

## CAPÍTULO TERCERO

### ANÁLISIS DE LA NORMATIVA PENAL A NIVEL ESTATAL

En este capítulo abordaremos, desde una perspectiva interdisciplinaria, las figuras de sustracción y retención ilegal de menores. Si bien estas figuras han sido reguladas por el derecho internacional privado, desde un aspecto meramente civil y ya no penal, llama nuestra atención que tanto el Código Penal Federal y la mayoría de los códigos penales de la República mexicana regulen y contemplen estas figuras como delitos.

A pesar de que el presente trabajo se centra en analizarlas desde una óptica internacional privatista, uno de nuestros objetivos principales, además de estudiar estas figuras es plantear desde qué ámbitos se puede prevenir la sustracción y retención ilegal de menores, así como analizar qué medios existen para lograr una eficiente restitución del menor al lugar de su residencia habitual, considerando siempre el interés superior del menor.

Nuestra preocupación por el aumento en el número de casos de menores sustraídos de su residencia habitual nos hace cuestionarnos sobre los medios existentes para prevenir y solucionar este problema. Si bien, a nivel internacional y nacional, diversos países han suscrito convenios internacionales, como el de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y el Interamericano sobre Restitución Internacional de Menores. No podemos dejar de lado que en el derecho positivo mexicano, específicamente en los códigos penales, también se contemplan estas figuras.

En este sentido, tenemos que en el derecho positivo mexicano, la sustracción y retención ilegal de menores son consideradas como ilícitos civiles y como delitos. Por este motivo, al realizar este breve análisis intentaremos estudiar cada una de estas figuras desde sus respectivas ópticas, es decir, el delito de sustracción y retención ilegal de menores desde un punto de vista penal, y el ilícito de sustracción y retención ilegal de menores, desde un ámbito meramente civil. Lo anterior con la finalidad de no caer en el error de mezclar figuras que al estar reguladas en distintos ámbitos, tienen bienes jurídicos tutelados y finalidades diferentes, ya que nuestra intención es contrastar el tema que nos ocupa con nuestra realidad jurídica, y que a partir de ahí podamos contemplar las diversas soluciones e implicaciones que se tienen al optar por una u otra vía o por que se lleven ambas paralelamente.

Nuestro análisis en este punto en particular no se centra en cuestionar si dichas figuras son o no delitos, pues desde el momento en que éstas están contempladas en los códigos penales lo son. Sin embargo, nos interesa analizar cómo estas figuras son abordadas desde un ámbito penal, es decir, a diferencia de lo establecido en la rama civil, cuál es el bien jurídico tutelado, su antijuridicidad y punibilidad, así como cuáles son las repercusiones y ventajas de que estas figuras estén contempladas como penales. Y que de alguna manera se tengan en cuenta como una opción para lograr la restitución internacional de un menor al lugar de su residencia habitual.

Por último, con este análisis no pretendemos establecer una jerarquía entre ambas ramas, pues sabemos que las dos son sumamente importantes por el objeto que cada una de ellas persigue. Sin embargo, tenemos la intención de establecer que en ambas ramas existen vías para lograr la restitución de un menor al lugar de su residencia habitual. Tal es el caso que la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores prevé en su artículo 26<sup>97</sup> un aspecto penal, que nos abre la puerta para

<sup>97</sup> Este artículo establece: “la presente Convención no será obstáculo para que las autoridades competentes ordenen la restitución inmediata del menor cuando el traslado o retención del mismo constituya delito”.

analizar si estas figuras pueden ser consideradas y abordadas no sólo como supuestos civiles, sino también como penales.

### I. LA RETENCIÓN Y LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES COMO DELITO

Desde un punto de vista civil, la sustracción y retención internacional de menores se consideran ilícitos cuando “se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención”,<sup>98</sup> y “cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención”.<sup>99</sup>

Ahora bien, en el artículo 4o. de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores se señala que “se considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor”.

De lo anterior se desprende que la ilicitud de estas figuras en la rama del derecho internacional privado radica en el hecho de que un progenitor, un familiar, un tutor o guardador, traslade a un menor de su residencia habitual violando los derechos de guarda, custodia o visita asignados o por asignarse a uno de ellos.

<sup>98</sup> Según lo establecido en el Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, artículo 3o., el derecho de custodia mencionado puede resultar de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado.

<sup>99</sup> Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, artículo 3o. incisos *a* y *b*.

En este sentido, ambos convenios tienen como finalidad que el menor conviva en armonía con ambos progenitores, a partir de lograr que se respete el ejercicio del derecho de custodia o guarda y de visita por parte de sus titulares. De tal manera, nos encontramos frente a dos instrumentos convencionales que pretenden asegurar la pronta restitución del menor al Estado de su residencia habitual, cuando haya sido trasladado ilegalmente o que habiendo sido trasladado legalmente hubiera sido retenido ilegalmente, violando los derechos de guarda, custodia o visita de sus titulares.

En esta línea de ideas, la regulación civil de la sustracción y retención ilegal de menores a nivel convencional y autónoma está diseñada para proteger el interés superior del menor a convivir con ambos padres, a partir de asegurar el respeto de los derechos de guarda, custodia o visita asignados de pleno derecho, judicialmente o por acuerdo vigente a uno de los progenitores.

En este contexto, estamos frente a menores que no logran tener una convivencia normal y desarrollo con uno de sus progenitores, ya que son sustraídos de su residencia habitual, generalmente por uno de sus padres, contradiciendo una orden judicial, un acuerdo existente o una atribución de pleno derecho.

Por otro lado, los códigos penales de las entidades federativas y el Código Federal regulan las figuras de sustracción y retención de menores como delitos en contra del orden familiar o en su caso bajo el título de privación ilegal de la libertad y otras garantías.

Por ejemplo, el Código Penal Federal en el Título Vigésimo Primero, Privación Ilegal de la Libertad y de otras garantías en el artículo 366 Quater señala:

Las penas a que se refiere el artículo anterior se reducirán en una mitad cuando:

- I. El traslado o entrega del menor se realice sin el propósito de obtener un beneficio económico indebido, o
- II. la persona que reciba al menor tenga el propósito de incorporarlo a su núcleo familiar.

Se impondrán las penas a que se refiere este artículo al padre o madre de un menor de dieciséis años que de manera ilícita o sin el consentimiento de quien o quienes ejerzan la patria potestad o la custodia del menor, sin el propósito de obtener un lucro indebido, lo trasladen fuera del territorio nacional con el fin de cambiar su residencia habitual o impedir a la madre o padre, según sea el caso, convivir con el menor o visitarlo.

Además, se privará de los derechos de patria potestad, tutela o custodia a quienes, en su caso, teniendo el ejercicio de éstos cometan el delito a que se refiere el presente artículo.

En los casos a que se refiere este artículo, el delito se perseguirá a petición de parte ofendida.

En este sentido, debemos entender que según bajo el título que estén reguladas dichas figuras, éstas pueden ser consideradas delitos en contra del orden familiar o delitos de privación ilegal de la libertad y otras garantías.

Comenzaremos por ubicar los delitos de sustracción y retención ilegal de menores en aquellos códigos penales que las consideran delitos en contra del orden familiar. Los estados que regulan estas figuras bajo este título son: Aguascalientes, Baja California Norte, Baja California Sur, Coahuila, Colima, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, Sinaloa, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas.

Por su parte, los códigos penales de Campeche, Chiapas, Chihuahua, Oaxaca y Distrito Federal regulan los delitos de sustracción y retención ilegal de menores como delitos contra la libertad personal y de otras garantías. El Código penal para el Estado de México las regula bajo el título Delitos contra la Libertad, Seguridad y Tranquilidad de las Personas, el Estado de San Luis Potosí bajo el título de Delitos contra la Paz, Libertad y Seguridad de las Personas y por último el Estado de Sonora bajo el título Privación Ilegal de la Libertad, Violación de otros Derechos, Secuestro y Trata de Personas.

Ahora bien, cada uno de los estados mencionados anteriormente contempla la sustracción de menores cometida por uno de sus padres. Lo cual nos habla de que dichas disposiciones cumplen con las garantías de legalidad y exacta aplicación de la ley en materia penal,<sup>100</sup> que recogen el principio “nullum crimen, nulla poena, sine lege”, el cual impide a la autoridad jurisdiccional imponer por analogía o por mayoría de razón alguna pena que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al hecho delictivo del que se trata, así como también prevé que una conducta no descrita en la ley no puede ser catalogada como delito.

De lo anterior se desprende que mientras exista en la legislación penal un sujeto activo, un sujeto pasivo, una conducta tipificada como antijurídica y una sanción a dicha conducta, se tipifica el delito de sustracción o en su caso de retención ilegal de menores.

Como fundamento de lo anterior tenemos la siguiente tesis:

SUSTRACCIÓN DE MENORES. SE CONFIGURA DICHO DELITO CUANDO EL CÓNYUGE QUE NO TIENE EL DERECHO DE CUSTODIA EN EL CONVENIO DE DIVORCIO VOLUNTARIO SUSTRAE AL MENOR DEL LUGAR DE DONDE HABITA CON QUIEN SÍ LO TIENE SIN CAUSA JUSTIFICADA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TAMAULIPAS).<sup>101</sup>

El convenio suscrito por los cónyuges en un juicio de divorcio voluntario mediante el cual se tiene a uno de ellos como titular del derecho de custodia sobre el hijo, y que fue elevado a la categoría de cosa juzgada por sentencia definitiva, constituye una resolución judicial que restringe el ejercicio de ese derecho para uno de los padres. Ahora bien, un convenio de esta naturaleza participa de las características de una resolución judicial a que alude el delito de sustracción de menores previsto en el primer párrafo del artículo 300 del Código Penal para el Estado de Tamaulipas, que establece: “Cometen el delito a que se refiere este capítulo los padres que habiéndoseles restringido o privado el ejercicio de

<sup>100</sup> Véase el tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>101</sup> Localización: Novena Época, TCC, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, julio de 2008, t. XXVIII, p. 1905 [TA].

la patria potestad o el derecho de custodia de sus hijos, mediante resolución judicial provisional o definitiva, los sustraigan sin causa justificada del lugar donde habiten transitoria o permanentemente.”. De ahí que el hecho de que el cónyuge que no tiene el derecho de custodia en el convenio, sin causa justificada, sustraiga a un menor del lugar de donde habita con quien sí lo tiene, es suficiente para que se configure el delito mencionado.<sup>102</sup>

### 1. *Códigos penales que establecen la retención y la sustracción internacional de menores como delito*

Comenzaremos por analizar los delitos de sustracción y retención ilegal de menores en aquellos códigos penales que las consideran delitos en contra del orden familiar. Los estados que regulan estas figuras bajo este título son: Aguascalientes, Baja California Norte, Baja California Sur, Coahuila, Colima, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, Sinaloa, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas.

La legislación penal para el estado de Aguascalientes, en su Título Primero, De las Figuras Típicas Dolosas, Capítulo Tercero, Tipos Penales Protectores de la Familia en el artículo 35, establece el siguiente delito:

Artículo 35. La Sustracción de Menores e Incapaces consiste en sustraer o retener a un menor de doce años o a un incapaz, sin el consentimiento de quien legítimamente tenga su custodia, guarda o retención.

Al responsable de Sustracción de Menores e Incapaces se le aplicarán de 4 a 10 años de prisión y de 10 a 60 días multa, y al pago total de la reparación de los daños y perjuicios ocasionados. Si el responsable es familiar del menor o incapaz y no ejerce so-

<sup>102</sup> Segundo Tribunal Colegiado En Materias Penal y de Trabajo del Décimo Noveno Circuito, clave: XIX.2o. P.T., núm.: 13, Amparo en revisión 33/2008. 3 de abril de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Olga Iliana Saldaña Durán. Secretaria: Minerva Castillo Barrón.

bre él la custodia, la tutela o la guarda, se le aplicarán de 2 a 4 años de prisión y de 5 a 40 días multa, y al pago total de la reparación de los daños y perjuicios ocasionados.

Como podemos observar de la lectura del artículo anterior, la legislación penal para el estado de Aguascalientes contempla la conducta de sustracción de menores e incapaces como delito.

El Código Penal para el Estado de Baja California Norte, en el Título Primero, Delitos contra el Orden de la Familia, Capítulo II, Sustracción de Menores o Incapaces en los artículos 237, 237 Bis, 237 Ter., y 237 Quater. señala lo siguiente:

Artículo 237. Tipo y punibilidad. Al que sin tener relación familiar o de parentesco sustraiga a un menor de doce años o a un incapaz, sin el consentimiento de quien legítimamente tenga su custodia o guarda, o lo retenga con la finalidad de violar derechos de familia, se le impondrá prisión de cuatro a diez años.

Cuando el delito lo cometa un familiar del menor que no ejerza sobre él la patria potestad ni la tutela, la prisión será de uno a tres años.

Si el agente devuelve al menor o incapaz espontáneamente, dentro de los cinco días siguientes a la consumación del delito, se le aplicará una tercera parte de las penas arriba señaladas.

Artículo 237 Bis. Al padre o la madre que sustraiga a su hijo menor de doce años de edad o incapaz, respecto del cual no ejerza la patria potestad o la custodia, privando de este derecho a quien legítimamente lo tenga, se le impondrá una pena de uno a tres años de prisión y multa de cien a quinientos salarios mínimos.

Si el agente devuelve al menor o incapaz espontáneamente, dentro de los cinco días siguientes a la consumación del delito, se le aplicará una tercera parte de las penas señaladas.

Además de las penas señaladas, se privará de los derechos de la patria potestad, tutela o custodia, así como de los derechos de familia, en su caso, a quienes teniendo el ejercicio de éstos en relación con el ofendido, cometa el delito a que se refiere el presente artículo.



Artículo 237 Ter. Las mismas penas señaladas en el artículo anterior, se impondrán al padre o la madre que retenga a su hijo menor de doce años de edad o incapaz, con el fin de:

I. Impedir que el otro ascendiente ejerza el derecho a convivir con su hijo menor de edad o incapaz en los términos decretado por resolución o convenio judicial.

II. Impedir la guarda y custodia compartida en los términos de la resolución o convenio judicial.

Si el agente devuelve al menor o incapaz espontáneamente, dentro de los cinco días siguientes a la consumación del delito, se le aplicará una tercera parte de las penas arriba señaladas.

Además de las penas señaladas, se privará de los derechos de la patria potestad, tutela o custodia, así como de los derechos de familia, en su caso, a quienes teniendo el ejercicio de éstos en relación con el ofendido, cometa el delito a que se refiere el presente artículo.

