

# CONDUCTA NO TIPIFICADA DE SUSTRACCIÓN DE MENORES EN MÉXICO

Ramón Macías Ledezma

Universidad de las Californias  
Internacional

ramon.macias@udc.edu.mx

ORCID: 0000-0001-5731-2468

## **Resumen**

Es común en nuestros días escuchar que un progenitor, sin el consentimiento del otro, sustrae, retiene y oculta a sus menores hijos, impidiendo que convivan tanto con el progenitor víctima como con los familiares de éste.

En México el delito de sustracción de menores está tipificado en los Códigos Penales de los Estados de la República Mexicana, los cuales identifican a los sujetos activos del delitos de sustracción de menores de la siguiente manera; a) individuos que los sustraigan o retengan y no posean relación familiar o parentesco con el menor o incapaz, b) los familiares o progenitores que los sustraigan o retengan y no posean la patria potestad o custodia, incluso, c) el padre o la madre que impida que el otro ascendiente ejerza el derecho a convivir con su hijo en los términos decretado por resolución o convenio judicial.

De lo anterior se desprende una falta de regulación penal de la conducta de sustracción de menores, entre los progenitores que ejercen la misma patria potestad y los sustraen o retienen sin el consentimiento del otro progenitor, impidiendo con ello la convivencia del menor con su ascendiente víctima de esta conducta.

La conducta atípica de sustracción que realizan los progenitores, al igual que la conducta tipificada, atenta contra el derecho a la vida, a la supervivencia y al

desarrollo; derecho a la identidad; derecho a vivir en familia; derecho a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral; derecho a una vida libre de violencia y a la integridad personal.

**Palabras clave:** Conducta, sustracción, menores.

## **Introducción**

Este trabajo está fundamentado en el derecho interno: la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Constitución Política de Baja California, la Ley General de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes de México, así como en Códigos Penales de algunos Estados de la República Mexicana.

Consta de cuatro apartados: en el primer apartado, analizamos el origen de la patria potestad, su concepto, los sujetos que intervienen, su terminación, así como los efectos que produce, todo ello con la finalidad de establecer en casos únicamente se puede terminar o suspender.

En el segundo apartado, analizamos el delito de sustracción de menores en el derecho mexicano, con la finalidad de identificar cuál es la conducta que actualmente está tipificada y bajo qué supuestos sanciona.

En el tercer apartado, abordamos los derechos que tienen los niños, niñas y adolescentes de conformidad a la Constitución Federal y de Baja California, así como Leyes Federales. Analizamos también la obligación que tiene el Estado de salvaguardar estos derechos en aras del interés superior del menor.

Finalmente, en el cuarto apartado, haremos un análisis de todos los aspectos vertidos a lo largo del desarrollo del trabajo y concluimos con algunas propuestas como aportación a la solución a esta problemática social.

## Desarrollo

La patria potestad es más una obligación que un derecho, dado que los niños y los adolescentes no son objetos, sino sujetos de derechos. Es necesario dejar bien establecida la figura de la patria potestad en nuestro derecho interno, debido a que no deja de ser el origen de la relación paterno filial entre progenitores e hijos, tal y como lo planteamos en los párrafos siguientes.

Es una institución que tiene sus orígenes en el derecho romano, ésta figura se vinculaba al *paterfamilia*, el cual tenía poder absoluto sobre sus hijos, incluso tenía derecho de vida o muerte sobre su persona y podía disponer libremente de las propiedades de estos.

En épocas anteriores se tenía la creencia de que los menores eran un asunto de sus madres y padres, donde el resto de la comunidad no debía ni opinar ni involucrarse, debido a que todo lo que se hacía era por el supuesto “bien del menor”. Es decir, todos los niños eran vistos como una propiedad más de los padres, donde las autoridades y la sociedad nada tenían que decir o hacer al respecto, (Rodríguez, 2012).

Con el advenimiento del cristianismo, se suavizaron las características tan severas que acompañaban la patria potestad en Roma. “Conforme el tiempo avanzó, se fue atendiendo cada vez más al interés del menor, entendiendo esta, como una función protectora en beneficio de los hijos”, (Baqueiro y Buenrostro, 2014).

Ya en nuestros días:

La familia es una Institución jurídica de orden público e interés social integrado por personas que se unen por lazos de matrimonio, concubinato u otros reconocidos por la ley, cuyo fin es la protección de su organización y el desarrollo integral de sus miembros, con base en el respeto a su dignidad, (Muñoz, 2015).

Es importante establecer que no es correcto pensar que la familia es únicamente la unión de un hombre y una mujer con descendencia, esto va más allá; es el lazo biológico que bien puede estar constituido con o sin uno de los dos progenitores.

Una de las consecuencias que se derivan de la familia es la paternidad, la cual recibe el nombre de filiación y es definida como “el vínculo que crea el parentesco consanguíneo en línea recta en primer grado y, constituye la forma más cercana de parentesco”, (Baqueiro y Buenrostro, 2014); mientras que para Muñoz Rocha “es una relación jurídica existente entre los progenitores y sus descendientes directos en primer grado.”

