penales reside en que su supuesto de hecho tiene por objeto la descripción

¹⁴ Cfr., Montón García, M., *La sustracción de menores por sus propios padres*, cit., p. 41.

¹⁵ Cfr., Fletcher, G., *Conceptos básicos de derecho penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1997, p. 17. Como señala: “es verdad que cada país tiene su propio código penal, pero dichos códigos deben entenderse como respuestas locales a las cuestiones universales que constituyen el fundamento del derecho penal”. Lo anterior nos lleva a señalar que parece una necesidad común hispano-mexicana tipificar la conducta de la sustracción de menores.

de un delito”,¹⁶ en este caso el traslado y retención de un niño que encarna la sustracción del mismo), y por otro lado una consecuencia jurídica (“si se da cumplimiento al supuesto de hecho debe imponerse la consecuencia jurídica... las consecuencias jurídicas consisten en penas o medidas de seguridad”,¹⁷ en este caso multa y/o pena privativa de libertad del progenitor contumaz) queremos (re) pensar si para el supuesto de hecho que representa la figura de la sustracción *per se* debe corresponderle una consecuencia jurídica traducida ésta en la imposición de una sanción penal, o si por el contrario lo que amerita la pena o sanción son las consecuencias que esta figura conlleva al dar lugar al nacimiento de otras conductas penales, lo cual habrá de medirse con carácter diferente y diferido a las consecuencias derivadas del mencionado proceso civil restitutorio y de sus correspondientes pérdidas de derechos tuitivos. Una sanción que debe ser meditada igualmente por el progenitor sustraído una vez concluido el proceso restitutorio.

II. SEGUNDO OBJETIVO: LA DIFUSIÓN

Por lo que hace a este segundo rubro, el objetivo que se persigue es dar difusión a la normatividad mexicana que aborda desde distintas aristas (constitucional, procesal, penal y civil-familiar) y planos (nacional e internacional) la figura de la sustracción de menores de edad por sus padres.

Es necesario que los operadores jurídicos, en especial, y la sociedad, en general, conozcan la regulación autónoma (de origen interno) y convencional (de origen internacional), que a la fecha la república mexicana tiene para afrontar y dar una respuesta global e íntegra a esta figura de notoria responsabilidad social y jurídica. El debido conocimiento del marco normativo mexicano y su correcta aplicación repercute necesariamente en la prevención, así como en la eficiencia y la eficacia a la hora de localizar y restituir a la persona sustraída internacionalmente.

Hoy en día es indiscutible la necesidad y la utilidad de difundir qué cuerpos normativos tenemos para dar respuesta a todos los aspectos que rodean

¹⁶ Véase Hans-Heinrich, Jeschek y Weigend, Thomas, *Tratado de derecho penal. Parte general*, cit. p. 53.

¹⁷ *Ibidem*, p. 54. En este sentido los autores ofrecen algunos ejemplos, nos quedamos con el siguiente: “si alguien de modo doloso o imprudente lesiona ilegítimamente la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad o cualquier otro derecho de otra persona, debe hacer frente a una indemnización por daños y perjuicios. Quien mata a una persona dolosamente es castigado por un delito de homicidio a una pena de prisión no inferior a cinco años”.

y se conectan a una sustracción, las medidas de prevención y reparación, las restituciones voluntarias, las *relocation disputes*, así como los requisitos para poder garantizar el retorno seguro del menor, entre otros.

Por lo que hace a la necesidad de conocer las aristas normativas de un proceso restitutorio encontramos el reclamo en la *Guía de buenas prácticas* —parte cuarta, “Ejecución”, páginas 40 a 42, párrafo 9 (9.1 a 9.5)—.

Este segundo objetivo simplemente consiste, dentro de la esfera de los tribunales, en abogar por la máxima *iura novit curia*; estimamos que es fundamental no perder de vista este principio puesto que el conocimiento adecuado del contenido, objeto e implicaciones de la diversa normatividad mexicana orientada procesal y materialmente a la sustracción, contribuirá de forma notable a afrontar las dificultades y eventualidades que puedan surgir en un proceso restitutorio, así como en figuras conexas a éste.

Este necesario conocimiento no es exclusivo de las autoridades centrales,¹⁸ a quienes volteamos a mirar en primera instancia, sino de los múltiples operadores jurídicos que se hallan implicados en dicho proceso, principalmente señalamos a los jueces, máxime cuando en sus manos está la toma de una decisión tan importante que afecta, de por vida, a los NNA y a los adultos.

Ahora bien, no podemos minimizar la importancia del conocimiento de los instrumentos, convencionales y autónomos, por parte de los padres, así como de las implicaciones en la comisión de esta figura, desde que en buena medida depende de ellos complicar o simplificar estas crisis familiares.

En cuanto a la necesidad de difundir socialmente las medidas de prevención, encontramos dicho reclamo en la *Guía de buenas prácticas* —tercera parte, “Medidas de prevención”, página 36, párrafo 4— al afirmar que “la información puede permitir a un progenitor mostrarle su vulnerabilidad y permitirle prepararse para tomar las acciones que permitan evitar la sustracción”; y en la página 37, párrafo 4.1.1:

La palabra “sustracción” es a menudo asumida en referencia a la sustracción por extraños y no por miembros de la familia, y los progenitores pueden no ser conscientes de que el traslado de su propio hijo o llevárselo de vacaciones podría considerarse como ilícito tanto en su derecho interno como en el derecho internacional. Esto es particularmente así cuando tanto el menor como el sustractor son ciudadanos del Estado de destino. Es por tanto esencial incrementar el conocimiento para evitar que un desplazamiento o una retención inicialmente inocente se conviertan en sustracción...

¹⁸ 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*, España, Dykinson, 2002, p. 81.