Artículo 237 Quater. Persecución officiosa. El delito de sustracción de menores o incapaces previsto en el artículo 237 se perseguirá de oficio; excepto lo dispuesto en su segundo párrafo y las conductas a que se refieren los artículos 237 bis y 237 ter, las cuales se perseguirán por querrela de la parte ofendida o de sus representantes legítimos, salvo que dichas conductas se hayan ejercitado con violencia.

El Código Penal para el Estado de Baja California Sur, en el Libro segundo delitos en particular, Título Décimo Delitos contra la Familia, Capítulo I Substracción de Menores e Incapaces artículo 232, señala lo siguiente:

Artículo 232. A los parientes consanguíneos o civiles de un menor de doce años o de un incapaz, que lo sustraigan de la custodia legítima de quien ejerce la patria potestad o la tutela, o lo retenga contra la voluntad de éste, se les impondrán de tres meses a dos años de prisión y multa hasta por cien días de salario.

Se impondrá pena de dos a seis años de prisión, a quien sin ser pariente consanguíneo o civil como se señala en el párrafo anterior, sustraiga a un menor de doce años o a un incapaz, sin causa justificada o sin orden de autoridad competente, de la custodia o

guarda de quien legítimamente la tenga, o bien que lo retenga sin voluntad de éste.

Si la persona que sustrae o retiene al menor ejerce la patria potestad pero no la custodia, la pena será de tres días a un año de prisión o multa de cincuenta a doscientos salarios.

Si el sujeto activo reintegra espontáneamente al menor o incapaz a quien tenía la custodia, antes de que se ejercite la acción penal en su contra y se compromete mediante convenio ministerial a no realizar la misma conducta, no se le aplicará sanción alguna.

El delito de sustracción de menores se perseguirá a petición de parte ofendida.

En el Libro Segundo Parte Especial, Título Único Delitos contra el Orden Familiar, Capítulo Cuarto, Sustracción y Tráfico de Menores del Código Penal para el Estado de Coahuila de Zaragoza, se regula la sustracción y retención de menores en los siguientes artículos:

Artículo 319. Sanciones y figura típica de sustracción de menores por familiares. Se aplicará prisión de uno a cuatro años y multa: al ascendiente o pariente consanguíneo hasta el cuarto grado de un menor de dieciocho años, que lo sustraiga sin causa justificada; o sin orden de autoridad competente, de la custodia de quien legítimamente la posea; o bien lo retenga sin la voluntad de aquél. Lo anterior procederá aún cuando la custodia se comparta, si la sustracción es sin consentimiento de alguno de quienes la posean.

Si se reintegra al menor antes de tres días sin causarle ningún daño, se aplicará prisión de seis meses a un año y multa.

Artículo 320. Querrela necesaria para el delito de sustracción de menores por familiares. El delito de sustracción de menores por familiares a que se refiere el artículo anterior, se perseguirá por querrela del ofendido.

El Código Penal para el Estado de Colima, en la Sección Tercera Delitos contra la Familia, Título Único, Capítulo I, Substracción de Menores e Incapaces, establece lo siguiente:

Artículo 164. A los parientes hasta el cuarto grado, de un menor de 14 años, o de un incapaz, que lo sustraigan de la custodia o guarda de quien legítimamente la tenga, o lo retenga sin la voluntad de éste, se les impondrán de uno a seis años de prisión y multa hasta por 70 unidades.

Si el sujeto activo espontáneamente y antes de tres días reintegra al menor o al incapaz a la custodia de quien la tenía, la sanción aplicable será de tres días a un año de prisión y multa hasta por 10 unidades.

El Código Penal del Estado de Guerrero en los artículos 190 y 190A del Título Único, Delitos contra la Familia, Capítulo II, Sustracción de Menores o Incapaces y Robo de Infante, se establece lo siguiente:

Artículo 190. Al que sin tener relación familiar o de parentesco sustraiga a un menor de edad o a un incapaz, sin el consentimiento de quien legítimamente tenga su custodia o guarda, o lo retenga con la finalidad de violar derechos de familia, se le impondrá prisión de dos a seis años y de veinte a sesenta días multa.

Cuando el delito lo cometa un familiar del menor que no ejerza sobre él la patria potestad ni la tutela, se le impondrá prisión de uno a tres años.

Si el agente devuelve al menor o incapaz espontáneamente, dentro de los tres días siguientes a la consumación del delito, se le aplicará hasta una mitad de las penas arriba señaladas.

Artículo 190 A. Cuando exista separación temporal o definitiva entre el padre y la madre de un menor o incapaz decretada por un juez y cualesquiera de ellos, lo sustraiga o retenga con la finalidad de suspender o privar de la guarda o custodia a quien la venía ejerciendo, sin el consentimiento de este y sin que medie una resolución judicial, se le impondrá prisión de uno a cinco años y de veinte a sesenta días multa.

Se aumentará hasta en una tercera parte más las penas previstas en el párrafo anterior, si en la comisión del delito ocurre alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Cuando el sustraído sea menor de dos años de edad.
- b) Si en el momento de la sustracción se emplea violencia en contra de quien ejerza la guarda o custodia del menor o incapaz; y

c) Si la sustracción del menor o incapaz se realiza aprovechándose de la ausencia de quien ejerce la guarda o custodia.

Además de las sanciones señaladas en los párrafos anteriores, se le privará o suspenderá de la patria potestad al agente activo del delito.

El Título Octavo, Delitos contra la Familia, Capítulo II, Sustracción de Menores o Incapaces del Código Penal para el Estado de Hidalgo señala, en los artículos 232 y 233, lo siguiente:

Artículo 232. Al que sin el consentimiento de quien legítimamente tenga su custodia o guarda, sustraiga o retenga a un menor de doce años o a un incapaz, sin tener con éstos relación familiar o de parentesco, se le impondrá prisión de cinco a diez años y multa de 25 a 100 días.

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

Artículo 233. Si el agente devuelve al menor o incapaz espontáneamente, dentro de los tres días siguientes a la consumación del delito, no se aplicará pena alguna, siempre que sea la primera vez.

Este delito sólo se perseguirá por querrela del ofendido o del legítimo representante.

El Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco, en el artículo 179 del Título Décimo Segundo, Delitos contra el Orden de la Familia, Capítulo IV, Sustracción, Robo y Tráfico de menores, señala:

Artículo 179. Se impondrá de dos a seis años de prisión al que sustraiga a un menor de doce años, sin causa justificada o sin orden de autoridad competente, de la custodia o guarda de quien legítimamente la tenga, o bien que lo retenga sin voluntad de éste.

Cuando el delito lo efectúen los padres, abuelos o bisabuelos que no ejerzan la patria potestad, o terceros, por encargo de algu-

no de éstos, la sanción será de seis meses a dos años de prisión. En este caso el delito sólo se perseguirá a petición del legítimo representante de la parte ofendida.

En cualquier supuesto, si se pone espontáneamente en libertad al menor, o se devuelve, antes de formuladas las conclusiones y sin causarle algún daño, la sanción será de tres meses a un año de prisión.

El robo de infante lo comete el que se apodere de un menor de quince años de edad de cualquier sexo, sin derecho y sin consentimiento de sus padres o de quienes legítimamente lo tengan en su poder con el fin de segregarlo del medio familiar que le es propio. Este delito se castigará con pena de cinco a veinte años de prisión.

Si el menor es restituido a su familia o a la autoridad, espontáneamente, dentro de los quince días a partir de la fecha de la sustracción y sin causarle perjuicio, solamente se aplicará al responsable la sanción de seis meses a cuatro años de prisión.

El Título Décimo Primero, Delitos contra el Orden Familiar, Capítulo V, Sustracción o Retención del Código Penal del Estado de Michoacán, en su artículo 224, establece:

Artículo 224. Al padre, madre, abuelo, abuela o pariente consanguíneo por afinidad o civil hasta el cuarto grado, de persona menor de dieciocho años de edad o que no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o de resistirlo; que lo sustraiga o retenga sin causa justificada o sin orden de la autoridad competente, de la custodia o guarda de quien legítimamente la posea, se le impondrán de uno a seis años de prisión y multa de cien a quinientos días de salario.

En caso de causa justificada el autor deberá informar de los hechos inmediatamente al Ministerio Público.

La pena máxima se aumentará hasta una tercera parte si la sustracción o retención se realiza:

- I. En persona menor de dos años de edad;
- II. Aprovechando la ausencia de quien tenga la custodia o guarda; o,
- III. Empleando violencia.

Este delito se perseguirá por querrela de parte ofendida.

El Código Penal para el Estado de Morelos en su artículo 203 del Título Décimo, Delitos contra la familia, Capítulo II Sustracción o Retención de Menores o Incapaces, establece:

Artículo 203. Al que sin tener relación familiar o de tutela con un menor de edad o incapaz, lo sustraiga o lo retenga, sin el consentimiento de quien tenga su legítima custodia o guarda, se le impondrá de uno a cinco años de prisión.

Si el agente es familiar del menor, pero no ejerce la patria potestad o la tutela sobre él, se le aplicará hasta la mitad de la sanción prevista en el párrafo anterior.

Cuando quien sustrae o retiene indebidamente al menor o al incapaz lo devuelve espontáneamente dentro de los tres días siguientes a la consumación del delito, se le impondrá hasta una tercera parte de la sanción señalada. El juez podrá prescindir de dicha sanción si lo considera pertinente, en vista de las circunstancias del caso.

Los delitos previstos en este artículo se perseguirán por querrela de quien tenga derechos familiares o de tutela con respecto al menor o al incapaz.

El Código Penal para el Estado de Nayarit, en el artículo 264 del Título Décimo Quinto, Delitos contra el Orden de la Familia, Capítulo III, Sustracción y Tráfico de Infantes, señala:

Artículo 264. Al familiar de un menor de dieciséis años o incapaz que lo sustraiga o retenga, sin causa justificada o sin orden de la autoridad competente, de la custodia o guarda de quien legítimamente la tenga, se le impondrá de 1 a 6 años de prisión y multa de 5 a 30 días de salario.

Cuando el responsable de la sustracción o retención sea uno de los progenitores y dentro de la integración de la averiguación previa o durante el proceso, antes de cerrada la instrucción, se conciliare, se decretará el sobreseimiento.

Cuando la sustracción o retención de un menor de dieciséis años se realice por una persona distinta a las indicadas en el primer párrafo, se impondrá de dos a ocho años de prisión y multa

de diez a sesenta días de salario. Si se pone en libertad al menor, espontáneamente, antes de tres días y sin causarle algún perjuicio, se aplicará como sanción de un mes a un año de prisión.

El Código Penal para el Estado de Nuevo León, en los artículos 284 a 287 del Título Décimo Segundo, Delitos contra la Familia, Capítulo VI, Sustracción de Menores, establece:

Artículo 284. A los padres, abuelos o parientes consanguíneos hasta el cuarto grado, que sin causa justificada, retengan o sustraigan al menor del lugar donde se encuentre, desplazándolo del control de quien tenga materialmente la custodia o la patria potestad, se les aplicará una sanción de dos a cinco años de prisión y multa de 10 a 30 cuotas. Se entiende que existe causa justificada, entre otras, en caso de ebriedad, toxicomanía, golpes, amenazas, falta de ministración de alimentos de forma reiterada o malos tratos.

Artículo 285. La sanción señalada en el artículo anterior se aplicará a la persona descrita en el artículo 284 cuando, sin causa justificada:

I. Se apodere de menor, habiendo perdido la patria potestad, o carezca de su guarda y custodia por resolución judicial;

II. No permita o impida la convivencia que sea decretada o convenida judicialmente con el menor; o

III. Teniendo compartida la guarda y custodia del menor, no lo devuelva a quien así lo determine la resolución o convenio judicial que al efecto se haya dictado.

Artículo 286. Los delitos a que se refieren los dos artículos anteriores, se perseguirán a petición de parte ofendida.

Artículo 287. Se impondrá la pena de dos a cuatro años de prisión, y multa de cinco a veinticinco cuotas, a los que ejerzan la patria potestad, guarda o custodia sobre un menor o menores, cuando el ánimo de lucrar, convengan con otras personas la entrega del infante o infantes que están bajo su atención y cuidado. El que ejecutoriadamente sea sancionado por la comisión del ilícito previsto en este artículo, por ese solo hecho, perderá los derechos que tenga sobre la persona o bienes de los menores víctimas del ilícito.

El Código de Defensa Social del Estado Libre y Soberano de Puebla, en los artículos 283, 283bis y 283ter del Capítulo Duodécimo, Delitos contra la Familia, Sección Tercera, Sustracción de Menores, regula lo siguiente:

Artículo 283. Comete el delito de sustracción de menores, el familiar de un menor de catorce años de edad que lo sustrajere de la custodia o guarda de quien legítimamente la tuviere, o bien lo retuviere sin la voluntad de esta última.

Artículo 283 bis. También comete el delito de sustracción de menores el ascendiente, pariente colateral o afín hasta el cuarto grado que retenga a un menor en los siguientes casos:

I. Cuando haya perdido la patria potestad o ejerciendo ésta se encuentre suspendido o limitado;

II. Que no tenga la guarda y custodia provisional o definitiva o la tutela sobre él;

III. Que no permita las convivencias decretadas por resolución judicial o estipuladas en convenio, y

IV. Que teniendo la guarda y custodia compartida, no devuelva al menor en los términos de la resolución que se haya dictado para ello o del convenio signado entre las partes que legalmente puedan acordar respecto de la guarda y convivencia.

Artículo 283 ter. A los responsables del delito previsto en los artículos 283 y 283 bis de este código, se les aplicarán de dos a cinco años de prisión y multa de cien a mil días de salario; pero si antes de dictarse sentencia, los acusados entregaren al menor o menores de que se trataran, a quien legalmente correspondieren la custodia o guarda de los mismos, la prisión será hasta de un año y multa de cien a quinientos días de salario.

Este delito se perseguirá por querrela.

El Título Único, Delitos contra la Familia, Capítulo II, Sustracción de Menores o Incapaces del Código Penal para el Estado de Querétaro, establece:

Artículo 212. Al que sin tener relación familiar o de parentesco sustraiga a un menor de edad o a una incapaz, sin el consenti-



miento de quien legítimamente tenga su custodia o guarda, o lo retenga con la finalidad de violar derechos de familia, se le impondrá prisión de 2 a 6 años y de 20 a 60 días multa.

Cuando el delito lo cometa un familiar del menor que no ejerza sobre él la patria potestad ni la tutela, se le impondrá prisión de 1 a 4 años.