De los párrafos anteriores se desprende que la paternidad es el vínculo consanguíneo y jurídico que une a los padres con sus progenitores, de lo cual se deriva la patria potestad, que puede considerarse como una institución que nace de un vínculo paterno-materno filial, relaciona ascendientes con descendientes, concede a los ascendientes un poder como medio para cumplir con sus deberes respecto a la custodia, a la guarda y educación de sus descendientes. Poder que actualmente es cada vez más reducido, debido a que debe de estar siempre apegado a su sano desarrollo físico y mental, procurando salvaguardar en todo momento el interés superior del menor.

Con el paso del tiempo, la patria potestad ha evolucionado, se ha venido adaptando a los cambios que ha sufrido el derecho a lo largo de la historia, la forma de ver la patria potestad en nuestros días es sin duda muy distinta a lo que nos ha indicado la historia.

En nuestros días la patria potestad se entiende como: “una función en la que los padres y los abuelos cuentan con determinadas facultades o derechos concedidos por la ley para que cuiden de la persona y bienes de sus descendientes, administren sus bienes y los representen” (Baqueiro y Buenrostro, 2014).

En el mismo sentido, se define como: “una institución jurídica que procede de la filiación, consistente en un conjunto de facultades y deberes que la ley señala a los ascendientes con respecto a sus descendientes y sus bienes mientras se encuentran en su minoría de edad” (Muñoz, 2015).

En conclusión, la patria potestad es un conjunto de facultades y obligaciones que tienen los ascendientes sobre las personas y los bienes de los descendientes menores de edad o en estado de interdicción.

A medida que pasa el tiempo, más que facultades, son como un conjunto de obligaciones tendientes a proteger una serie de derechos consagrados en la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y los Adolescentes, entre los que se encuentran: el derecho a un sano desarrollo, el derechos a la vida, a la salud, a la alimentación, a la convivencia con ambos padres, etc., salvaguardando siempre el interés superior del menor.

## **Los sujetos de la patria potestad**

Según el derecho civil, la patria potestad corresponde a los progenitores del menor y a falta de estos, serán los abuelos tanto paternos como maternos quienes ejercerán la patria potestad.

Así lo refiere el Código Civil del Estado de Baja California (s.f. Artículo 410): “la patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce: a) por el padre y la madre; b) por el abuelo y la abuela paternos; b) por el abuelo y la abuela maternos”.

El ejercicio de la patria potestad recae en los progenitores, aun cuando se encuentren separados o divorciados, esto es, que la patria potestad no se pierde por la simple separación legal y/o de facto de los progenitores, salvo por resolución judicial, la cual, tendrá que ser valorada en consideración al interés superior del menor.

La patria potestad dentro de la adopción, será ejercida por el adoptante como sujeto activo y se ejercerá sobre el adoptado como sujeto pasivo, con la única connotación que en el caso de adopción plena la patria potestad se ejerce en los mismos términos de la filiación consanguínea.

## **Los efectos de la patria potestad**

Dos son los efectos que produce la patria potestad; el primero de ellos es el efecto sobre la persona, mientras que el segundo es sobre los bienes del menor sujeto a la patria potestad, tal como lo establece el Código Civil del Estado de Baja California (s.f. Artículo 410), el que a la letra dice “La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos”.

Respecto al primero de ellos, se puede decir que es todo lo que atañe a la persona del menor, tales como; la educación, la convivencia y los deberes de crianza, mientras que con respecto a los efectos sobre los bienes del menor, se da desde su administración hasta la disposición de ellos, siempre apegados a la normatividad de la materia.

Los progenitores que estén ejerciendo la patria potestad sobre sus menores hijos tienen facultades, pero también tienen la obligación de observar una conducta que sirva a de ejemplo a sus descendientes y en caso de incumplimiento, el Estado determinará sobre su limitación o suspensión, respetando los principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución Mexicana y Leyes Federales.

Son muchos los efectos que se derivan de esta institución jurídica, sin embargo, lo que nos interesa precisar en este apartado, es el concepto de guarda y custodia, es decir, el ejercicio de los derechos y obligaciones tendientes al cuidado, vigilancia, guarda, custodia y la protección del menor como parte de los fines de la patria potestad.

## **La suspensión, pérdida y extinción de la patria potestad**

La patria potestad no es renunciable, ya que voluntariamente el que la tiene no puede cederla, tampoco es prescriptible, debido a que el no ejercicio o abandono se sanciona pero no libera de sus obligaciones a quien la tiene.

A pesar de lo antes dicho, es importante hacer mención que dicha figura jurídica, es excusable, puede ser limitada, se puede suspender, se puede extinguir e incluso puede ser en algunos casos recuperada.

La patria potestad es excusable cuando el que la ejerce es mayor de 60 años de edad o cuando siendo menor de sesenta años y mayor de 18, esté impedido por un mal estado de salud, tal y como lo establece el Código Civil del Estado de Baja California (s.f. Artículo 445).

Por otro lado y con respecto a la “terminación de la patria potestad”, es importante hacer mención de los supuestos que refiere el Código Civil del Estado de Baja California, enlistandose de la siguiente manera: la muerte de los progenitores, la muerte de los abuelos o tutores del bien jurídico, la emancipación definitiva del menor cuando contrae matrimonio, la mayoría de edad, (aunque en algunos casos se extienda por interdicción) y finalmente, cuando es entregado a una Institución en adopción.