En la página 37, párrafo 4.1.2, se sostiene que: “es crucial que se proporcione información al público en general subrayando los medios más efectivos para evitar la sustracción”. En este mismo tono encontramos la *Guía de buenas prácticas* —primera parte, “Práctica de las autoridades centrales”, página 77, párrafo 6.2 y página 82, párrafo 6.7.1— al afirmar que: “La publicidad concerniente al Convenio en sí mismo tiene un efecto disuasorio en un sustractor potencial o puede alertar al pariente para tomar medidas para prevenir la sustracción”.

En tal sentido es necesario analizar, con la misma intensidad y con una postura crítico-constructiva, dos planos, el nacional y el internacional.

Por lo que hace al nacional, entendemos que debe ser analizado el marco normativo que el Poder Legislativo mexicano ofrece al Poder Judicial para conocer y resolver eficaz y rápidamente (apegado al “interés superior” de los menores), el proceso restitutorio. En la normatividad de origen interno debemos analizar en primer lugar los códigos de procedimientos civiles (CPC) y los códigos de procedimiento familiar (CPF), de los cuales extraeremos tres datos: 1) la determinación competencial de los tribunales mexicanos, esto es, la predeterminación legal de la competencia judicial civil internacional, la cual puede ser resuelta en sentido positivo (competente) o negativo (incompetente); 2) las reglas procesales que se tendrán en cuenta para llevar a cabo los procesos restitutorios (*lex fori regit processum*), y 3) los requisitos imprescindibles para el reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales extranjeras que versen sobre esta materia, así como los cauces para la cooperación procesal internacional. En segundo lugar, debemos analizar los códigos civiles (CC) con la finalidad de determinar la norma de derecho aplicable (conflictual, material especial/materialmente orientada o de extensión) que nos indicará la norma material que el Poder Judicial mexicano debe aplicar para solucionar el fondo de la pretensión planteada. Una norma de tipo material que, dicho sea de paso, puede ser en último término la del tribunal mexicano declarado competente (*lex fori*) o la de un tercer Estado. Igualmente, en el estudio de los códigos civiles no sólo nos detendremos en la norma de derecho aplicable (artículo 13 del CCDF, *v. gr.*) sino también, aunque de manera tangencial, en aquellos artículos que resuelven los problemas aplicativos que puedan surgir como consecuencia de la aplicación de una norma material extranjera (artículos 14 y 15 del CCDF, *v. gr.*), tales como la figura de la institución desconocida, orden público, renvío o cuestión previa, entre otros. Por último, y derivado de la soberanía legislativa estatal existente en la república mexicana, debemos revisar los distintos códigos de familia (CF) y la Ley para la Familia (LPF)

que, en distintas formas y en focalizados estados, puedan contener disposiciones en materia de sustracción de menores de edad.

Por lo que hace al plano internacional, el estudio debe abarcar necesariamente los dos instrumentos convencionales que a la fecha existen sobre sustracción internacional de menores y que México tiene hoy día ratificados y que sin duda representan dos mecanismos destinados a garantizar los derechos de los menores. Nos estamos refiriendo a la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Convenio de La Haya) y a la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (Convención Interamericana). Un estudio que repercutirá indiscutiblemente en un mejor manejo y conocimiento de los mismos, lo anterior en aras de facilitar y agilizar los procesos restitutorios. Es por ello que iniciamos con el examen de los ámbitos de aplicación de los instrumentos (material-personal, espacial y temporal), sus cláusulas de compatibilidad, contenido, disposiciones generales y disposición finales.

Este estudio ha de complementarse con la Ley Modelo sobre Normas Procesales.

III. A MODO DE CIERRE

Como consecuencia de los dos objetivos centrales diseñados para este trabajo, queremos que estas líneas sirvan para reflexionar sobre la masiva criminalización de las conductas, principalmente de aquellas que tienen una génesis civil/familiar; del uso y abuso que se hace del derecho penal al introducir en su esfera de estudio conductas de discutible inserción; de la necesidad de empezar a creer en una cultura de la educación y no del castigo; sirvan también para adentrarnos un poco más en el entramado normativo que ofrece en la actualidad la sustracción internacional de menores de edad por sus propios padres en el contexto mexicano; una red normativa que debe ser conocida por todos y cada uno de los operadores jurídicos que puedan estar implicados en un supuesto de sustracción internacional. Lo anterior con la única finalidad de garantizar en todo proceso restitutorio el “interés superior” de los NNA.

Creemos que ambos objetivos, independientes pero concatenados, deben ser abordados si se quiere dar un panorama completo de las implicaciones multifacéticas y transdisciplinarias que presenta esta figura jurídica; de lo contrario, estaríamos reproduciendo, una vez más, los textos normativos y las opiniones doctrinales, las guías de buenas prácticas y la jurisprudencia

que tenemos a la fecha, abonando de esta forma aún más el terreno de las narraciones y contribuyendo escasamente al terreno de la reflexión.

Resta señalar que la presente obra va dirigida a todos aquellos estudiosos del DIPr que quieren continuar su andadura por el apasionante tema de la sustracción (nacional o internacional) de menores de edad. Por ello se advierte que el lector no encontrará el *iter* que supone un proceso restitutorio, tampoco un compendio básico de sustracción como tampoco encontrará un manual de derecho penal (no parte general ni especial); la obra cobra sentido si se estudia y analiza desde el DIPr, como una obra ubicada en su parte especial. Es por ello que se ofrecen conceptos básicos del derecho penal, ideas de base, siempre que éstos ayuden al *ius internacional privatista* a comprender de mejor forma la sustracción del menor y todo lo que rodea a esta figura jurídica, tal como las medidas de prevención diseñadas para disuadir a los padres a cometer esta conducta que hoy por hoy es un delito.