Si el agente devuelve al menor o incapaz espontáneamente, dentro de los 3 días siguientes a la consumación del delito, se le aplicará hasta una mitad de las penas arriba señaladas.

El Código Penal del Estado de Quintana Roo, en los artículos 171 y 171bis del Título Primero, Delitos contra el orden de la familia, Capítulo II, Retención y Sustracción de Personas Menores de Edad o que no Tengan la Capacidad de Comprender el Significado del Hecho, establece:

Artículo 171. Al que sin tener relación familiar o de parentesco sustraiga a una persona menor de dieciocho años o que no tiene la capacidad para comprender el significado del hecho, sin el consentimiento de quien legítimamente tenga custodia o guarda, o lo retenga con la finalidad de violar derechos de familia, se le impondrá prisión de cuatro a ocho años.

Cuando el delito lo cometa un familiar del menor que no ejerza sobre él la patria potestad ni la tutela, la prisión será de dos a seis años.

Si el agente devuelve a la persona menor o que no tiene la capacidad para comprender el significado del hecho espontáneamente, dentro de los cinco días siguientes a la consumación del delito, se le aplicará hasta una tercera parte de las penas arriba señaladas.

Artículo 171-BIS. Se impondrá pena privativa de libertad de dos a seis años al padre o la madre, que no dé aviso por los medios legales a que haya lugar o que sin el consentimiento o autorización del otro progenitor, retuviere o trasladare a su hijo o hijos menores de dieciocho años fuera o dentro del País con la finalidad de cambiar su residencia habitual o impida de algún modo la convivencia del niño, niña o adolescente con su otro progenitor, de

acuerdo con la Ley de la materia en el Estado; salvo en los casos en los que el juez competente hubiere condenado a alguno de los padres a no convivir o a hacerlo de manera condicionada con sus hijos o de que el progenitor sea víctima de violencia familiar.

Si el agente devuelve a la persona menor de dieciocho años dentro de los cinco días naturales siguientes a la consumación del delito, se le aplicará hasta una tercera parte de la pena señalada en el párrafo anterior.

Tratándose de abuelos solo procederá, cuando no existan padres que ejerzan la patria potestad y cesará toda acción para perseguirlo cuando se haga el aviso o notificación correspondiente.

El Código Penal para el Estado de Sinaloa, en los artículos 242 y 242 bis del Título Único, Delitos contra la Familia, Capítulo II, Sustracción de Menores o Incapaces, señala:

Artículo 242. Al que sin tener relación familiar o de parentesco sustraiga a un menor de edad o a un incapaz, sin el consentimiento de quien legítimamente tenga su custodia o guarda, o lo retenga con la finalidad de violar derechos de familia, se le impondrá prisión de tres a seis años y de cincuenta a doscientos días multa.

Cuando la sustracción de un menor o un incapaz, sin el consentimiento de quien legítimamente tenga su custodia o guarda, o lo retenga con la finalidad de violar derechos de familia, lo cometa un familiar que no ejerza sobre él la patria potestad ni la tutela, se le impondrá de uno a tres años de prisión.

Si el agente devuelve al menor o incapaz espontáneamente, dentro de los seis días siguientes a la consumación del delito se le aplicará hasta una tercera parte de las penas señaladas en los párrafos anteriores, según sea el caso.

Artículo 242 Bis. Se impondrá de uno a tres años de prisión; y de cincuenta a cien días de multa, al ascendiente que retenga o sustraiga a una persona menor o incapaz, en los siguientes casos:

I. Que haya perdido judicialmente la patria potestad o ejerciendo ésta, se encuentre suspendido o limitado; o bien, ésta se encuentre sub júdice por autoridad legalmente competente;

II. No tenga la guarda y custodia provisional o definitiva, o la tutela sobre el menor de edad o incapaz;

III. Sin haber causa legalmente justificada, no permita las convivencias decretadas por resolución judicial, y

IV. Teniendo la guarda y custodia compartida, no devuelva a la persona menor en los términos de la resolución que se haya dictado para ello.

El Código Penal del Estado de Tabasco, en sus artículos 209 y 210 del Título Segundo, Delitos contra el Estado Civil y el Ejercicio de los Derechos Familiares, Capítulo I Sustracción o Retención de Menores o incapaces, establece:

Artículo 209. Se impondrá prisión de uno a cinco años al que con el fin de lesionar derechos de familia, sin tener relación familiar o de tutela con un menor de edad o incapaz, lo sustraiga de su custodia legítima, o lo retenga sin el consentimiento de quien tenga su legítima custodia o guarda.

Artículo 209 Bis. Cuando el ascendiente o pariente consanguíneo colateral, sin limitación de grado o por afinidad, hasta el cuarto grado, de un menor, lo sustraiga del domicilio donde habitualmente reside o de algún otro lugar, en el que por razón de su educación, atención médica, psicológica o equivalente, se encuentre, lo retenga o impida que regrese a su domicilio, o lo cambie de éste injustificadamente, sin la autorización de quienes ejercen la patria potestad o la guarda y custodia, o en desacato de una resolución de autoridad competente, no permitiendo a la madre o al padre o a quien legalmente le corresponda convivir con el menor, se le aplicará una pena de uno a tres años de prisión y de cincuenta a trescientos días de multa.

Las sanciones señaladas en el párrafo anterior se aplicarán en la misma hipótesis normativa de los grados de parentesco, cuando se trate de un incapaz, éste sea sustraído del domicilio donde habitualmente reside, o lo cambie de éste injustificadamente, lo retenga o impida que retorne al mismo, sin la autorización de quien o quienes ejercen la tutela o curatela o por resolución de autoridad competente, no permitiendo a los demás parientes convivir con el incapaz.

Artículo 210. Si el agente devuelve, espontáneamente, al menor o al incapaz dentro de los tres días siguientes a la comisión

del delito, se le impondrá una tercera parte de las penas antes señaladas.

El Código Penal para el Estado de Tamaulipas, en los artículos 300 y 301 del Título Décimo Tercero, Delitos contra la Familia y el Estado Civil, Capítulo VII Sustracción y Retención de Menores por los Padres, señala lo siguiente:

Artículo 300. Cometén el delito a que se refiere este capítulo los padres que habiéndoseles restringido o privado el ejercicio de la patria potestad o el derecho de custodia de sus hijos, mediante resolución judicial provisional o definitiva, los substraigan sin causa justificada del lugar donde habiten transitoria o permanentemente.

Comete este delito cualquiera de los padres que sustraiga a los hijos arbitrariamente del lugar donde habiten transitoria o permanentemente, aún cuando no exista resolución judicial que dirima la custodia de los menores, pero que de hecho se encuentren bajo el resguardo de alguno de ellos.

Sólo se procederá contra el responsable a petición de quien ejerza la patria potestad o el derecho de custodia.

Artículo 300 Bis. Comete el delito de retención de menores cualquiera de los padres que teniendo la custodia compartida de los hijos determinados días, se resista o se niegue a devolver a los menores al hogar en que ordinariamente habitan.

Sólo se procederá a petición de quien ejerza el derecho de custodia.

Artículo 301. A los responsables de los delitos a que se refieren los artículos anteriores se les impondrá una sanción de dos a seis años de prisión y multa de cien a quinientos días salario.

Cuando el sujeto devuelva espontáneamente al menor o incapaz, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la comisión del delito, se le impondrá una tercera parte de las sanciones señaladas.

En caso que el menor, fuese sustraído y trasladado, retenido u ocultado fuera del territorio nacional, se aumentarán en una mitad las sanciones previstas en el primer párrafo de este artículo.

El Título Decimocuarto, Delitos contra el Orden de la Familia, Capítulo III, Sustracción de Menores, del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala, en el artículo 232, establece:

Artículo 232. Al ascendiente o colateral hasta el tercer grado de un menor de doce años que lo sustraiga sin causa justificada o sin orden de la autoridad competente, de la custodia o guarda de quien legítimamente la tenga, o bien que lo retenga sin la voluntad de éste, se le impondrán de uno a seis años de prisión y multa de cinco a cuarenta días de salario.

Cuando la sustracción o retención de un menor de dos años, se realice por una persona distinta de las indicadas en el artículo anterior, se impondrán de cinco a treinta años de prisión y multa de cincuenta a mil días de salario. Si se pone en libertad al menor, espontáneamente, antes de tres días y sin causarle ningún perjuicio, se aplicarán como sanción de seis meses a dos años de prisión y multa hasta de diez días de salario.

El Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Veracruz, en los artículos 241 y 242 del Título VIII, Delitos contra la Familia, Capítulo III, Sustracción o Retención de Menores o Incapaces, establece:

Artículo 241. A quien le una parentesco con persona menor de dieciocho años de edad o incapaz, o al que por instrucciones de aquél, sin causa justificada o sin orden de autoridad competente, la sustraiga de la custodia o guarda de quien la tenga de hecho o por derecho, o bien la retenga sin la voluntad de ésta, se le impondrán de dos a seis años de prisión y multa de hasta cien días de salario.

Artículo 242. Si el agente activo devuelve espontáneamente al menor o al incapaz dentro de los siete días siguientes a la comisión del delito, se le impondrá una tercera parte de las sanciones antes señaladas.

El Código Penal del Estado de Yucatán, en su artículo 223 del Título Noveno, Delitos contra la Familia, Capítulo II, Sustracción de Menores, establece:

Artículo 223. Al familiar de un menor de dieciocho años de edad que lo sustraiga, sin causa justificada o sin orden de la autoridad competente, de la custodia o guarda de quien legítimamente la tenga o bien lo retenga sin voluntad de éste, se le impondrá de un mes a seis años de prisión y de diez a sesenta días-multa.

Cuando la sustracción o retención de un menor de dieciocho años, se realice por una persona distinta de las indicadas, se impondrán de uno a ocho años de prisión y de veinte a ciento sesenta días-multa. Si se pone en libertad al menor, espontáneamente, antes de tres días y sin causarle ningún perjuicio, se aplicará como sanción, de un mes a un año de prisión.

Si el agente devuelve espontáneamente al menor antes de la vista pública, se le impondrá hasta una tercera parte de las penas señaladas.

Este delito será perseguido por querrela, cuando sea cometido por familiares en línea recta ascendente o descendente, en segundo grado colateral y por afinidad en el mismo grado de parentesco.

El Código Penal para el Estado de Zacatecas, en sus artículos 242 y 243 del Título Décimo Tercero, Delitos contra el Orden de la Familia, Capítulo III, Sustracción de Menores, establece:

Artículo 242. Al familiar de un menor de diez años que lo sustraiga, sin causa justificada o sin orden de la autoridad competente, de la custodia o guarda de quien legítimamente la tenga, o bien que lo retenga sin la voluntad de éste, se le impondrán de uno a seis años de prisión y multa de cinco a veinticinco cuotas.

Artículo 243. Cuando la sustracción o retención de un menor de diez años se realice por una persona distinta de las indicadas en el artículo anterior, se le impondrán de cinco a veinte años de prisión y multa de cinco a cincuenta cuotas. Si se pone en libertad al menor, espontáneamente, antes de tres días y sin causarle ningún perjuicio, se aplicará como sanción de seis meses a dos años de prisión.

Ahora bien, los Códigos Penales de Campeche, Chiapas, Chihuahua, Oaxaca, Durango y Distrito Federal regulan los delitos de sustracción y retención ilegal de menores como delitos contra la libertad personal y de otras garantías. El Código penal para el Estado de México las regula bajo el título Delitos contra la Libertad, Seguridad y Tranquilidad de las Personas, el Estado de San Luís Potosí bajo el título de Delitos contra la Paz, Libertad y Seguridad de las Personas y, por último, el estado de Sonora bajo el título Privación Ilegal de la Libertad, Violación de otros Derechos, Secuestro y Trata de Personas.

En este sentido, podemos observar que en estos códigos penales a diferencia de aquellos que contemplan el orden de familia como bien jurídico tutelado, éstos contemplan la sustracción y retención de menores como una violación contra la libertad personal, la seguridad de las personas y otras garantías.

El Código Penal para el Distrito Federal, en los artículos 171 al 173 del Libro segundo parte especial, Título Cuarto, Delitos contra la Libertad Personal, Capítulo VI, Retención o Sustracción de Menores o Incapaces, establece:

Artículo 171. Al que sin tener relación de parentesco, a que se refiere el artículo 173 de este Código, o de tutela de un menor de edad o incapaz, lo retenga sin el consentimiento de quien ejerza su custodia legítima o su guarda, se le impondrá prisión de uno a cinco años y de cien a quinientos días de multa.

A quien bajo los mismos supuestos del párrafo anterior los sustraiga de su custodia legítima o su guarda, se le impondrá de cinco a quince años de prisión y de doscientos a mil días multa.

Artículo 172. Si la retención o sustracción se realiza en contra de una persona menor de doce años de edad, las penas previstas en el artículo anterior se incrementarán en una mitad.

Si la sustracción tiene como propósito incorporar a la persona a círculos de corrupción de menores o traficar con sus órganos, las penas se aumentarán en un tanto.

Artículo 173. Se impondrá de uno a cinco años de prisión y de cien a quinientos días multa, al ascendiente, descendiente, cóny-

ge, pariente colateral o afin hasta el cuarto grado, que sustraiga, retenga u oculte a un menor o incapaz y que sobre éste no ejerza la patria potestad, la tutela o mediante resolución judicial no ejerza la guarda y custodia.

Cuando el sujeto devuelva espontáneamente al menor o al incapaz, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la comisión del delito, se le impondrá una tercera parte de las sanciones señaladas.

Al padre o madre que, sin tener la guarda y custodia del menor o incapaz que viva en el Distrito Federal, lo sustraiga, retenga u oculte fuera del Distrito Federal o fuera del territorio nacional, se le aumentarán en una mitad las penas previstas en el primer párrafo de este artículo.

Se equipará al delito de retención, sustracción u ocultamiento de menor o incapaz, y se sancionará con las penas señaladas en el primer párrafo del presente artículo, a la persona que mediante amenazas o engaños obtenga del padre o madre que tiene la guarda y custodia del menor o incapaz, el consentimiento para trasladarlo, con la finalidad de retenerlo, sustraerlo u ocultarlo fuera del Distrito Federal o fuera del territorio nacional.

La pena señalada en el primer párrafo se aumentará en una mitad al cónyuge que sustraiga, retenga u oculte a un hijo menor de edad o incapaz, con la finalidad de obligar al otro cónyuge a dar, hacer o dejar de hacer algo.