Finalmente, la patria potestad puede perderse únicamente por una resolución judicial tal y como lo establece el Código Civil del Estado de Baja California (s.f. Artículo 441), el cual a la letra dice:

La patria potestad se pierde:

I.- Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando haya sido condenado por delito grave;

- II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 280;
- III.- Cuando por las costumbres o hábitos de quienes la ejercen, realizan malos tratos o abandono de sus deberes, uso de algún tipo de enervante, alcoholismo, prostitución, que afecte o ponga en riesgo la seguridad, la salud, la moralidad, la tranquilidad, el bienestar o el desarrollo armónico de las personas menores de dieciocho años de edad o personas que no tengan capacidad para comprender el significado del hecho, aun cuando esos hechos o conductas no cayeren bajo la sanción de la Ley Penal;
- IV.- Cuando quienes ejercen la patria potestad permitan o toleren que otras personas atenten contra la seguridad e integridad física, emocional y sexual de las personas menores de dieciocho años de edad o personas que no tengan capacidad para comprender el significado del hecho;
- V.- Por el abandono sin causa justificada que el padre, la madre o quien ejerza la patria potestad hiciere de las personas menores de dieciocho años de edad o personas que no tengan capacidad para comprender el significado del hecho, por más de tres meses en alguna institución de asistencia pública o privada; y
- VI.- Cuando se exponga por más de un día a la persona menor de dieciocho años de edad o persona que no tenga capacidad para comprender el significado del hecho, poniendo en riesgo su integridad personal.

Considero muy valiosa la aportación del artículo 441 del Código citado, dado a que como lo mencionamos anteriormente, el presente trabajo de investigación tiene como objetivo determinar las afectaciones que produce la conducta atípica de sustracción, retención y ocultamiento de un menor por uno de los dos que ejerce la patria potestad, sin el consentimiento del otro y sin que medie convenio o acuerdo judicial.

Para concluir el presente apartado, es importante reafirmar que la patria potestad, con todo lo que conlleva, si es susceptible de ser limitada, suspendida o revocada,

sin embargo, como lo vimos en los párrafos anteriores, hay procedimientos, mecanismos y elementos jurídicos muy importantes a valorar antes de proceder a ello.

La patria potestad no pueden ser suspendida o limitada por decisión de uno de los padres en perjuicio del otro y del menor, dado a que ni son autoridad competente, ni tienen la formación jurídica y/o psicológica para tomar la decisión correcta con respecto a cuál de los dos es el idóneo para ejercer el derecho de custodia.

Interpretando con ello, que si uno de los dos progenitores toma la decisión de sustraer, retener u ocultar a su menor hijo del otro progenitor, realiza una conducta que atenta contra derechos del menor, tales como: el derecho a un sano desarrollo, el derecho a la convivencia, el derecho de visita y en muchos de los casos: el derecho a la integridad física y psicológica.

No debemos permitir que estos comportamientos que violentan bienes jurídicos en perjuicio de menores, sean ventilados únicamente a través de las vías del derecho familiar, debido a que esa alternativa siempre ha estado al alcance de la sociedad y hasta hoy no ha solucionado la problemática actual. Es aquí, donde debería de entrar el derecho penal como *última ratio*.

La conducta tipificada y no tipificada de sustracción, retención u ocultamiento del menor, que realiza uno de los progenitores sin el consentimiento del otro, violenta una serie de derechos que dañan el interés superior del menor, el cual es considerado como un bien jurídico.

Si la protección de los bienes jurídicos es obligación del Estado; ¿qué es lo que hasta ahora le ha impedido utilizar una adecuada política criminal preventiva que le permita proteger y garantizar estos derechos?. Es absurdo dejar pasar y permitir que los progenitores los utilicen como objetos o instrumentos de venganza y chantaje, ignorando que un día estos menores serán adultos y muchas de esas agresiones las reflejarán en sus comportamientos como conductas antisociales,

será entonces cuando el Estado se preocupará por crear normas más estrictas, sanciones más duras y cárceles más seguras, persiguiendo delincuentes, pasando por algo el razonamiento lógico de que estos delincuentes, un día fueron niños, ocuparon el apoyo del Estado y la sociedad para guiarlos por un buen camino a través de una vida libre de violencia.

## **El delito de sustracción de menores**

La conducta de sustracción, retención u ocultamiento de menores, ha existido desde el origen de la procreación y siempre ha afectado moral y emocionalmente tanto al ascendente como descendente, es decir, el daño que esta conducta genera en los menores y en sus progenitores siempre ha existido.

El reciente reconocimiento de los derechos del menor en Tratados Internacionales y posteriormente en el derecho interno es lo que ha generado una serie de controversias respecto a lo delicado de esta conducta en la actualidad.

El estudio del delito de sustracción y retención de menores es de vital importancia para el desarrollo de este trabajo de investigación, debido a que no podemos hablar de una conducta equiparada al delito de sustracción y retención de menores, sin antes conocer lo que establece la ley al respecto.

Esta conducta típica del delito de sustracción de menores ha experimentado diversas reformas a lo largo de estos últimos años, cada Estado lo refiere de diferentes maneras, como si cada uno de ellos lo hubiese redactado partiendo de experiencias locales o de circunstancias muy particulares a la región donde tienen jurisdicción.

Esta actitud de los Estados es errada, debido a que la finalidad principal de tipificar esta conducta debería de ser la protección de los derechos del menor y del

progenitor, los cuales no fueron otorgados para una entidad federativa específica, sino para la persona misma, es decir, son derechos reconocidos en leyes federales, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en Tratados Internacionales.

En el Código Penal del Estado de Yucatán (s.f. 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 tres meses 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.

Del presente artículo se desprende que en el Estado de Yucatán únicamente se sanciona la sustracción o retención de un menor en dos supuestos: en el primero de ellos por un familiar sin causa justificada y sin derecho a hacerlo; en el segundo supuesto, por una persona distinta a la relación de parentesco en cualquier grado.

En este Estado, sí es posible que el delito de sustracción y retención de menores proceda entre progenitores, debido a que el ordenamiento refiere que podrá ser objeto de sanción “el familiar que los sustraiga”.

Lamentablemente no es muy clara la intención del legislador con respecto los sujetos de este tipo penal, debido a que en lo particular debió haber establecido: comete el delito de sustracción de menores “el progenitor” o familiar de un menor de 18 años que lo sustraiga o retenga sin causa justificada o sin orden de autoridad competente.

Entre más clara sea la ley más fácil será su aplicación. Es común que nos referimos a los padres como ascendientes o progenitores y al resto como familiares ya sea consanguíneos o por afinidad, aunque es claro que los progenitores son familiares por excelencia.

Por otro lado, el Código Penal del Estado de Veracruz (s.f. Artículo 241) dispone:

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.

Al igual que en el tipo penal del delito de sustracción de menores del Estado de Yucatán, en este nuevo tipo penal del Estado de Veracruz, también es posible interpretar que un progenitor podría ser sancionado por esta conducta, debido a que refiere la frase “a quien le una parentesco”, de la cual se puede interpretar que los progenitores sí pueden ser procesados debido a que les une un parentesco con sus menores hijos, aunque no especifica en qué casos.

Afortunadamente el 11 de septiembre del 2018 al referido artículo se le adhirió un segundo párrafo, el cual a la letra dice:

La pena señalada en el párrafo anterior se aumentará en una mitad a la persona cónyuge, concubina o concubinaria, o con quien existió una relación de pareja, sea padre o madre del menor o incapaz, que sustraiga, retenga u oculte a un hijo menor de edad o incapaz, con la finalidad de obligar al otro a dar, hacer o dejar de hacer algo.

Aplaudo a este segundo párrafo adherido al artículo 241 del Código en comento, pues constituye un gran avance en materia de protección de los Derechos en favor de las niñas, niños y adolescentes pues sanciona el comportamiento de los progenitores cuando los utilizan como Instrumentos de chantaje y/o venganza en contra del otro progenitor.

El Estado de Oaxaca regula penalmente la conducta de sustracción y retención de menores entre progenitores, la cual fue reformada recientemente en septiembre del 2020, y lo prevé en Código Penal del Estado de Oaxaca (2020 Artículo 407):

A quien sin causa justificada o sin orden de autoridad competente, sustraiga de la custodia y guarda a una persona menor de 18 años de edad o incapaz, con fines distintos a los contemplados en los artículos 348 y 348 BIS F del presente ordenamiento, se le impondrá de seis a doce años de prisión y multa de seiscientos a mil doscientas veces el valor de la Unidad de Medida y Actualización vigente.

El citado artículo refiere en su tipo penal la palabra “a quien sin causa justificada”, lo que se puede interpretar que no importa que sea progenitor, familiar o extraño que lo sustraiga o retenga sin un beneficio económico por ello, ya que de haberlo, estaríamos ante un delito de tráfico de menores y no de sustracción. Considero que esta frase es muy importante debido a que cuando se refiere a sin causa justificada implica que podría proceder contra cualquier persona mientras manifieste esa conducta, incluso contra sus propios progenitores.

Sin embargo, Código Penal del Estado de Oaxaca (2020 Artículo 407 BIS) dispone:

Se impondrá de las tres cuartas partes de la mínima a las tres cuartas partes de la máxima de la pena del delito de sustracción de menores o incapaces previsto en el artículo anterior, a quien: I. Ejerciendo la patria potestad, realice dicha conducta;

o II. Por instrucciones de quien ejerciendo la patria potestad o por pariente del menor o incapaz sin limitación de grado lo lleve a cabo.

Del párrafo anterior se desprende que en el Estado de Oaxaca el delito de sustracción o retención de un menor puede configurarse por uno de los dos progenitores. Si bien es cierto, no especifica si debe haber o no un acuerdo o resolución judicial previo a esta conducta, sin embargo, hay que recordar el principio que dice “donde la ley no distingue, el hombre no puede distinguir”, por tal motivo, considero que la interpretación del citado artículo es: “comete el delito de sustracción de menores cualquier persona e incluso el progenitor que sustraiga al menor hijo, sin el consentimiento del otro y sin causa justificada”.

En el mismo sentido, Código Penal del Estado de Oaxaca (2020 Artículo 409) refiere:

Si al encontrarse en proceso de divorcio o disuelto el matrimonio, alguno de los progenitores salga fuera del estado o del país, trasladando consigo a los menores hijos o incapaces, sin contar con la autorización expresa de la otra parte o sin orden de autoridad competente, se le impondrá de tres a cinco años de prisión y multa de trescientos a quinientos cincuenta veces el valor de la Unidad de Medida y Actualización vigente.