El Código Penal del Estado de Campeche en su artículo 331 del Título Vigésimo Cuarto, Privación Ilegal de la Libertad y Otras Garantías, Capítulo Único, establece:

Artículo 331. Se impondrá pena de cinco a cuarenta años de prisión y multa de cincuenta a quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Estado en el momento de cometerse el delito, cuando la privación ilegal de la libertad tenga el carácter de plagio o secuestro en alguna de las formas siguientes:

I. Para obtener rescate o causar daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o a otra persona relacionada con aquella;

II. Si se hace uso de amenazas graves, de maltrato o de tormentos;



III. Si se detiene en calidad de rehén a una persona y se amenaza con privarla de la vida o con causarle un daño, sea a aquella o a terceros, si la autoridad no realiza o deja de realizar un acto de cualquier naturaleza;

IV. Si la detención se hace en camino público o en paraje solitario;

V. Si se comete el robo de infante menor de doce años, por quien sea extraño a su familia y no ejerza la tutela sobre el menor.

Cuando el delito lo cometa un familiar del menor que no ejerza sobre él la patria potestad o que ejerciendo esta, a virtud de desavenencias conyugales o familiares, no este encargado de su guarda o custodia por mandato judicial, de carácter provisional o definitivo, la pena será de uno a nueve años de prisión.

Si espontáneamente se pone en libertad a la persona antes de tres días y sin causar ningún perjuicio, solo se aplicará la sanción correspondiente a la privación ilegal de la libertad de acuerdo con el artículo 329. Este beneficio no opera en el caso de la fracción III del presente artículo.

El Código Penal para el Estado de Chiapas, en los artículos 223 a 226, Título Quinto, Delitos contra la Libertad Personal y de Otras Garantías, Capítulo II, Retención y Sustracción de Menores y los que no Tengan Capacidad de Entender el Significado del Hecho, establece:

Artículo 223. Al que sin tener relación familiar, de parentesco o de tutela con un menor de edad o con un incapaz, lo retenga sin el consentimiento de quien ejerza su custodia legítima o su guarda, se le impondrá prisión de uno a cinco años y de cien a quinientos días multa.

A quien bajo los mismos supuestos del párrafo anterior sustraiga a un menor o a un incapaz de su custodia legítima o de su guarda, se le impondrán de cinco a quince años de prisión y de doscientos a mil días multa.

Artículo 224. Si la sustracción tiene como propósito incorporar al menor o incapaz a círculos de corrupción de menores o incapaces o traficar con sus órganos, las penas se aumentarán al doble.

Artículo 225. Si el sujeto activo de la sustracción del menor o del incapaz no tiene la finalidad de corromperlo, es familiar del sustraído pero no ejerce la patria potestad o la tutela sobre el mismo, o no ejerce la guarda o custodia por resolución judicial, se le impondrá la mitad de las penas previstas para el delito de sustracción.

Artículo 226. Cuando el sujeto activo devuelva espontáneamente al menor o al incapaz dentro de las veinticuatro horas siguientes a la comisión del delito de retención o sustracción de menores o incapaces, sólo se le impondrá hasta una tercera parte de las sanciones señaladas para esos delitos, sin perjuicio de las penas que correspondan por la comisión de otros delitos durante el tiempo que haya durado la sustracción o retención.

El Código Penal del Estado de Chihuahua, en los artículos 168 a 170 del Título Cuarto, Delitos contra la Libertad Personal, Capítulo VI, Retención y Sustracción de Personas Menores de Edad o de Quien no Tiene la Capacidad para Comprender el Significado del Hecho, señala:

Artículo 168. A quien sin tener relación de parentesco, a que se refiere el artículo 170 de este Código, o de tutela de una persona menor de edad o de una persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, lo retenga sin el consentimiento de quien ejerza su custodia legítima o su guarda, se le impondrá prisión de uno a cinco años y de cien a quinientos días de multa. A quien bajo los mismos supuestos del párrafo anterior los sustraiga de su custodia legítima o su guarda, se le impondrá de cinco a quince años de prisión y de doscientos a mil días multa.

Artículo 169. Si la retención o sustracción se realiza en contra de una persona menor de doce años de edad, las penas previstas en el artículo anterior se incrementarán en una mitad.

Artículo 170. Se impondrá de uno a cinco años de prisión, multa de cien a quinientos días y suspensión de los derechos respecto de la víctima, en su caso, al ascendiente, descendiente, pariente colateral o afín hasta el cuarto grado, que retenga o sustraiga a una persona menor de edad o que no tenga la capacidad para comprender el significado del hecho, en los siguientes casos:

I. Que haya perdido la patria potestad o ejerciendo ésta se encuentre suspendida o limitada;

II. No tenga la guarda y custodia provisional o definitiva o la tutela sobre él;

III. No permita las convivencias decretadas por resolución judicial; o

IV. Teniendo la guarda y custodia compartida, no devuelva a la persona menor de edad en los términos de la resolución que se haya dictado para ello. Este delito se investigará previa querrela.

El Código Penal del Estado de México, en el artículo 263 del Subtítulo Tercero, Delitos contra la Libertad, Seguridad y Tranquilidad de las Personas, Capítulo IV, Sustracción de Hijo, establece:

Artículo 263. Al padre o la madre que se apodere de su hijo menor de edad o familiares que participen en el apoderamiento, respecto del cual no ejerza la patria potestad o la custodia, privando de este derecho a quien legítimamente lo tenga, se le impondrán de uno a cinco años de prisión y multa de cuarenta a ciento veinticinco días.

Este delito se perseguirá por querrela.

El Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca, en su artículo 347bis del Título Décimo Octavo, Delitos contra la Libertad y Violación de Otras Garantías, Capítulo I, Privación Ilegal de la Libertad, establece:

Artículo 347 Bis. Cuando se sustraiga a un menor de doce años de edad de su seno familiar por un pariente sin limitación de grado, que no ejerza la patria potestad o la tutela sobre él, y con el propósito distinto a los señalados en el artículo 348 Bis C, se le impondrá la pena de uno a cinco años de prisión y multa de cincuenta a quinientos días de salario.

Este delito solo se perseguirá por querrela de la parte ofendida si el menor no sufrió algún daño, en caso contrario, si el daño constituyere un delito que deba perseguirse de oficio, la querrela será inadmisibles y se atenderá a las reglas del concurso de delitos.

El Código Penal para el Estado de San Luís Potosí, en los artículos 137 al 139 del Título Segundo, Delitos contra la Paz, Libertad y Seguridad de las Personas, Capítulo V, Robo de Infante o Incapaces, señala:

Artículo 137. Comete el delito de robo de infante o incapaces quien, sustraiga de su custodia legítima a un menor o incapaz, o lo retenga sin el consentimiento de quien tenga su legítima custodia o guarda.

Este delito se sancionará con una pena de ocho a cuarenta años de prisión y sanción pecuniaria de ochocientos a cuatro mil días de salario mínimo.

Artículo 138. Cuando el delito lo comete un familiar del menor o incapaz, que no ejerza sobre de él la patria potestad ni la tutela, la pena será de cuatro a doce años de prisión y sanción pecuniaria de ochenta a doscientos cuarenta días de salario mínimo.

Artículo 139. Si el menor o incapaz es restituido espontáneamente a su familia o a la autoridad dentro de los tres días siguientes al en que hubiere ocurrido el hecho y sin que se le cause perjuicio, se impondrá una pena de dos a seis años de prisión y sanción pecuniaria de cuarenta a ciento veinte días de salario mínimo.

El Código Penal para el Estado de Sonora, en los artículos 301G, 301H y 301I del Título Decimonoveno, Privación Ilegal de la Libertad, Violación de Otros Derechos y Secuestro y Trata de Personas, Capítulo III, Sustracción y Tráfico de Menores e Incapaces, establece:

Artículo 301-G. Cuando el ascendiente sin limitación de grado o pariente consanguíneo o por afinidad hasta el cuarto grado de un menor de doce años o de un incapaz, lo sustraiga o lo cambie de domicilio donde habitualmente reside, lo retenga o impida que regrese al mismo, sin la autorización de quienes ejercen la patria potestad o custodia judicial, se le aplicará pena de un mes a tres años de prisión y de treinta a trescientos días multa. Si el familiar tiene la patria potestad, pero no la custodia, la pena se reducirá una tercera parte en sus términos mínimo y máximo.

Artículo 301-H. Si el agente devuelve al menor o incapaz espontáneamente, dentro de los tres días siguientes a la consumación de cualquiera de los delitos previstos por este Capítulo, no se aplicará pena alguna, siempre que sea la primera vez, excepto cuando se trate de la hipótesis prevista por el artículo 301-E.

Artículo 301-I. A excepción del previsto por el artículo 301-E, el resto de los delitos previstos por este Capítulo sólo se perseguirán por querrela del ofendido o del legítimo representante.

Código Penal para el Estado de Durango artículos 162 a 166 del Título Delitos contra la Libertad y Seguridad Personal, Capítulo V, Retención, Sustracción de Menores o Incapaces con Fines de Corrupción o Tráfico de órganos, establece:

Artículo 162. A quien sin tener el carácter de ascendiente, descendiente, pariente colateral o afín hasta el cuarto grado o de tutela de una persona menor de edad o de una persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, lo retenga sin el consentimiento de quien ejerza su custodia legítima o su guarda, se le impondrá prisión de uno a cinco años y multa de setenta y dos a trescientos sesenta días de salario.

A quien bajo los mismos supuestos del párrafo anterior los sustraiga de su custodia legítima o su guarda, se le impondrá de cinco a quince años de prisión y multa de trescientos sesenta a mil ochenta días de salario.

Artículo 163. Si la retención o sustracción se realiza en contra de una persona menor de doce años de edad, se le aplicará de diez a cincuenta años de prisión y multa de setecientos veinte a tres mil seiscientos días de salario.

Artículo 164. Si la sustracción tiene como propósito incorporar a la persona a círculos de corrupción de menores o traficar con sus órganos, las penas serán de quince a cincuenta años de prisión y multa de mil ochenta a tres mil seiscientos días de salario, en el caso de que la víctima sea un menor de doce años las penas serán de veinticinco a cincuenta años de prisión y multa de mil ochocientos a tres mil seiscientos días de salario.

Artículo 165. Si el sujeto activo es familiar del menor o del incapaz, pero no ejerce la patria potestad o la tutela sobre éste

o mediante resolución judicial no ejerce la guarda o custodia, se aumentarán en una mitad las penas previstas en el artículo 162 de este código.

Artículo 166. Cuando el sujeto devuelva espontáneamente al menor o al incapaz, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la comisión del delito, se le impondrá una tercera parte de las penas antes señaladas.

## *2. Código penal que no establece la retención y la sustracción internacional de menores como delito*

Como veremos en este apartado, el Código Penal para el Estado de Guanajuato no establece el delito de sustracción y retención de menores como figuras destinadas a sancionar la vulneración de los derechos de guarda, custodia y/o visita asignados judicialmente o acordados por los progenitores de un determinado menor de edad.

El Código Penal para el Estado de Guanajuato, en el artículo 220 del Título Delitos contra el Orden Familiar, Capítulo V, Tráfico de Menores, establece:

Artículo 220. A quien con el consentimiento de quien ejerza la patria potestad o tenga a su cargo a un menor, injustificadamente lo entregue a un tercero a cambio de un lucro, se le aplicará de tres a nueve años de prisión y de cincuenta a doscientos días multa. Las mismas penas se aplicarán a quienes otorguen el consentimiento, al tercero que reciba al menor y a quien lo entregue directamente sin intermediario.

Si la entrega se hace sin consentimiento o se hiciere para la explotación del menor o con fines reprobables, la pena será de cuatro a diez años de prisión y de cien a trescientos días multa.

Si la entrega del menor se hace con la finalidad de incorporarlo a un núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación, se aplicará a los intervinientes de seis meses a dos años de prisión y de veinte a cincuenta días multa.

Además de las sanciones señaladas, podrá privarse de los derechos de patria potestad, tutela o custodia, según el caso.

El Ministerio Público o el tribunal tomarán las medidas cautelares que estimen pertinentes en beneficio del menor.

## II. PRESUPUESTOS, ELEMENTOS Y ASPECTOS DEL DELITO EN GENERAL

Partimos de que en la parte especial del derecho penal se describen los elementos que diferencian a los distintos delitos; mientras que en la parte general existe una serie de principios y elementos que son comunes a todo delito. Ahora bien, aunque desde una perspectiva dogmática varios elementos concurren en el delito, existen diferentes definiciones propias del delito, de ahí que no todos los códigos penales definan una cierta conducta como delito, y que los que sí lo hacen tampoco lo hagan de manera unánime.

Por lo tanto, en lo que se refiere a la definición legal del delito, resulta claro que hay que atenerse a la legislación positiva mexicana. En este sentido, sólo la ley positiva es capaz de ofrecer los elementos necesarios para la representación del delito. El artículo 7o. del Código Penal Federal establece que:

Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.

El delito es:

I. Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos;

II. Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, y

III. Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal.

Ahora bien, el artículo antes citado no ofrece de manera global los elementos constitutivos del mismo. Si tomamos como ejemplo la definición formal de Von Liszt, el delito es “un acto humano, culpable, antijurídico y sancionado por una pena”.<sup>103</sup> Por su parte, Antolisei afirma que es “todo hecho al que el ordenamiento jurídico enlaza como consecuencia una pena”.<sup>104</sup>

Si juntamos ambas definiciones podemos lograr una definición técnico-jurídica del delito que concuerde con nuestra legislación positiva y con la teoría jurídica. De ahí que definamos al delito como “todo hecho humano típicamente antijurídico, culpable y punible”.<sup>105</sup>

Se sigue de la definición anterior que la antijuridicidad penal exige la tipicidad penal y que el hecho penalmente antijurídico sea imputable a un sujeto penalmente responsable, es decir, que sea punible.

Una de las teorías más aceptadas sobre el presupuesto del delito es la de Vincenzo Manzini, en la cual hace la siguiente distinción:

- Presupuestos del delito. Son los antecedentes lógico-jurídicos necesarios para la existencia del título delictivo de que se trata. La falta de tales presupuestos no produce la inexistencia del delito, sino sólo la traslación del hecho bajo un diverso tipo delictivo.
- Presupuestos del hecho. Son los antecedentes jurídicos o materiales, anteriores a la conducta o hecho, indispensables para la existencia del delito. Si faltan tales antecedentes, no existe delito alguno.
- Presupuestos jurídicos del hecho. Son los antecedentes exigidos en la ley para la existencia de ciertos delitos.

<sup>103</sup> Von Liszt, F., *Tratado de derecho penal*, Madrid, Reus, 1999, t. II, p. 254.

<sup>104</sup> Antolisei, F., *Manual de derecho penal*, trad. Del Rosal y Torio, Buenos Aires, 1960, p. 125.

<sup>105</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal, parte general*, 3a. ed. corregida y actualizada, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1991, p. 197.



- Presupuestos materiales del hecho. Son los antecedentes fácticos necesarios para la existencia de ciertos delitos.

Para fines del presente trabajo analizaremos los presupuestos y elementos que configuran el delito de retención y sustracción de menores como delito. Comenzaremos por dar una definición y establecer los elementos que debe contener este delito para que posteriormente evaluemos qué códigos penales de las entidades federativas satisfacen dicha definición.

### 1. *Presupuestos en el delito de retención y sustracción internacional de menores*

#### A. *Sujeto activo*

Según lo establecido, todo delito requiere el comportamiento de un hombre, por lo que el sujeto de la acción debe de ser una persona física, ya que sólo ellas poseen capacidad de acción. Por sujeto activo debemos entender aquel que realiza la conducta. Ahora bien, algunos tipos penales configuran un sujeto activo genérico e indiscriminado; en este sentido, la realización del tipo puede ser realizada por cualquiera.<sup>106</sup> De manera general, el sujeto activo se designa, en estos casos, con las expresiones “el que”, “los que”, “al que”, “a quien”, etcétera. Es a partir de la indeterminación de estas expresiones que estos tipos penales se suelen denominar comunes.

Por otro lado, existen otros tipos penales que requieren la presencia de ciertas condiciones específicas del sujeto activo. Tal es el caso, como afirma la doctrina, de “aquellas descripciones legales que se refieren tan sólo a personas, discriminadas normativamente, en atención a la exigencia de determinadas cualidades, indispensables para que sean tenidas por sujetos activos”.<sup>107</sup>

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 276.

<sup>107</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *op. cit.*, p. 276.

Ahora bien, algunas disposiciones penales que regulan la sustracción y retención ilegal de menores en la República mexicana no siempre especifican claramente quiénes son los sujetos activos que pueden realizar el tipo penal, dejando abierto que la realización del tipo pueda ser llevada a cabo por cualquiera, incluso sus progenitores. Tal es el caso del artículo 232 del Código Penal para el Estado de Hidalgo que establece dos hipótesis diferentes:

Artículo 232. Al que sin el consentimiento de quien legítimamente tenga su custodia o guarda, sustraiga o retenga a un menor de doce años o a un incapaz, sin tener con éstos relación familiar o de parentesco, se le impondrá prisión de cinco a diez años y multa de 25 a 100 días.

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

Como podemos observar, el primer párrafo del artículo anterior señala como sujetos activos de estos delitos a cualquier persona que no tenga relación familiar o de parentesco con el menor, con las expresiones “al que”. Posteriormente, en el segundo párrafo se señalan como sujetos activos a cualquier familiar del menor que no ejerza sobre él la patria potestad ni la tutela. Lo cual nos lleva a pensar que alguno de los padres podría caer bajo este último supuesto. Sin embargo, partimos del hecho de que regularmente ambos progenitores, aunque se encuentren separados, ejercen sobre el menor la patria potestad; independientemente de que cada uno de ellos tenga su custodia, guarda o derecho de visita. Así las cosas, estamos frente a un sujeto activo que puede ser el progenitor que no ejerce sobre el menor la patria potestad ni la tutela.

Por otro lado, tenemos normas penales que específicamente establecen que en el delito de sustracción y retención ilegal de menores, el sujeto activo puede ser uno de los progenitores tal

es el caso de los artículos 237bis y 237ter del Código Penal para el Estado de Baja California Norte; el artículo 232 del Código Penal para el estado de Baja California Sur; el artículo 319 del Código Penal para el Estado de Coahuila de Zaragoza; el artículo 164 del Código Penal para el Estado de Colima; el artículo 225 del Código Penal para el Estado de Chiapas; el artículo 170 del Código Penal del Estado de Chihuahua; los artículos 162 a 166 del Código Penal para el Estado de Durango; el artículo 190A del Código Penal del Estado de Guerrero; el artículo 179 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco; el artículo 263 del Código Penal del Estado de México; el artículo 224 del Código Penal del Estado de Michoacán; el artículo 203 del Código Penal para el Estado de Morelos; el artículo 263 del Código Penal para el Estado de Nayarit; el artículo 284 del Código Penal para el Estado de Nuevo León; el artículo 347Bis del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca, los artículos 283 y 283Bis del Código de Defensa Social del Estado Libre y Soberano de Puebla; el artículo 212 del Código Penal del Estado de Querétaro; el artículo 171Bis del Código Penal del Estado de Quintana Roo; el artículo 242 del Código Penal para el Estado de Sinaloa; el artículo 301-G del Código Penal para el Estado de Sonora; el artículo 209 Bis Código Penal para el Estado de Tabasco; los artículos 300 y 300 Bis del Código Penal para el Estado de Tamaulipas; el artículo 232 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala; el artículo 241 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Veracruz; el artículo 223 del Código Penal del Estado de Yucatán, y el artículo 242 del Código Penal para el Estado de Zacatecas.

No obstante, para fines de nuestra investigación nos interesa que las disposiciones penales prevean como sujetos activos a los familiares, especialmente, a los progenitores, ya que las figuras que estamos analizando implican forzosamente que haya una vulneración de los derechos de guarda, custodia y/o visita asignados judicialmente o acordados por los progenitores de un determinado menor. Por ello, para nombrar a los sujetos activos

del delito de retención y sustracción de menores se utilizan las siguientes expresiones: “al familiar del menor”, “al padre o la madre”, “a los parientes consanguíneos o civiles de un menor”, “al ascendiente, descendiente, cónyuge”, entre otras.

De lo anterior se desprende que en el delito que nos ocupa esté establecido el sujeto activo, ya que el hacerlo no sólo delimita el círculo de quienes pueden realizar el hecho, sino que además establece la imposición de la sanción, ya que ésta está estrechamente relacionada con el sujeto activo que realiza la conducta.

### B. *Sujeto pasivo*

Comenzamos por definir al sujeto pasivo del delito como aquel “que es el titular del bien jurídico protegido por la norma concreta o, dicho desde otra perspectiva el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito”.<sup>108</sup>

Ahora bien, aunque el sujeto pasivo del delito y el sujeto pasivo de la acción pueden coincidir, es necesario establecer si existe una diferencia entre el sujeto cuyos intereses resultan lesionados por el delito, de la persona sobre la que recae la acción punible. En este entendido, podemos afirmar que en el delito de retención y sustracción de menores el sujeto pasivo del delito es el menor, ya que a partir de la retención o sustracción, el sustractor atenta contra el interés superior del menor al violar sus derechos a tener un pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, al impedirle crecer en el seno de la familia y que tenga una normal convivencia con el otro progenitor.

Por otro lado, puede encuadrarse en la categoría de sujeto pasivo de la acción a los padres, ascendientes, tutores o aquellos que ejercitaban la patria potestad, los derechos de guarda, custodia y/o visita, ya que a partir de la retención o sustracción se violarían todos aquellos derechos comprendidos dentro de las figuras de patria potestad, guarda, custodia y/o visita; así como se

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 281.

vulnerarían los derechos de guarda, custodia y/o visita asignados judicialmente o por un acuerdo existente entre ambos padres.

Como consecuencia de lo expuesto ha de afirmarse que sólo la titularidad del bien jurídico determina la condición del sujeto pasivo. En este sentido, si el bien jurídico tutelado está conformado por derechos y deberes inherentes a bienes jurídicos familiares, debe entenderse que el bien jurídico tutelado pertenece a un sujeto singular en su calidad de miembro de familia. Por ello es importante establecer cuál es el bien jurídico tutelado en el delito de sustracción y retención de menores.

### C. *Bien jurídico-penal*

El bien jurídico tutelado constituye una pieza fundamental de la teoría jurídica del delito, además de que es el corazón del delito, pues es a partir de él que se ofrece un criterio material para la interpretación y construcción de los tipos penales en particular.<sup>109</sup>

El delito conlleva la exteriorización y materialidad de un hecho que forzosamente dañe un bien jurídico protegido. En este sentido, la determinación del bien jurídico, en el estudio de los delitos en particular, es absolutamente necesaria. Podemos definir el bien jurídico como todo valor de la vida humana protegido por el derecho.<sup>110</sup> Desde una perspectiva dogmática, el bien jurídico debe ser entendido, como diría Rocco, como “objeto de la tutela jurídica”, por ejemplo: la vida, la libertad, el honor, la seguridad, etcétera, mientras que el Código Penal castiga determinados ataques contra estos bienes.<sup>111</sup>

Ahora bien, el bien jurídico debe distinguirse conceptualmente del llamado “objeto material” del delito u “objeto de la acción”. Piénsese, por ejemplo, en el delito de sustracción de me-

<sup>109</sup> Von Liszt, F., *op. cit.*, p. 295.

<sup>110</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *op. cit.*, p. 249.

<sup>111</sup> Esto no significa que el bien jurídico penal sólo sea tal frente a los concretos ataques que la ley prevé, por ejemplo: la vida sigue siendo un bien jurídico cuando no es objeto de ningún ataque penalmente típico, porque el derecho penal continúa protegiéndolo ante cualquier posible ataque penalmente típico.

nores, en el cual el objeto de la acción es el menor sustraído y el bien jurídico tutelado, en cambio, son los derechos y deberes que emanan de la patria potestad sobre el menor, que conllevan a que éste pueda convivir plena y armónicamente con ambos progenitores. De ahí que al analizar la relación existente entre el bien jurídico y su elemento empírico se haga evidente que el “bien” es siempre algo más que una “cosa”. Pero que también es esa “cosa”, sólo que contemplada en su valor funcional: el bien es una cosa valiosa, entendiendo aquí por cosa toda realidad existencial con independencia de su carácter material o inmaterial. Por ello, los bienes jurídicos son las cosas más el valor que se les ha incorporado.<sup>112</sup>

Un derecho penal protector de bienes jurídicos no tutela puros valores en sí mismos, sino realidades concretas. En este sentido, ninguna protección jurídico-penal merecería el valor al interés superior del menor si no se encarnara en la vida de una persona real; el derecho penal no protege el interés superior del menor en cuanto tal valor, sino los intereses concretos de los menores por su valor funcional para sus titulares y para la sociedad.

Se han asignado al bien jurídico una multitud de funciones, de las cuales importa destacar tres: una función exegética, una función sistemática y otra de garantía.<sup>113</sup>

Partimos de que la función exegética sólo se puede lograr una vez que se encuentra determinado el bien jurídico. Ahora bien, el bien jurídico protegido por la norma concreta no es un criterio determinante para alcanzar una interpretación. Esta circularidad inherente a toda tarea hermenéutica implica que para captar el bien jurídico hagamos una preinterpretación de éste, pues el sentido de un texto solamente puede captarse a partir de sus premisas implícitas, de igual manera que no se puede acceder a las premisas implícitas si no se lee el texto. Como decía Ortega y Gasset, el lenguaje está lleno de silencios.

<sup>112</sup> Mir Puig, S., *Derecho penal, parte general*, 5a. ed., Barcelona, 1998, p. 136.

<sup>113</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *op. cit.*, p. 250.

Sin negar la función exegética del bien jurídico podemos pensar que la interpretación también se puede realizar atendiendo a otros criterios, como por ejemplo la *ratio legis* o finalidad objetiva de la norma.<sup>114</sup> No obstante, el bien jurídico y *ratio legis* no son criterios idénticos ni siempre coincidentes, pues no siempre la protección penal otorgada a determinado bien jurídico constituye la finalidad perseguida por el ordenamiento.

Sistemáticamente, el bien jurídico aparece como “el fundamento básico de la estructura abstracta de la infracción y, a la vez, como criterio ordenador del conjunto de infracciones particulares contenidas en la parte especial”.<sup>115</sup> De lo anterior se desprende que la esencia del delito consiste en una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, y que este bien jurídico, al ser el fundamento de la sanción, reconoce el primado de la antijuridicidad.<sup>116</sup> Así como también sirve de criterio para ordenar las diferentes especies de delito según su naturaleza.

La función de garantía del bien jurídico debe entenderse de la siguiente manera: si el delito consiste en una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico determinado, el poder punitivo del Estado está limitado a castigar solamente las conductas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos.

En lo que respecta al bien jurídico tutelado en la retención y sustracción de menores nos queda claro que en muchas ocasiones se ha determinado el bien jurídico según la ubicación del delito dentro de los códigos penales. La ubicación dentro del Código Penal entre los delitos “privación ilegal de la libertad, la seguridad y otras garantías” nos puede llevar a pensar que el objeto de protección es la libertad del menor o en su defecto la obligación de los padres a protegerla ya que el menor no tiene la madurez suficiente para ejercerla libremente. La tesis de la libertad del

<sup>114</sup> Cobo del Rosal, M., *Consideraciones técnico jurídicas sobre la sustracción de menores*, ADPCP, 1961, pp. 209 y ss.

<sup>115</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *op. cit.*, p. 251.

<sup>116</sup> Bettiol, G., “L’odierno problema del bene giuridico”, *Riv. It. diDir. e proc. pen.*, 1959, pp. 714 y 716.

menor como bien jurídicamente protegido no nos convence en absoluto por las siguientes razones: primero, no podemos considerar como libertad el radio de acción del menor, pues es evidente que por su calidad de menor de edad carece de ella; segundo, tampoco podemos considerar que hay un ataque a la voluntad del menor, pues en todo caso la voluntad en sí no es lesionada, sino que lo que se lesionaría sería el título jurídico de la que nace. Por último, podemos deducir que por la edad del menor la voluntad es inoperante, tan es así que el legislador no hace referencia al consentimiento del propio sustraído.

Si consideramos la seguridad como el bien jurídico tutelado podemos mantener que lo que se está protegiendo es al menor de los posibles riesgos y daños que pudieran ocurrir. Ahora bien, en el supuesto que nos ocupa, la sustracción de menores es generalmente realizada por uno de los progenitores, lo cual hace evidente la improbabilidad que exista un riesgo contra la seguridad del menor.

Pasamos ahora a analizar la postura que considera que los delitos de sustracción y retención de menores son un atentado a los derechos de patria potestad y que por lo mismo deben estar incluidos en los códigos penales bajo la rúbrica de delitos contra la familia. Desde esta perspectiva, mediante dichas conductas no se ataca la libertad del menor, sino que lo que realmente se lesiona son los derechos y deberes inherentes a la patria potestad o tutela, es decir, el estatus familiar.<sup>117</sup>

En esta línea de ideas, la doctrina italiana se inclina en reconocer que el delito de sustracción de menores ataca los atributos esenciales de la patria potestad, es decir, la vigilancia y custodia sobre el menor. Manzini —uno de los defensores de esta postura— señala como objeto específico de la tutela penal el interés del Estado en salvaguardar la familia contra la acción del que sustrae al menor de la presencia de quien ejerce la patria potestad o tutela.<sup>118</sup>

<sup>117</sup> Carrara, F., *Programa de derecho criminal, parte especial*, vol. III, trad. Ortega Torres y Guerrero, Bogotá, Temis, 1967, pp. 448 y ss.

<sup>118</sup> Manzini, V., *Trattato di Diritto Penale*, Turín, 1933, pp. 937 y 938.



En México el delito de retención y sustracción de menores ha sido ubicado dentro de la mayoría de los códigos penales entre los delitos en “contra del orden de familia”. De esta ubicación se desprende la siguiente reflexión: dentro del orden de familia existe una pluralidad de bienes jurídicos que proteger, desde aquéllos destinados a proteger la libertad y seguridad del menor dentro de la familia, hasta aquellos que protegen los derechos y deberes del menor frente a los que ostentan la patria potestad o los bienes de los que tienen la patria potestad, tutela o guarda del menor.

Como podemos observar, la determinación del bien jurídico protegido en el delito que nos ocupa es controvertida. Sin embargo, si en algo coinciden estos preceptos es en la protección del menor. Por ello, no obstante, la ubicación sistemática del delito, la retención y sustracción de menores constituye un comportamiento delictivo que atenta contra el interés superior del menor a tener un libre, normal y armonioso contacto con ambos progenitores aun después de una ruptura matrimonial, así como le impide el goce de todos aquellos derechos inherentes a las figuras jurídico-familiares. En otras palabras, se le impide disfrutar de aquellos derechos derivados de los derechos y deberes atribuidos por medio de la patria potestad a sus progenitores.

Al ser el interés superior del menor el principio que permite que éste goce de todos los derechos y deberes que como menor de edad e hijo tiene. Consideramos que en este caso en particular la salvaguarda de los bienes jurídicos inherentes a la patria potestad o tutela deben ser interpretados desde una postura que favorezca y proteja al menor, independientemente de que la patria potestad pueda ser un bien jurídico protegido por otra proposición normativa.

Desde nuestra perspectiva, el delito de retención y sustracción de menores debe ser considerado un delito contra la familia, debido a que supone un ataque especial al derecho de custodia, guarda y/o visita reconocido por la ley civil a los progenitores o tutores.

Ahora bien, consideramos que la interpretación de este bien jurídico tutelado debe hacerse con mayor profundidad y no sólo debe ser entendido como una protección a los atributos esenciales de la patria potestad reconocidos a los progenitores, pues estos atributos pueden también tener una lectura desde las necesidades del menor. En otras palabras, el menor como integrante de familia, tiene derecho a gozar de la vigilancia, custodia, educación y cuidado como elementos inherentes a la patria potestad. No sólo estamos frente a derechos y deberes de los progenitores con el menor, sino también ante derechos del menor frente a sus padres.

En este sentido, el bien jurídico del delito de retención y sustracción de menores tiene dos caras. Por un lado, se protegen los derechos de familia al prevenir que se lesionen los derechos inherentes a la patria potestad, y por otro lado se salvaguardan los intereses del menor al permitirle que disfrute de los derechos y deberes de vigilancia, custodia y educación, así como que pueda convivir plenamente con ambos progenitores.

No hay duda de que lo que se quebranta mediante estas conductas tipificadas son las relaciones entre el menor y las personas encargadas de su tutela y cuidado. Podemos afirmar que es dicha ruptura de relaciones la que nos da el “quid” de lo que hemos de entender por bien jurídico protegido.<sup>119</sup>

De lo anterior podemos considerar que la retención y sustracción de menores se trata de un delito con pluralidad de objetos jurídicos o pluriofensivo;<sup>120</sup> sobre todo en aquellos supuestos en que se considere que mediante dichas conductas se ataca tanto a los intereses del menor como a la patria potestad. Como bien se manifiesta en el Auto de la Sección 6a. de la Audiencia Provincial de Vizcaya del 14 de diciembre de 2007, “son fundamentalmente los derechos e intereses de los menores los protegidos, pero la ubica-

<sup>119</sup> Diego Díaz-Santos, M., *Los delitos contra la familia*, España, Editorial Montecorvo, 1973, pp. 285 y ss.

<sup>120</sup> Santoro, A., *Manuale di diritto penale*, Turín, 1966, t. IV, p. 244.

ción del precepto permite contemplar los derechos igualmente del resto de personas afectadas por la conducta de que se trate”.<sup>121</sup>

Actualmente, la protección de los intereses del menor ha definido una actuación primordial en la legislación nacional e internacional. De ahí que pensemos que las cuestiones relacionadas con la custodia del menor traten de evitar los efectos perjudiciales, que en supuestos de crisis familiares puedan ocasionarles determinadas actuaciones de sus progenitores. Cuestión diversa es que no queda claro en qué consisten esos intereses del menor que se encuentran protegidos mediante la penalización de la sustracción de menores. Además de que si suponemos que el bien jurídico tutelado es la patria potestad, caeríamos en el error de tener que excluir como sujeto activo de este delito al padre, madre o tutor que ostentan la patria potestad o tutela en el momento de ejecutar las conductas propias de la sustracción, ya que al ser titulares del derecho lesionado existiría una imposibilidad ya no material, pero jurídica, dado que sustraerlos de su propio poder supone una conducta que no se conjuga bien con el tipo.

En consecuencia, en todos aquellos supuestos en que el autor, teniendo el pleno derecho de la patria potestad, ejercite arbitrariamente tal derecho incurriría en otro tipo de delito pero nunca el tipificado por nuestro legislador. Por ello, más adelante, en el capítulo cuarto, propondremos que quizá sería más preciso que nuestro legislador reformara la redacción de la figura, ya que aunque se refiere a la realización arbitraria del propio derecho, éste solamente está relacionado con las cosas y ya no con las personas.

<sup>121</sup> Aranzadi JUR 2006\142762; en el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Sección 1a. de la Audiencia Provincial de Guadalajara del 27 de enero de 2009 (JUR 2009/192927). En esta línea, Saavedra Ruiz (*Comentarios al Código Penal*, 2007, t. III, título XII, p. 1671) señala que estamos ante un delito “pluriofensivo, pues atiende no sólo a la protección de los menores, sino igualmente a la del progenitor custodio y al propio interés de la Administración de Justicia”.

Por último, nos interesa señalar que para nosotros el bien jurídico tutelado en el delito de retención y sustracción de menores debe centrarse en el reconocimiento de los siguientes derechos:

- El derecho del menor a asegurarle la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley.<sup>122</sup>
- El derecho del menor a convivir plena y de manera armónica con ambos progenitores o a que no sea separado de ellos, excepto cuando a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. En el caso de que el menor se encuentre separado de uno o ambos progenitores se debe reconocer su derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres.<sup>123</sup>
- El derecho del menor a que se establezca cuando los padres viven separados un lugar de residencia, y en el caso de que los padres vivan en Estados diferentes, éste tendrá el derecho a mantener contacto con ambos, lo cual implica su derecho a trasladarse de un Estado a otro para satisfacer los derechos mencionados.<sup>124</sup>
- El derecho a que se le reconozcan los derechos conferidos por la Convención sobre los Derechos de los Niños, especialmente los reconocidos en los artículos 11,<sup>125</sup>

<sup>122</sup> Los derechos que se enumerarán encuentran su fundamento en el Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños.

<sup>123</sup> Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños, artículo 9o.

<sup>124</sup> Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños, artículo 9o. y 10.

<sup>125</sup> Artículo 11: “Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. 2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes”.

12<sup>126</sup> y 18<sup>127</sup> por ser los que encuadran mejor en el supuesto que nos ocupa.

## 2. Elementos del delito de retención y sustracción de menores

### A. Clasificación del delito en relación con la conducta y el resultado

Podemos definir la conducta humana, de manera general, como la manifestación externa de la voluntad a través de un hecho positivo o negativo.<sup>128</sup> Ahora bien, al derecho penal sólo le interesan aquellas lesiones o puestas en peligro de los bienes que intenta proteger.

La conducta humana como acción “consiste en la actividad o el hacer voluntario, dirigidos a la producción de un resultado típico o extratípico”.<sup>129</sup> De lo anterior se desprende que la acción

<sup>126</sup> Artículo 12: “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

<sup>127</sup> Artículo 18: “1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. 2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños. 3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas”.

<sup>128</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *op. cit.*, p. 285.

<sup>129</sup> Porte Petit, C., *Apuntamientos de la parte general del derecho penal*, 8a. ed., México, Porrúa, p. 300.

consta de tres elementos: *a)* manifestación de la voluntad; *b)* resultado, y *c)* relación de causalidad. En este sentido, el sujeto con su actuar voluntario violaría un deber, que en los delitos de acción es de abstenerse por contener un mandato de no hacer, es decir, se estaría violando una norma prohibitiva.

Frente a la acción como conducta positiva encontramos a la omisión como conducta negativa que consiste en un no hacer. En otras palabras, como diría Welzel, es la inactividad voluntaria frente al deber de obrar consignado en la norma penal.

La omisión puede presentar dos formas: la omisión propia, que se da en los delitos de simple omisión, y la omisión impropia, que da nacimiento a los delitos de comisión por omisión. Estamos en presencia de estos últimos cuando el sujeto llega a producir un resultado material típico a través de un no hacer voluntario con violación de una norma preceptiva y de una norma prohibitiva.<sup>130</sup>

Lo que nos interesa resaltar en este punto es que el derecho penal materializa la protección de bienes jurídicos, de tal manera que el delito es una lesión del bien jurídico al mismo tiempo de que infracciona un deber.<sup>131</sup>

Los delitos de sustracción y retención de menores pueden ser considerados delitos de acción, ya que el sujeto activo con su actuar sustrae al menor del lugar donde éste tiene su residencia habitual y/o lo retiene. En este sentido, la acción típica radica en la sustracción del menor o en su retención una vez sustraído.

En relación con el tema que nos ocupa, son irrelevantes los medios que utilice el agente para sustraer al menor, ya que, como mencionamos anteriormente, el consentimiento del menor es irrelevante; sin embargo, se parte de la idea de que no existe consentimiento de la persona quien tiene la patria potestad sobre el menor.

En esta línea de ideas estamos frente a un delito eminentemente doloso. En este caso el dolo se basa en la intención de alejar al menor de la esfera familiar, sustrayéndolo del ámbito

<sup>130</sup> *Ibidem*, p. 311.

<sup>131</sup> Hans-Heinrich Jeschek y Weigend, *Tratado de derecho penal, parte general*, 5a. ed. corregida y ampliada, Granada, Comares, 2002, p. 8.

de custodia y vigilancia ejercida por el titular de la patria potestad o tutela.

Por último, nos interesa resaltar que el precepto legal de nuestro interés configura un tipo de delito instantáneo, ya que para su consumación no requiere persistencia en el tiempo. Sin embargo, podemos encuadrar el delito de sustracción y retención de menores como un delito instantáneo de efectos permanentes, ya que aunque en la sustracción, la acción se perfecciona en un solo momento, la retención del menor persiste como situación generada por la conducta típica.

### B. *La tipicidad*

El estudio de la tipicidad hace necesario previamente el análisis del tipo para precisar su concepto y contenido. El tipo de injusto se desprende de una determinada proposición normativa que, por una parte, describe un hecho y, por otra, lo desvaloriza al conceptuarlo como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.<sup>132</sup> Por ello, para que pueda decirse que una conducta actualiza el tipo es indispensable que ésta corresponda a la descripción típica y que contenga la lesividad potencial que condujo a su tipificación. De lo anterior se desprende que *tipo*, en sentido amplio, sea el delito mismo.

La doctrina mexicana define al tipo legal como “la descripción concreta hecha por la ley de una conducta a la que en ocasiones se suma su resultado, reputada como delictuosa al conectarse a ella una sanción penal”.<sup>133</sup> Tal concepto es diferente al de tipicidad, que debe ser entendido como “la característica del hecho ilícito que en un caso concreto lo hace adecuado al tipo”.<sup>134</sup>

<sup>132</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón T. S., *op. cit.*, p. 313.

<sup>133</sup> Pavón Vasconcelos, F., *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 2002, p. 309.

<sup>134</sup> Creus C., *Derecho penal, parte general*, 5a. ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2003, p. 132.

En cuanto a la relación de subordinación que con el tipo guardan la antijuridicidad y la culpabilidad, se destaca que para la integración del delito no basta la existencia de la conducta o el hecho, se requiere su tipicidad, es decir, que la conducta encuadre en el tipo, en su determinación de lo injusto y lo culpable. En este sentido, para el derecho punitivo no es suficiente cualquier acción antijurídica, sino que es preciso que la acción se encuentre tipificada previamente en un tipo especial.

Tomando en cuenta lo anteriormente mencionado no debe confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos legales, y la tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.<sup>135</sup>

Estamos frente a un precepto legal que está compuesto por los siguientes elementos del tipo:

Elementos objetivos:

- Calidades referidas al sujeto activo. El delito de sustracción y retención de menores establece determinada calidad en el sujeto activo, al cual queda subordinada la punibilidad de la acción. Las disposiciones penales que regulan este delito prevén como sujetos activos a los familiares, especialmente a los progenitores, ya que las figuras que estamos analizando implican forzosamente que haya una vulneración de los derechos de guarda, custodia y/o visita asignados judicialmente o acordados por los progenitores de un determinado menor. Por ello, para nombrar a los sujetos activos del delito de retención y sustracción de menores se utilizan las siguientes expresiones: “al familiar del menor”, “al padre o la madre”, “a los parientes consanguíneos o civiles de un menor”, “al ascendiente, descendiente, cónyuge”, etcétera.

<sup>135</sup> Castellanos Tena, F., *Lineamientos elementales de derecho penal*, México, Porrúa, p. 165.



- Calidades referidas al sujeto pasivo. En este caso en particular la ley exige determinada calidad en el sujeto pasivo. Son calidades exigidas en este delito: la minoría de edad y que dicho menor esté encomendado o confiado a una determinada persona.
- Referencia a los medios de comisión. En el delito objeto de nuestro estudio, los medios comisivos resultan indiferentes, ya que por ejemplo obtener el consentimiento del menor nunca deberá ser tomado en cuenta. Por otro lado, hay autores que opinan que en cuanto a la posibilidad de comisión culposa, puede ser tomado en cuenta como medio de comisión el error en el que puede incurrir o ser inducido aquel que tiene la patria potestad o tutela del menor al consentir su traslado. A nuestro parecer, dicha postura puede darse dogmáticamente, pero en la realidad dicho supuesto se anula dada la exigencia del ánimo de sustraer.

A pesar de que son variadas las clasificaciones sobre los tipos penales, nos interesa mencionar aunque sea brevemente la clasificación establecida por Mezger:<sup>136</sup>

- Delitos de simple actividad y de resultado.
- Delitos de lesión y de peligro (concreto y abstracto).
- Delitos básicos o fundamentales, y cualificados y privilegiados.
- Tipos compuestos, en los que se incluye: delitos de varios actos; delitos compuestos en sentido estricto; delitos permanentes y delitos mixtos.
- Tipos necesitados de complemento, los cuales subdivide en: tipos en que el complemento se halla contenido en la misma ley; tipos en que el complemento se halla contenido en otra ley, pero que emanan de una misma instancia legislativa, y tipos en que el complemento se halla contenido en otra ley que emana de otra instancia legislativa.

<sup>136</sup> Mezger, E., *Tratado de derecho penal I*, Madrid, 1955, pp. 391 y ss.

Por otro lado, la atipicidad constituye el aspecto negativo de la tipicidad, la cual implica ya no la ausencia del tipo pero sí la no integración del delito. Hay atipicidad cuando el comportamiento humano concreto no puede adecuarse al precepto legal, por estar ausente alguno de los requisitos constitutivos del tipo. Es decir, hay ausencia de adecuación típica.<sup>137</sup>

Se pueden dar hipótesis de atipicidad:

- Cuando falta la calidad exigida por el tipo en cuanto al sujeto activo o respecto al sujeto pasivo.
- Cuando hay ausencia de objeto o si existe no se satisfacen las exigencias de la ley.
- Cuando están ausentes los elementos subjetivos del injusto, requeridos por el tipo legal, etcétera.

### C. Antijuridicidad

El primer requisito de la antijuridicidad penal es la tipicidad penal, es decir, que un hecho se halle previsto por una ley como constitutivo de un tipo de delito. En un Estado de derecho la tipicidad está estrechamente vinculada con el principio de legalidad. Lo anterior implica que las penas y los delitos estén previstos en una ley anterior, y que ésta establezca los límites de los hechos punibles y sus penas.

En este apartado no profundizaremos en las diferencias que Von Listz establece entre la antijuridicidad formal (la relación de contradicción de un hecho con el derecho penal) y material (el analizar qué tienen estos hechos para que el derecho penal haya decidido desvalorarlos),<sup>138</sup> y tampoco en las diferencias establecidas sobre el criterio objetivo (lesión o puesta en peligro) y subjetivo (voluntad del sujeto) de la antijuridicidad.

<sup>137</sup> Jiménez de Asúa, L., *Tratado de derecho penal III*, Buenos Aires, Editorial Losada, 1954, p. 812.

<sup>138</sup> Von Listz, F., *op. cit.*, p. 336.

Lo que nos interesa resaltar es que la antijuridicidad implica la no conformidad de una situación de hecho con un estado impuesto por el derecho, lo cual implica no sólo la lesión de un deber jurídico, sino también de un bien protegido por el derecho.

Ahora bien, aun cuando en la actualidad el delito de sustracción y retención de menores se encuentra tipificado y sancionado en la mayoría de los códigos penales de la República mexicana, ha habido una serie de discusiones sobre la tipificación o destipificación de lo que pareciera que es una figura de corte meramente civil.

Partimos de la idea de que existe, entre algunos dogmáticos del derecho, una discusión de si la antijuridicidad es única e indivisible o si, por el contrario, hay tantas antijuridicidades como ramas del derecho y, consecuentemente, hay una antijuridicidad exclusivamente penal. En este sentido, quienes tratan de establecer una diferencia entre el ilícito civil y el ilícito penal han tomado como base los siguientes criterios:

- a) El delito es un injusto positivo violatorio de una prohibición, mientras el injusto civil es la oposición a un mandato.
- b) El delito es una violación a un derecho objetivo; el ilícito civil es la violación de un derecho subjetivo.
- c) El delito atenta contra bienes públicos que interesan a la colectividad, mientras que el ilícito civil atenta contra bienes privados que no alteran la seguridad pública.
- d) El delito es proyección consciente de la voluntad y el ilícito civil es una violación inconsciente a la norma.

Ahora bien, si proclamamos la unidad de lo antijurídico y negamos la existencia de una antijuridicidad propia de lo penal podemos mencionar lo siguiente:

- a) Si el delito es un injusto positivo que entraña siempre la violación de una norma prohibitiva, entonces qué explicación podríamos darle a los delitos de simple omisión en los cua-

les no hay norma prohibitiva violada, sino la omisión de un mandato contenido en la norma.

- b) El segundo criterio no soporta mayor análisis si tenemos en mente que existe una correlación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, pues a todo derecho objetivo le corresponde un derecho subjetivo.

Si bien es cierto que el delito implica lesiones a bienes de interés público, no es menos cierto que el ilícito civil en ocasiones llega a afectar el interés general. Además de que es un error creer que la esfera penal sólo protege bienes públicos, pues afirmar lo anterior implicaría desconocer la existencia de bienes jurídicos individuales como por ejemplo el tipificado en el delito de fraude, que se actualiza por un engaño de un particular a otro habiendo una afectación en el patrimonio de uno de ellos. Sin dejar de lado que dicha postura tampoco contemplaría la naturaleza de los delitos perseguidos por querrela, en los cuales la declaración voluntaria del particular da comienzo a la acción penal o la detiene impidiendo que el Estado la siga ejercitando sin importar el estado procesal en que se encuentre.

Del análisis anterior se desprende que nosotros concibamos al derecho como un todo orgánico, como ordenación unitaria de vida, y por ello no podemos entender lo antijurídico como fraccionable sino como una unidad representada en la oposición al derecho.<sup>139</sup> De ahí que no consideremos que exista un injusto específicamente penal, por más que se refiera concretamente al campo del derecho penal.

El segundo requisito de la antijuridicidad penal es la ausencia de causas de justificación. Como mencionamos anteriormente, la antijuridicidad penal de un hecho requiere, además de la realización de un tipo penal imputable a una conducta peligrosa voluntaria, la ausencia de causas de justificación.

<sup>139</sup> Mezger, E., *op. cit.*, p. 375, y Franco Guzmán, R., *Delito e injusto*, México, 1950, p. 63.

Las causas de justificación suponen la concurrencia de ciertas razones que conducen a valorar de forma positiva el ataque a un bien jurídico-penal. El Código Penal Federal establece como causas de exclusión del delito:

Artículo 15. El delito se excluye cuando:

I. El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente;

II. Se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate;

III. Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

a) Que el bien jurídico sea disponible;

b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y

c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo;

IV. Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión;

V. Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;

210      RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: MÉXICO

VI. La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro;

VII. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este Código.

VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible;

A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son veniales, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código;

IX. Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho; o

X. El resultado típico se produce por caso fortuito.

Como podemos observar, las causas de justificación se encuentran vinculadas con el concepto mismo de la antijuridicidad, al ser consideradas su aspecto negativo. En este sentido, la conducta antijurídica es aquella que vulnera el derecho, mientras que en las causas de justificación nos encontramos frente a permisiones legales que vulneran normas, ya prohibitivas o permisivas, que contienen mandatos de hacer, por cuanto éstas quedan neutralizadas a virtud de que quien lesiona un bien jurídico, amparado en una causa de justificación, no realiza en su caso particular una

acción prohibida: lo que está permitido no está al mismo tiempo prohibido.<sup>140</sup>

#### D. *Culpabilidad e imputabilidad*

Según lo precisado por la mayor parte de los autores, la culpabilidad es un elemento constitutivo del delito, sin el cual no es posible concebir su existencia. En sentido amplio, la culpabilidad ha sido estimada como “el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica”, comprendiendo por ello a la imputabilidad.<sup>141</sup> Ahora bien, la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad, pues el reproche supone necesariamente libertad de decisión y capacidad de reprochabilidad.<sup>142</sup>

Tratando de estructurar el concepto de culpabilidad, la doctrina penalista se debate en dos posiciones diversas: la psicológica y normativista. En la primera, la culpabilidad consiste en “la relación psicológica del autor con su hecho: su posición psicológica frente a él”.<sup>143</sup> En este sentido, el dolo y la culpa son formas de vinculación entre el autor y el hecho ilícito, es decir, la culpabilidad proviene de la comprobación de la discordancia subjetiva entre la valoración debida y el desvalor creado.<sup>144</sup>

Por otro lado, la teoría normativa, al igual que la psicológica, para estructurar el concepto de culpabilidad presupone la existencia de un hecho antijurídico. La diferencia radica en que mientras la antijuridicidad es la relación objetiva entre la acción y el orden jurídico, la culpabilidad se centra en reprochar al autor el no haber omitido la acción antijurídica, a pesar de haber podido omitirla.

<sup>140</sup> Pavón Vasconcelos, F., *op. cit.*, p. 353.

<sup>141</sup> Jiménez de Asúa, L., *La Ley y el delito*, Buenos Aires, Ed. Hermes, 1954, p. 379.

<sup>142</sup> Soler, S., *Derecho penal argentino I*, Buenos Aires, 1951, p. 17.

<sup>143</sup> Fontán Balestra, C., *El elemento subjetivo del delito*, Buenos Aires, Depalma Editor, 1957, p. 4.

<sup>144</sup> Soler, S., *op. cit.*, p. 69.

En síntesis, el principio de culpabilidad da por supuesta la existencia de la libertad de decisión del autor, libertad que está fundamentada en su capacidad de actuar de manera distinta a la que obliga el hecho antijurídico.

Podemos afirmar, junto con otros tratadistas, que la culpabilidad está compuesta por los siguientes elementos: la imputabilidad, como la capacidad de entender y de querer realizar actos referidos al derecho punitivo, que traen consigo consecuencias penales; las formas de culpabilidad, que son el dolo y la culpa, y por último la ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad, pues de existir una de ellas desaparecería la culpabilidad del sujeto.

Como bien establece el Código Penal Federal, las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente. Ahora bien, veamos el siguiente texto:

Artículo 9o. Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.

Como ya hemos mencionado, el bien jurídico protegido por el delito de sustracción de menores es el interés del menor al tratar de evitar, en la medida de lo posible, los efectos perjudiciales que en supuestos de crisis familiares pueden ocasionarles las actuaciones de sus progenitores. En esta misma línea de ideas, es opinión dominante en la doctrina que el elemento subjetivo de este delito lo constituye el dolo, es decir, que el sujeto activo sabe que está sustrayendo y/o reteniendo al menor, de aquel progenitor que ostenta la patria potestad.

Por consiguiente, el dolo hay que centrarlo en la conciencia y voluntad del agente de sustraer a un menor violando no sólo los derechos de custodia y vigilancia ejercida por el titular de la patria potestad o tutela, sino que también pasa por alto el derecho



del menor a convivir con ambos progenitores. En este sentido, la doctrina suele basar el dolo en la intención de alejar al menor del ámbito de la esfera familiar.

En cuanto a la posibilidad de comisión culpable podemos pensar en el error culpable sobre el consentimiento de quien puede darlo, en otras palabras, el hecho de que quien ostenta la patria potestad consienta por error el traslado del menor. Sin embargo, aunque dicha posibilidad puede darse dogmáticamente, en la realidad la exigencia del ánimo de sustraer elimina esa posibilidad.

### E. Punibilidad

La doctrina ubica a la punibilidad como un elemento fundamental del delito. Desde un punto de vista formal podemos reducir el concepto de delito como la conducta punible, es decir, el acto u omisión que sancionan las leyes penales. Si entendemos al delito como la conducta o hecho típico, antijurídico, culpable y punible, este último carácter es el que amenaza una sanción penal.

Por el contrario, las excusas absolutorias constituyen el aspecto negativo de la punibilidad y originan la inexistencia del delito. Jiménez de Asúa las define así: “son causas de impunidad o excusas absolutorias, las que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública”.<sup>145</sup>

Hasta ahora hemos analizado la teoría jurídica del delito, es decir, el presupuesto; sin embargo, por el momento nos interesa analizar su consecuencia: la pena. Podemos definir a la pena como “el castigo consistente en la privación de un bien jurídico por la autoridad legalmente determinada a quien, tras el debido proceso, aparece como responsable de una infracción del derecho, y a causa de dicha infracción”.<sup>146</sup>

<sup>145</sup> Jiménez de Asúa, L., *op. cit.*, pp. 465 y 466.

<sup>146</sup> Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991, p. 616.

Como podemos observar, de la definición anterior se desprende que la pena es una retribución o una especie de castigo que se paga por el delito cometido. Ahora bien, la pena tiene distintas finalidades: primero, una finalidad retributiva (de realización de la justicia por medio del castigo); segundo, una de prevención general (de evitar la comisión de nuevos delitos por parte de la generalidad de los ciudadanos); tercera, una de prevención especial (de evitar la comisión de nuevos delitos por parte del infractor).<sup>147</sup>

En las consideraciones que siguen no nos ocuparemos de hacer un análisis exhaustivo de la teoría de la pena, sino que nos interesa mencionar brevemente cuáles son las razones en las que la pena fundamenta su legitimidad.

Según la doctrina existen dos posibles justificaciones del castigo: una en la que se justifica en virtud del delito cometido (*quia peccatum est*) porque representa la justa retribución de la infracción, y otra que se justifica por su utilidad para evitar nuevos delitos (*ut ne peccetur*).

Los defensores del primer supuesto o teóricos absolutistas sostienen que “la pena ha de ser idéntica al delito según el concepto, esto es, no de acuerdo con la naturaleza externa de la vulneración, sino atendiendo al desvalor de la misma”.<sup>148</sup>

Por su parte, los teóricos relativistas justifican el castigo por su utilidad o por los objetivos de prevención a los que debe estar dirigido. Ahora bien, desde nuestra perspectiva, el inconveniente de la teoría absolutista radica en la idea misma de una pena sin finalidad, mientras que el problema de las teorías relativistas se centra en justificar una pena en su mayor utilidad, ya que en aras de la prevención general pueden imponerse penas inmerecidas.