En este precepto legal el Estado de Oaxaca tipifica la conducta de sustracción de menores entre los progenitores cuando lo trasladan a otro Estado sin el consentimiento expreso del otro progenitor, lamentablemente lo limita únicamente a las relaciones familiares que estén o hayan estado en unión matrimonial, lo que deja fuera las relaciones de combinado o unión libre.

Por último, Código Penal del Estado de Oaxaca (2020 Artículo 410) establece que se les impondrán de tres a cinco años de prisión y multa de trescientos a quinientos cincuenta días de salario mínimo al progenitor que cambie su domicilio

señalado para la guarda y custodia de los menores hijos, fuera del Estado o del país, argumentando cualquier causa, sin que exista consentimiento expreso y por escrito de la otra parte o por orden de autoridad competente.

Este artículo me parece muy claro y muy acertado, debido a que expresa que cuando un progenitor sustrae a un menor sin el consentimiento del otro progenitor y sin que la ley le favorezca, cometerá el delito de sustracción de menores y se hará acreedor a las sanciones respectivas.

Son muy pocos los Estados que tienen esta conducta muy ampliamente tipificada como delito, lo que trae como consecuencia que esta falta de regulación penal en otros Estados de la república mexicana den pie a que los progenitores sustraigan, retengan y oculten a sus menores, disfrutando de una total impunidad.

Finalmente el Código Penal del Estado de Baja California (s.f. Artículo 237) se limitaba a decir que comete el delito de sustracción de menores aquel individuo que “sin tener relación familiar o de parentesco sustraiga a un menor de 18 años 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”.

La descripción legal citada no fue suficiente para garantizar que los derechos de los incapaces permanecieran íntegros, razón por lo que posteriormente fue agregado el Código Penal del Estado de Baja California (s.f. Artículo 237 BIS), el cual a la letra dice: “comete el delitos de sustracción de menores el padre o la madre que sustraiga a su hijo menor de 18 años o incapaz, respecto del cual no ejerza la patria potestad o la custodia, privando de este derecho a quien legítimamente lo tenga”.

A pesar de lo dicho en el párrafo anterior, el 19 de octubre del 2007, fue adicionado al Código Penal del Estado de Baja California (s.f. Artículo 237 TER), descripción legal que a la letra dice:

Comete el delito de sustracción de menores el padre o la madre que retenga a su hijo menor de 18 años de edad o incapaz, con el fin de 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 o Impedir la guarda y custodia compartida en los términos de la misma resolución o convenio judicial.

El 26 de noviembre del 2015 la Diputada Mónica Bedoya Serna turnó a la Comisión de Justicia del Congreso del Estado de Baja California una propuesta para reformar los artículos 237, 237 BIS y 237 TER del Código penal, a fin de actualizar el delito de sustracción de menores o incapaces.

Esta propuesta tiene como propósito adherir al tipo penal del delito de sustracción de menores la conducta de “ocultamiento” del menor en perjuicio de quien legalmente tenga el derecho de convivencia, evitando con ello problemas psicológicos y traumas que afecten su sano desarrollo.

Se considera que estos artículos y la propuesta de reforma citada en el párrafo anterior no cubren las necesidades que se requiere satisfacer para evitar la comisión de esta reiterada conducta de sustracción, retención u ocultamiento de uno de los progenitores en perjuicio del otro y del menor.

Si bien es cierto, ocultar es una conducta distinta a la sustracción o retención, pero van de la mano y unas se derivan de las otras, ósea, no puedes ocultarlo sin antes sustraerlo y retenerlo. El problema es que actualmente esas tres conductas no están tipificadas como delito cuando la realizan entre progenitores, es decir, no es una conducta típica, antijurídica y culpable, a menos que se haya realizado violando un convenio o resolución judicial.

Recordemos que cuando en un derecho de custodia ya existe un convenio o resolución judicial y haya sido violentado por una de las partes, sí es procedente el delito de sustracción de menores en Baja California, sin embargo, hay convenio o

resolución judicial cuando entre los cónyuges ya hubo un antecedente de conflicto de acuerdo con referencia a la guarda y custodia de los menores hijos y siempre hubo la voluntad e iniciativa de uno de ellos de acudir ante una autoridad competente para determinar la guarda del menor.

Los progenitores referidos en el párrafo anterior no son el problema, el problema son aquellos progenitores que por falta de cultura jurídica o por falta de confianza en el Estado, creen que pueden hacer justicia por propia mano, creen que sus menores hijos son de su propiedad y los utilizan como instrumentos de venganza o chantaje en perjuicio del otro, pasando por alto que las niñas, los niños y los adolescentes son seres humanos con derechos y prerrogativas consagrados no solo en el derecho interno, sino en Tratados Internacionales de los que México ya es parte.

En resumen, podría decirse que en el Estado de Baja California no se encuentra tipificada la conducta de sustracción, retención y ocultamiento de niños, niñas y adolescentes entre sus propios padres, a menos que a través de esas conductas se hayan violentado convenios o resoluciones judiciales.

Después de haber analizado el delito de sustracción de menores regulado en algunos Estados de la República Mexicana, se llegó a la conclusión de que muchos de ellos no cubren las necesidades que se requiere satisfacer y evitar la comisión reiterada de la conducta de sustracción, retención u ocultamiento de un menor entre los propios padres.

Esta conducta es recurrente en todos los Estados de la República mexicana, sin embargo, como lo vimos en los párrafos anteriores, no en todos los Estados está regulada y en otros es muy confusa, lo que permite que los progenitores violenten derechos consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (s.f. Artículo 16), que dispone:

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

## **Los derechos del menor**

Hasta antes de la adopción de la Convención sobre los Derechos de los niños y niñas adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1924, los menores y adolescentes fueron prácticamente personas ignoradas, debido a que el sistema jurídico únicamente protegían el derecho de los padres y las madres, los cuales se ventilaban en asuntos privados debido a que no se consideraban relevantemente públicos, (López, 2011).

Para efecto del presente trabajo, entenderemos por “menor” lo establecido en el artículo primero de la Convención Sobre los Derechos del Niño, que refiere: “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

De lo anterior se desprende que un menor puede alcanzar la mayoría de edad antes de los 18 años dependiendo del Estado y de su propia legislación. Recordemos que una de las causas por las que se puede alcanzar la mayoría de edad en nuestra legislación es la emancipación.

Quienes ejercen la patria potestad están obligados a salvaguardar derechos humanos en favor del menor, previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en Leyes Secundarias.

En la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (s.f. Artículo 13), publicada en el Diario Oficial de la Federación el 04 de diciembre de 2014, prevé una serie de derechos a favor de los menores, entre los que se encuentran:

a) derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo; b) derecho de prioridad; c) derecho a la identidad; d) derecho a vivir en familia; e) derecho a la igualdad sustantiva; f) derecho a no ser discriminado; g) derecho a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral; h) derecho a una vida libre de violencia y a la integridad personal; i) derecho a la protección de la salud y a la seguridad social; j) derecho a la inclusión de niñas, niños y adolescentes con discapacidad y k) el derecho a la educación.

Cuando un progenitor retiene, sustrae u oculta a su menor hijo sin el consentimiento del otro y sin tener derecho a ello, violenta no solo el derecho a vivir en familia referido en Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (s.f. Artículo 22), el cual en su segundo párrafo establece que estos no podrán ser separados de las personas que ejerzan la patria potestad o de sus tutores, salvo que medie orden de autoridad competente, de conformidad con lo previsto en las leyes y en cumplimiento al interés superior del menor.

En referencia al párrafo anterior, es de entender que los progenitores “no son autoridades competentes” para determinar quién de los dos es el idóneo para ejercer el derecho de convivencia con el menor en atención a su sano desarrollo.

La conducta de sustracción de menores atenta también contra el derecho de acceso a una vida libre de violencia, a la integridad personal, reconocido en el artículo 46 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

El artículo 47 del mismo ordenamiento establece que los tres órganos de gobierno en sus respectivos ámbitos de competencias están obligados a tomar las medidas necesarias para prevenir, atender y sancionar el abuso físico, psicológico o sexual de los menores.

Es evidente que la conducta de sustracción entre progenitores genera violencia en contra de los menores, pues nadie sería capaz de decir que arrancar de manera impune a un menor de los brazos de su progenitor o progenitora, no constituye un

acto violento para ambas partes y más aún, cuando es sin causa justa y con el único fin de dañar la estabilidad emocional de los sujetos pasivos.

Respecto a este tema, Ruíz Carbonell refiere que:

No debe importar su raza, su color, su sexo, su idioma, su religión, su nacionalidad, sus opiniones políticas o si posee algún tipo de impedimento físico o mental, puesto que lo que realmente importa es el hecho de que toda la ciudadanía conozca y entienda que la infancia es una zona sagrada que se debe respetar, a fin de poder vivir digna y libremente en un Estado social y democrático de derecho, con todas las garantías constitucionales que nos amparan. (Ruíz, 2008).

No podemos seguir creyendo que la fórmula para resolver la violencia es utilizando la misma violencia. Para comprender mejor esta frase, habría que recordar las palabras que una vez mencionó Mahatma Gandhi “el ojo por ojo convertirá una sociedad ciega”.

Respecto al derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo, Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (s.f. Artículo 14), en mención establece que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a que se les preserve la vida, la supervivencia y al desarrollo, y que los tres niveles de gobierno dentro de sus competencias, deberán realizar acciones para asegurar el desarrollo y prevenir las conductas que atenten contra su supervivencia.

Hablar de desarrollo de los menores implica varios aspectos que van desde el desarrollo físico, psicológico e intelectual, cuando un menor es separados de sus progenitores afecta su sano desarrollo dado a que muchos de ellos solo saben que fueron separados del ser que aman, del ser que les da alimento y seguridad, que los protege, los guía y les provee bienestar, creando en ellos alteraciones psicológicas que los lleva a manifestar conductas depresivas, rebeldes y violentas.

A parte de las Leyes Federales, también las Constituciones Locales de los Estados contemplan estos derechos en favor de la niñez y los adolescentes, así la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California (s.f. Artículo 8vo. Fracción 4ta.) establece: “los menores de dieciocho años de edad, tendrán derecho a vivir y crecer en forma saludable y normal en un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental afectivo, moral y social, en el seno de la familia, la escuela, la sociedad y las instituciones”.