Por todo ello nuestra toma de postura parte del dato de que hoy la justificación de la pena ha de plantearse sobre la base de un doble fundamento: la pena se justifica por su utilidad (por sus

<sup>147</sup> *Ibidem*, pp. 618 y ss.

<sup>148</sup> *Ibidem*, p. 627.

efectos preventivos), pero sólo dentro de ciertos límites, en los que se expresa la idea de justicia distributiva propia de un Estado de derecho.<sup>149</sup>

### III. REFLEXIÓN SOBRE LA PENALIZACIÓN DE LA RETENCIÓN Y SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

En este apartado nos interesa reflexionar sobre las ventajas y desventajas que conlleva que la sustracción/restitución de menores sea considerada un hecho típico, antijurídico, culpable y por ende punible. Como ya hemos analizado en líneas anteriores, el derecho penal mexicano establece que la sustracción y retención de menores es un delito, ya que la descripción de este supuesto de hecho satisface los presupuestos y elementos constitutivos del delito.

#### 1. *Ventajas*

Aunque de manera generalizada en el ámbito del Convenio de La Haya se considera contraproducente la penalización de la sustracción internacional de menores, hay algunas ventajas que se consideraron en la Reunión de la Comisión Especial de La Haya de 1993 y 1997, de las cuales sobresalen las siguientes: primero, se reconoce que la penalización de esta figura en muchos países, sobre todo en aquellos que no son Estados parte del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores es un medio de prevención que disuade a los posibles sustractores de realizar esta conducta; segundo, se reconoce que en algunos países es necesario que haya un procedimiento judicial para lograr el apoyo y actuación por parte de la policía en cuanto a la localización del menor y, por último, es un medio para prevenir que una sustracción nacional se convierta en una internacional.

<sup>149</sup> *Ibidem*, pp. 632 y ss.

La problemática central de este apartado no radica en afirmar si la vertiente civil es más importante que la vertiente penal o viceversa, sino en averiguar cuáles son las ventajas de que a esta figura se le dé un trato ya no sólo civil, sino también penal.

Como ya hemos dicho anteriormente, en lo que respecta a la sustracción de menores; la vertiente civil y la penal protegen la convivencia del menor con sus padres desde distintos enfoques. Consideramos que el derecho civil se centra en proteger la institución de la patria potestad, así como los derechos de guarda, custodia y visita, mientras que el derecho penal se centra en proteger los intereses del menor a convivir con ambos padres, lo que de alguna manera implicaría proteger la libertad del menor a tener contacto libre con ambos padres.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, el derecho penal castiga la acción de sustraer al menor y no las consecuencias jurídicas derivadas de esa actividad que se podrían traducir, en todo caso, en el desacato a la orden de un juez o al ejercicio indebido de un derecho.

En este sentido, si analizamos desde una perspectiva neutral la conducta de la figura de sustracción podemos decir que ésta se actualiza cuando un familiar del menor lo sustrae, sin causa justificada o sin orden de la autoridad competente, de la custodia o guarda de quien legítimamente la tiene, impidiendo que el menor tenga una relación normal con ambos progenitores. Ahora bien, en este supuesto la legitimidad de la custodia puede estar fundada en un derecho reconocido legalmente (patria potestad), en una resolución judicial que la confiere (guarda, custodia y visita), en un acto voluntario (tutela dativa) o cuando una institución se hace cargo del menor.

Si analizamos la conducta anteriormente descrita desde la postura del derecho internacional privado debemos sumarle a esta descripción el hecho de que ambos convenios, el Interamericano y de La Haya, tienen como finalidad que no se violen relaciones que ya se encuentran protegidas, al menos, por el derecho del Estado en que dichas relaciones se desarrollaban antes del traslado,

así como garantizar la restitución inmediata del menor sustraído o retenido de manera ilícita al lugar de su residencia habitual. Mientras que la sustracción de menores vista desde el derecho penal se centra por su naturaleza en ser una conducta típica, anti-jurídica, culpable y punible para la cual existe una sanción penal. De tal manera que el ámbito penal se centra en castigar al familiar que sustrae al menor de quien ostenta la patria potestad.

Cabe mencionar, aunque sea brevemente, que el supuesto que nos ocupa en el derecho penal mexicano no se limita a regular sustracciones internacionales, de tal manera que el tipo penal reconocido en la mayoría de los códigos penales mexicanos regula la conducta de sustraer a un menor de quien tiene la patria potestad, independientemente de que ésta sea nacional o internacional.

Es por ello que consideramos que los casos que presentan un tinte de internacionalidad son resueltos más eficazmente por medio de instrumentos internacionales, ya que la problemática que se suscita en dos países diferentes puede encontrar una mejor solución a través de la cooperación internacional. En esta línea de ideas, el Convenio de La Haya, a pesar de no ser el único es el instrumento más conocido y utilizado para darle respuesta a la sustracción internacional de menores.

Ahora bien, este instrumento como ya mencionamos no busca prevenir, impedir y sancionar estas conductas, sino ofrecer respuestas que faciliten la restitución del menor. Frente a esta situación se hace evidente la necesidad de que una rama del derecho, en este caso la penal tenga un carácter preventivo y sancionador.

En esta línea de ideas, nos queda analizar las consecuencias que nacen al llevar un procedimiento penal por sustracción de menores. Evidentemente la aplicación de una sanción penal es lógicamente el resultado que se obtendrá si durante el juicio se determina que el sujeto activo es culpable. Ahora bien, esta sanción, que en la mayoría de los códigos penales de la República mexicana incluye una multa, una pena privativa de libertad y en algunos casos la pérdida de la patria potestad, debe ser analizada desde una postura estratégico-jurídica que beneficie los intereses del menor.

Como podemos observar, la mayoría de los códigos penales de la República mexicana establecen que este delito se persigue por querrela o por petición del agraviado. De tal manera que la extinción de la responsabilidad penal o el deber jurídico de sufrir una pena que recae sobre quien ha cometido este delito puede producirse por medio del perdón.

En este sentido, el artículo 93 del Código Penal Federal establece que:

Artículo 93. El perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo extingue la acción penal respecto de los delitos que se persiguen por querrela, siempre que se conceda ante el Ministerio Público si éste no ha ejercitado la misma o ante el órgano jurisdiccional antes de dictarse sentencia de segunda instancia. Una vez otorgado el perdón, éste no podrá revocarse. Lo dispuesto en el párrafo anterior es igualmente aplicable a los delitos que sólo pueden ser perseguidos por declaratoria de perjuicio o por algún otro acto equivalente a la querrela, siendo suficiente para la extinción de la acción penal la manifestación de quien está autorizado para ello de que el interés afectado ha sido satisfecho. Cuando sean varios los ofendidos y cada uno pueda ejercer separadamente la facultad de perdonar al responsable del delito y al encubridor, el perdón sólo surtirá efectos por lo que hace a quien lo otorga. El perdón sólo beneficia al inculcado en cuyo favor se otorga, a menos que el ofendido o el legitimado para otorgarlo, hubiese obtenido la satisfacción de sus intereses o derechos, caso en el cual beneficiará a todos los inculcados y al encubridor.

El hecho de que la responsabilidad penal por este delito pueda quedar extinta por medio del otorgamiento del perdón de la parte ofendida nos da la posibilidad de pensar que si lo que interesa en estos casos es proteger el interés superior del menor a tener una normal convivencia con ambos progenitores, esta convivencia puede mantenerse aun iniciado el procedimiento penal, si la parte ofendida lo decide.

Evidentemente si estamos en una situación de ruptura matrimonial, en la cual puede haber conflicto entre las partes, es difícil imaginarse que la parte ofendida otorgará el perdón. Sin embargo, éste es un elemento que debe considerarse, y más si la persona que ostenta la patria potestad y que tiene al menor de regreso considera como primordial que el niño o niña mantenga una relación sana y cotidiana con el otro progenitor, ya que podríamos pensar que aquella persona que ostenta la patria potestad o la tutela o guarda es la más indicada para velar por los intereses del menor y en este sentido tomará la decisión que más beneficie el libre y sano desarrollo de éste. Sin embargo, aun cuando no podemos suponer siempre que el ofendido otorgará el perdón, ésta es una posibilidad que debe estar contemplada.

En esta línea de ideas, uno de los aspectos más preocupantes de que se siga un proceso penal es el hecho de que uno de los progenitores sea privado de su libertad como consecuencia de la conducta delictiva. Es una realidad en la que si lo que más nos interesa es que los derechos del menor a convivir con ambos padres se logre, el hecho de que uno de los progenitores esté en prisión vendría a romper con este principio. Por esta razón y con la finalidad de evitar esta situación es que analizaremos una de las figuras jurídicas procesales de mayor trascendencia en el derecho penal, esto es la privación de la libertad durante el proceso y posterior al proceso.

Esta situación procesal que sufre el imputado se aplica en los casos de que el delito cometido sea uno de los calificados como graves. La clasificación de los delitos como graves o la manera en que se precisa en qué casos una persona inculpada por delito, puede o no obtener el beneficio de la libertad bajo caución y evitar ser recluso en prisión preventiva durante el proceso se encuentra en el artículo 19 constitucional, en el catálogo de delitos graves del Código Federal de Procedimientos Penales, así como puede determinarse por una operación aritmética que consiste en sumar el mínimo y el máximo de la pena de prisión señalada, si el término medio de la suma de esos dos extremos resulta me-

nor a cinco años, entonces esa persona puede obtener su libertad provisional bajo caución. En caso contrario, si la suma excede los cinco años, entonces quedará privado de su libertad en prisión preventiva durante todo el proceso hasta que culmine con la resolución judicial que podrá ser una sentencia condenatoria o absolutoria.

Actualmente, después de las reformas realizadas a la Constitución en 2008 se implementó en el ámbito procesal penal la aplicación del sistema acusatorio, que entre otros aspectos pretende que, por regla general, el imputado atienda el proceso en libertad y que la medida privativa de libertad sea la excepción.<sup>150</sup>

Ahora bien, el párrafo segundo del artículo 19 señala que el juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente en los casos de “delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud”; deducimos de esta redacción que éstos son los únicos delitos graves. En este sentido, la figura que nos ocupa al no ser considerada un delito grave implica que el imputado, en este caso uno de los progenitores, no podrá estar privado de su libertad.

En el supuesto de que una persona haya obtenido libertad bajo caución al momento de ser sujeta a proceso penal precisamente por no ser considerado el delito como grave, es previsible que tampoco compurgará pena en prisión si eventualmente se le dicta sentencia condenatoria, pues los códigos penales de las entidades federativas prevén la posibilidad, al igual que el Código Federal, de la conmutación de penas.<sup>151</sup>

<sup>150</sup> Actualmente, el segundo párrafo del artículo 19 constitucional establece que el Ministerio Público sólo podrá solicitar la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por las comisión de un delito doloso.

<sup>151</sup> El Código Penal Federal establece, en el artículo 70, que la prisión podrá ser sustituida, a juicio del juzgador, por trabajo en la comunidad o semilibertad,



De lo anterior se desprende que en el caso que nos ocupa se tenga en mente que el familiar que sustrajo al menor no forzosa-mente será privado de su libertad como consecuencia de la conducta delictiva.

## 2. *Desventajas*

Como podemos observar, el Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y el Convenio Interamericano sobre Restitución Internacional de Menores se limitan a dar respuesta a los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, pues su finalidad no es castigar al sustractor sino lograr la restitución inmediata del menor trasladado o retenido de manera ilícita a su lugar de residencia habitual, así como velar por que los derechos de guarda, custodia y visita vigentes en uno de los Estados contratantes sean respetados por todos los demás Estados. Sin embargo, aun cuando los aspectos penales de la sustracción quedan excluidos de ambos convenios, el Convenio Interamericano señala, en su artículo 26, que: “la presente Convención no será obstáculo para que las autoridades competentes ordenen la restitución inmediata del menor cuando el traslado o retención del mismo constituya delito”.

De la lectura de este artículo se hace evidente que cada Estado tiene la libertad de dar a la sustracción de menores un tratamiento penal al tipificarla como delito. De ahí que pueda existir una solicitud de restitución conforme a cualquiera de los convenios y un procedimiento penal en el Estado requirente.

Ahora bien, a pesar de que el ámbito penal queda excluido de ambos convenios, en las Comisiones Especiales sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya se han cuestionado

cuando la pena impuesta no exceda de cuatro años; por tratamiento en libertad, si la prisión no excede de tres años, o por multa, si la prisión no excede de dos años. El último párrafo de dicho artículo dispone que la sustitución no podrá aplicarse a quien anteriormente hubiera sido condenado en sentencia ejecutoriada por delito doloso que se persiga de oficio o por delito grave.

las implicaciones de penalizar esta figura. Por un lado, el Informe de 1993 destaca que llevar a cabo un procedimiento penal en ciertos casos puede ser contraproducente sobre todo en lo que se refiere a la restitución del menor. Es por ello que las autoridades centrales con frecuencia desalientan al solicitante a que inicie un procedimiento penal.

Por otro lado, en esta misma Reunión los representantes de los Estados miembros hicieron notar los inconvenientes que conlleva un procedimiento penal para adecuada aplicación del Convenio. Dentro de los motivos que mencionan, consideran que un procedimiento penal puede ocasionar efectos perjudiciales y puede interferir con los derechos del menor a mantener relaciones normales con ambos padres como se encuentra estipulado en los artículos 9 y 10 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 1989. Además de que se discutió que esta cuestión podría ser considerada una causa legítima para rehusarse a devolver al menor basándose en el artículo 13 b).<sup>152</sup>

En cuanto al Informe de 1997 se puede observar que existen diferentes posturas en cuanto a la penalización de esta figura. De la misma manera que sucedió en la reunión de 1993, algunos expertos consideran que un procedimiento penal más allá de ser benéfico disuade al sustractor a devolver al menor por las posibles consecuencias que puede tener un procedimiento penal en contra de uno de los progenitores, además de que puede ocasionar un ambiente de familia inapropiado para el menor y entre los otros miembros de familia.

Desde la perspectiva del derecho internacional privado, en la vertiente civil, la finalidad no es castigar al progenitor sino restituir al menor y velar porque los derechos de guarda, custodia y visita vigentes en un Estado parte sean respetados por los demás.

<sup>152</sup> El artículo 13 señala: “No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.”

Sin embargo, desde una perspectiva penal, el bien jurídico tutelado no es forzosamente proteger los derechos que conllevan la patria potestad o tutela. Es en este sentido, y por el hecho de que ambos materias tienen enfoques diferentes, que se abre la puerta a dos procedimientos distintos, independientemente de que uno sea benéfico o contraproducente para el otro.