De todo lo dispuesto en los párrafos anteriores me nace la siguiente interrogante: ¿De qué sirve que los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes, estén plasmados y reconocidos en nuestras Constituciones, Leyes Federales y Reglamentos Municipales, si no creamos mecanismos jurídicos suficientes que los hagan valer y los protejan?.

## **El principio del interés superior del menor**

El principio del interés superior del menor tiene sus orígenes en los sistemas anglosajones los cuales consideraron resolver los conflictos familiares con este principio, logrando con ello no solo que cumpla su objetivo para lo que fue creado en sus tribunales, sino trascendiendo y evolucionando hasta nuestros días.

La Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes ( s.f. Artículo 12) define el interés superior del menor como:

Derecho, principio y norma de procedimiento dirigido a asegurar el disfrute pleno y efectivo de todos sus derechos, en concordancia con la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en la cual se debe apreciar integralmente: **I.** El reconocimiento de éstos como titulares de derechos; **II.** La opinión de la persona adolescente; **III.** Las condiciones sociales, familiares e individuales de la persona adolescente; **IV.** Los derechos y garantías de la persona adolescente y su

responsabilidad; **V.** El interés público, los derechos de las personas y de la persona adolescente; **VI.** Los efectos o consecuencias que la decisión que se adopte pueda tener en el futuro de la persona adolescente, y **VII.** La colaboración de las partes intervinientes para garantizar su desarrollo integral e integridad personal.

De los párrafos anteriores se desprende que en todo proceso en donde intervenga un niño, una niña o un adolescente, éste tendrá preferencia sobre cualquiera de las otras partes que estén interviniendo, es decir, que la decisión que de ahí se desprenda debe de ser lo más favorable al menor, considerando siempre su opinión, deseos, condiciones sociales y derechos.

En el mismo sentido, el interés superior del menor se encuentra reconocido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (s.f. Artículo 4to) la cual refiere que:

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez. Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

Con la reforma Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (s.f. Artículo 4to Reforma), se reconoció el principio del interés superior del niño, niña y adolescente como una pauta de actuación de los órganos del Estado en favor de la infancia.

Como consecuencia de ello, en febrero del 2012 la Suprema Corte de Justicia de la Nación presentó el Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en

casos que afecten a menores de edad, el cual fue creado bajo dos fundamentos: el primero de ellos tiene que ver con el marco constitucional y la obligación que tiene el Estado con respecto a la protección de los derechos de los niños y el segundo con respecto a las características específicas de la niñez y adolescencia, que nos obliga a verlos como personas distintas a los adultos.

Lo trascendental de este protocolo, es que supone un reconocimiento de la niñez y adolescencia como sujetos de derechos, entre los que se encuentra el derecho al acceso a la justicia que garantice a los niños, niñas y adolescentes la posibilidad de acudir a tribunales en casos de vulneración de sus derechos.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (s.f. Artículo 3ro) dispone que:

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Mientras que la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (s.f. Artículo 11) establece que:

Es deber de la familia, la comunidad a la que pertenecen, del Estado y, en general, de todos los integrantes de la sociedad, el respeto y el auxilio para la protección de derechos de niñas, niños y adolescentes, así como garantizarles un nivel adecuado de vida.

De lo referido en los párrafos anteriores se desprende que el Estado está obligado a salvaguardar los derechos humanos en favor de los niños y adolescentes antes, durante y después del juicio donde se ventilen asuntos que involucren a los menores.

Es muy importante evitar a toda costa que los niños, niñas y adolescentes sean sometidos a procesos jurisdiccionales extremos, sin embargo, cuando no hay muchas opciones, es necesario ponderar que es lo mejor para el menor: someterse una vez o varias veces a una realidad cruel y difícil en tribunales o permitir que sean arrastrarlos durante toda su infancia a maltratos, abusos, violaciones, vejaciones y tantas otras atrocidades que pueden ser objetos cuando son sustraídos retenidos u ocultados por sus propios progenitores que los utilizan como Instrumentos de venganza y chantaje.

En resumen, es obligación del Estado a través del Poder Judicial, tomar en cuenta el derecho de participación de los menores en los procesos judiciales en donde sean partes o se vean afectados en su persona y en sus derechos.

El principio del interés superior, el trato con respeto y sensibilidad, el principio a la no revictimización y el derecho a participar, son algunos de los principios generales que está obligado a observar el Estado a la hora de ventilar asuntos donde haya involucrados niñas, niños y adolescentes.

Para poder llegar a todo esto, es necesario que existan mecanismos que protejan y salvaguarden los derechos y prerrogativas de los menores. Por ejemplo: actualmente la conducta de sustracción, retención y ocultamiento que realiza un progenitor sin causa justa en perjuicio de los derechos de los menores, no se encuentra tipificada como delito en los códigos penales de varios Estados de la república mexicana.

Para que intervenga la fiscalía es necesario estar en presencia de una conducta típica y antijurídica, de no ser así, no veo la posibilidad que puedan intervenir quienes imparten justicia en favor de las niñas, niños y adolescentes.

## Conclusiones

Como consecuencia a lo establecido en los capítulos anteriores, se desprenden una serie de conclusiones, producto de los temas abordados a lo largo de este trabajo de investigación, así como la conclusión final, las cuales se desarrollan de la siguiente manera:

La conducta recurrente en México de sustracción, retención u ocultación de menores que realiza uno de los progenitores sin el consentimiento del otro y sin que haya habido hasta ese momento un convenio o acuerdo judicial que establezca una relación de custodia; constituye una clara afectación al derecho a la supervivencia y al desarrollo, al derecho a vivir en familia, al derecho a vivir en condiciones de bienestar, al derecho a un sano desarrollo integral, al derecho a una vida libre de violencia y al derecho a la educación del menor.

Esta conducta es contraria a lo que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (s.f. Artículo 4to), el cual refiere que los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios; e igualmente resulta violatoria de la fracción cuarta del artículo noveno de la Constitución Política del Estado de Baja California cuando establece que “es obligación de los padres educar, proteger y alimentar a sus hijos, propiciando un ambiente familiar armónico y afectivo, que garantice su desarrollo integral”.

De igual forma, se viola el sentido de protección jurídica que se contiene en el párrafo segundo del artículo catorce de la Constitución, que prevé que “nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

La conducta materia de este trabajo constituye también una inobservancia del Estado mexicano, dado que está incumpliendo con lo establecido en el párrafo noveno del artículo cuarto de nuestra Carta Magna que refiere que en todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos.

A lo largo de este trabajo de investigación, creo haber dejado muy claro que la conducta de sustracción que realiza un progenitor en perjuicio del otro y de los menores sujetos a patria potestad vulnera numerosos derechos. También he hecho referencia a que la conducta de sustracción de delito tipificada en nuestros Códigos Penales aun no es suficiente para proteger y salvaguardar a nuestros niños, niñas y adolescentes.

Por lo tanto, mi propuesta es que dejemos de estar correteando delincuentes, dejemos de estar pensando en penas más duras y en creación de cárceles más seguras. Recordemos que estos delincuentes y vagos, un día fueron niños, recordemos que un día necesitaron de nuestro apoyo, nuestra protección y los ignoramos.

Es tiempo de cambiar todo esto, es momento de que la última ratio entre en defensa y salvaguarda de los derechos de nuestra niñez, es momento de implementar una política criminal a la altura de un Estado Social y Democrático de derecho en donde los niños, niñas y adolescentes disfruten de su infancia en un estado de desarrollo armónico y estable.

## **Propuesta**

En consecuencia de los párrafos anteriores solo queda proponer al Estado la regulación inmediata de la conducta sustracción, retención y ocultamiento no sólo en el Código Penal del Estado de Baja California, sino en los Códigos Penales de Todos los Estados de la República.

Proponer al Estado la implementación de una Política Criminal a la altura de un Estado Social y Democrático de Derecho, que tenga como objetivo la difusión, capacitación y concientización a los progenitores con respecto a protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes en aras del Interés Superior del menor.

Imponer como sanción la privación de la libertad, sin perjuicio de que pudiera ser sustituida por una suspensión provisional de la patria potestad al progenitor culpable mientras es sometido a una terapia psicológica, asesoría jurídica y pláticas para padres.

### **Referencias**

Baqueiro, E. y Buenrostro, R. (2014). Derecho de familia. 2<sup>a</sup>. ed. Oxford.

*Código Civil de Baja California* [Cod.] Art. 410 s.f. (México).

*Código Civil de Baja California* [Cod.] Art. 441 s.f. (México).

*Código Civil de Baja California* [Cod.] Art. 445 s.f. (México).

*Código Penal de Baja California* [Cod.] Art 237 s.f. (México)

*Código Penal de Baja California* [Cod.] Art 237 BIS s.f. (México)

*Código Penal de Baja California* [Cod.] Art 237 TER s.f. (México)

*Código Penal de Oaxaca* [Cod.] Art. 407 2020 (México).

*Código Penal de Oaxaca* [Cod.] Art. 407 BIS 2020 (México).

*Código Penal de Oaxaca* [Cod.] Art. 409 2020 (México).

*Código Penal de Oaxaca* [Cod.] Art. 410 2020 (México).

*Código Penal de Veracruz* [Cod.] Art. 241 s.f. (México).

*Código Penal de Yucatán* [Cod.] Art. 223 s.f. (México).

*Constitución política del Estado de Baja California* [Const.] Art. 8vo. Fracción 4ta. s.f. (México)

*Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos* [Const.] Art. 3ro s.f. (México)

*Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos* [Const.] Art. 4to s.f. (México)

*Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos* [Const.] Art. 4to reforma s.f. (México).

*Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos* [Const.] Art. 16 s.f. (México).

*Ley General de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes* [Ley] Art. 11 s.f. (México).

*Ley General de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes* [Ley] Art. 13 s.f. (México).

*Ley General de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes* [Ley] Art. 14 s.f. (México).

*Ley General de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes* [Ley] Art. 22 s.f. (México).

*Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes* [Ley] Art. 12 s.f. (México).

López, E. (2011). *Introducción al derecho penal*, 16<sup>a</sup>. ed., México, Porrúa.

Muñoz, C. I. (2015). *Derecho Familiar*. México, Oxford.

Rodríguez, S. (2012). *La sustracción internacional de menores por sus propios Padres*. UNAM.

Ruíz, R. (2008). *La violencia familiar y los derechos humanos*, 2<sup>a</sup> ed., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos.