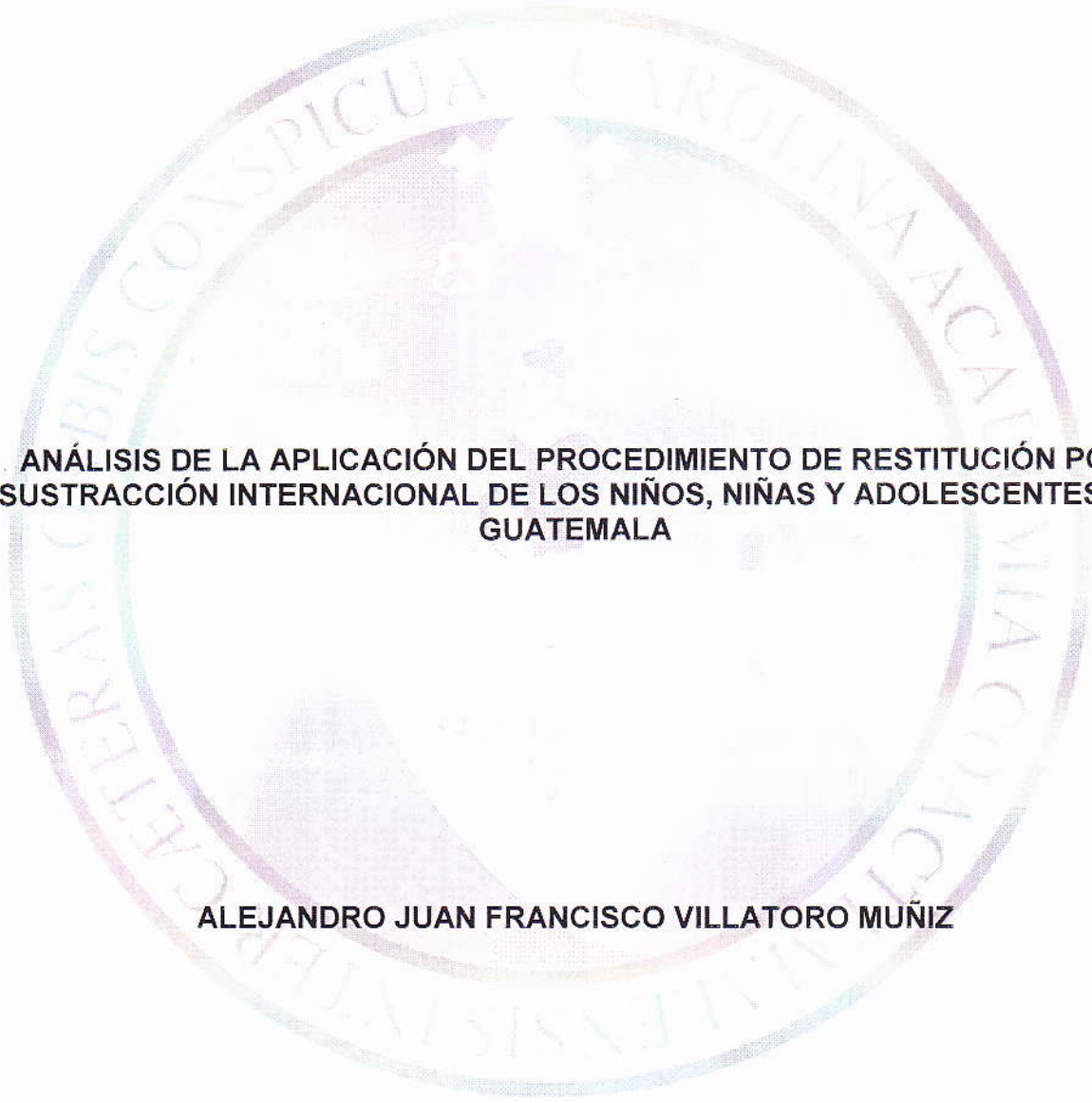


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN POR  
SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN  
GUATEMALA**

**ALEJANDRO JUAN FRANCISCO VILLATORO MUÑIZ**

**GUATEMALA, ABRIL 2013**

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN POR  
SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN  
GUATEMALA**

**TESIS**

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**ALEJANDRO JUAN FRANCISCO VILLATORO MUÑIZ**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

Y los títulos profesionales de

**ABOGADO Y NOTARIO**

Guatemala, abril 2013

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA  
DE LA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
DE LA  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

**DECANO:** Lic. Avidán Ortiz Orellana  
**VOCAL II:** Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi  
**VOCAL III:** Lic. Luis Fernando López Díaz  
**VOCAL IV:** Br. Víctor Andrés Marroquín Mijangos  
**VOCAL V:** Br. Rocael López González  
**SECRETARIA:** Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidente: Lic. Marco Tulio Escobar Herrera  
Vocal: Lic. Pedro Jose Luis Marroquín  
Secretaria: Licda. Mirza Eugenia Irungaray López

**Segunda Fase:**

Presidente: Lic. Carlos Enrique Aguirre Ramos  
Vocal: Lic. Raúl Antonio Castillo Hernández  
Secretario: Lic. Héctor David España Pinetta

**RAZÓN:** “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).





Lic. Luis Efraín Godoy Rivas

Abogado y Notario

Posgrado en Derecho Constitucional

Diagonal 6, 10-65 z.10, Torre Gerencial Las Margaritas, torre I, nivel 12, oficina 1201

PBX. (502) 23273900. Móvil 47695884. luisrgodoyrivas@gmail.com.

Guatemala, 27 de agosto de 2012.

Doctor:

Bonerge Amílcar Mejía Orellana

Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala



Estimado Doctor Mejía Orellana:

En cumplimiento a la designación como Asesor en el trabajo de tesis presentado por el bachiller **Alejandro Juan Francisco Villatoro Muñiz**, intitulado: **ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE RESTITUCIÓN POR SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL EN GUATEMALA**, tengo a bien manifestar lo siguiente:

El tema abordado, investigado y desarrollado por el estudiante cumple con los presupuestos científicos y técnicos de la investigación, estructurando de forma coherente y ordenada, lo referente al pasado y presente del status jurídico del funcionamiento de las instituciones del Estado de Guatemala, aplicando los métodos y técnicas adecuadas, acentuando las coincidencias y diferencias con relación a la prevención y aplicación de la normativa y procedimientos empleados por el Estado de Guatemala y de España, con relación a la restitución de los niños, niñas y adolescentes a su país de origen.

La metodología y técnicas utilizadas en el trabajo son las adecuadas, en virtud que en el caso concreto se realiza el análisis y confirmación de la aplicación a lo interno de una normativa de derecho internacional, y al mismo tiempo se hace un estudio comparativo con la aplicación de la misma normativa en otro país, para lo cual se fundamenta en el método y fines del Derecho Comparado, aplicando además la técnica de la entrevista, la observación, el método inductivo, deductivo y en especial el trabajo de campo, lo cual permite confirmar la tesis planteada, brindando una claridad y visión de la situación actual de Guatemala, en especial sus procedimientos y aplicación a casos concretos utilizando una redacción clara y sencilla.





La Contribución científica de la misma, es de vital importancia para un país que fundamenta su texto constitucional en la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social, sin embargo, en el desarrollo de la tesis se comprueba que no obstante haber transcurrido más de dos décadas de emisión de la Convención y que el Estado de Guatemala la aprobó desde el año 2001, aún es una norma de escasa difusión y que carece de los elementos y procedimientos jurídicos que viabilicen su cumplimiento, de allí la importancia y contribución de la tesis, porque además de dar a conocer un tema que debería ser una prioridad de Estado, está en el cajón del olvido e inclusive se desconoce a nivel profesional, no digamos para los demás estratos sociales del país; siendo por lo tanto un trabajo bien desarrollado, con investigación, aplicando el derecho comparado y realizando un trabajo de campo que permite la comprobación y ante todo la difusión en una forma práctica.

Las conclusiones y recomendaciones, son claras en el sentido que develan no solo las falencias del sistema jurídico guatemalteco, sino también la falta de voluntad del Estado de Guatemala, para dar cumplimiento a un mandato constitucional, el cual incumple en forma continua y permanente un convenio internacional, poniendo en riesgo a los niñas y adolescentes, la credibilidad del país con relación a la protección de la persona humana y los Derechos Humanos en general; es por ello que en el apartado de recomendaciones con buen criterio y claridad se aportan las ideas torales que pueden contribuir al cumplimiento de las obligaciones y compromisos estatales, así como a cubrir las falencias jurídicas que afectan en forma general a las familias guatemaltecas.

Para el desarrollo del presente trabajo se hizo acopio de la bibliografía adecuada, lo que permitió concluir un trabajo que aporta no solo al estudiante y profesional de las Ciencias Jurídicas y Sociales, sino también a quienes son defensores de los Derechos Humanos, así como a los que se dedican a los temas relacionados con la familia en general.

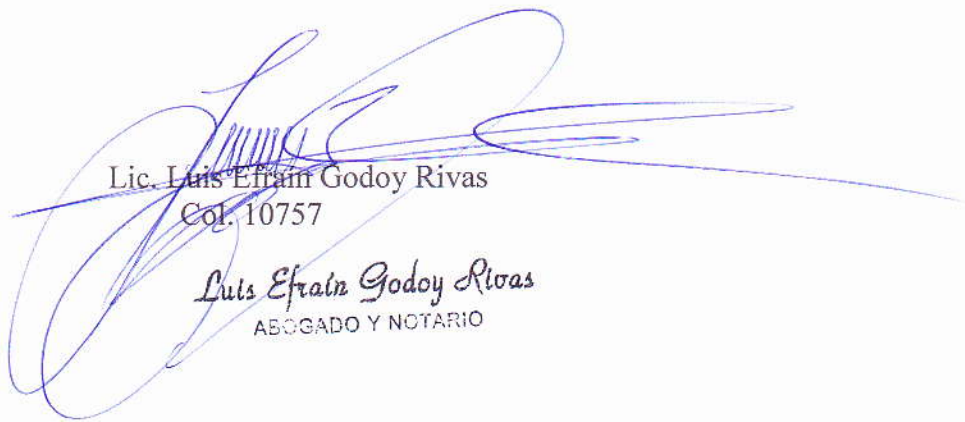
Se sugirió el cambio del título, en virtud que el título original denominado **“ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN POR SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL EN GUATEMALA”**, carecía del SUJETO U OBJETO, relacionado con la sustracción, de tal suerte que a vista de cualquier persona, el título podría referirse indistintamente a bienes muebles u otra clasificación, lo cual dejaba a la imaginación a que tipo de sustracción se refería la tesis. Es por ello que se sugiere la modificación del título de la investigación así: **“ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN POR SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN GUATEMALA”**.



Por lo anteriormente expuesto, se emite dictamen favorable, al considerar que el trabajo desarrollado por el Bachiller Villatoro Muñiz, cumple con lo dispuesto en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de nuestra casa de estudios, así como con los requisitos académicos para ser aceptado y discutido eventualmente en el examen público de tesis. Rogándole considerar como válidas las variaciones efectuadas, especialmente las referidas al bosquejo preliminar de temas y al título de investigación propuesto.

Con muestras de mi más alta consideración, me suscribo.

Atentamente.



Lic. Luis Efraín Godoy Rivas  
Col. 10757

*Luis Efraín Godoy Rivas*  
ABOGADO Y NOTARIO



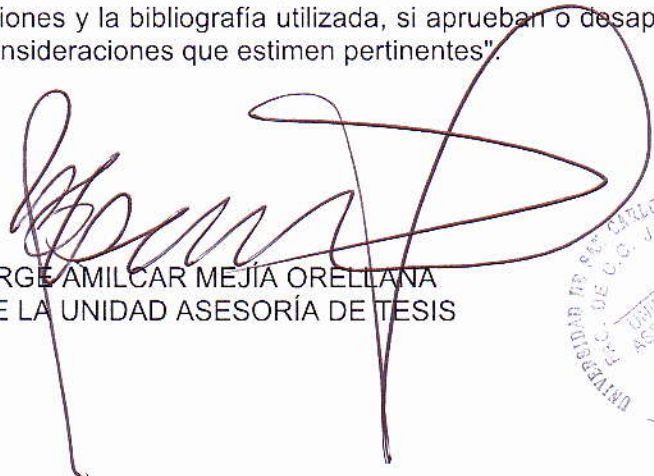


FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES  
Ciudad Universitaria, zona 12  
GUATEMALA, C.A.

UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.  
Guatemala, 13 de septiembre de 2012.

Atentamente, pase al LICENCIADO JOSÉ ROBERTO BENAVIDES LÓPEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del estudiante ALEJANDRO JUAN FRANCISCO VILLATORO MUÑIZ, intitulado: "ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN POR SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN GUATEMALA".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título del trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual establece: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

  
BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA  
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis  
BAMO/iyf.







LIC. JOSÉ ROBERTO BENAVIDES LÓPEZ  
COLEGIADO 4,731  
6ta calle 59-76, zona 18 Pinares del Norte  
TELÉFONO: 5601-5749

Doctor:  
Bonerge Amílcar Mejía Orellana  
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Su despacho:



Licenciado Mejía Orellana:

Como revisor del trabajo de Tesis del Bachiller **ALEJANDRO JUAN FRANCISCO VILLATORO MUÑIZ**, intitulado: **“Análisis de la aplicación del procedimiento de restitución por sustracción internacional de los niños, niñas y adolescentes en Guatemala”**, hago de su conocimiento lo siguiente:

- a) El sustentante realizó un análisis de la doctrina y legislación internacional, relacionada con el fenómeno de la Sustracción Parental Internacional de Menores, aportando criterios de vasta relevancia a efecto de dar el tratamiento adecuado que merece este problema social y familiar, puntualizando en cuanto a su definición, supuestos de la sustracción parental internacional de menores, elementos principales que lo configuran, y desde luego los procedimientos que debiesen de ser incoados en la actual práctica guatemalteca.
- b) La redacción tiende a satisfacer todos los estándares y requerimientos para un trabajo de esta naturaleza, puesto que ostenta de una estructura lógica, fundamentada y apropiada al nivel técnico y académico.
- c) En el desarrollo y preparación del trabajo de tesis, el sustentante utilizó métodos de investigación diversos, como lo son los métodos analítico, sintético, inductivo, deductivo, y comparativo; asimismo utilizó variedad de técnicas de investigación, siendo éstas la investigación bibliográfica, la entrevista estructurada y no estructurada y los registros anecdóticos.
- d) El trabajo de tesis desarrollado por el sustentante, es de significativa contribución científica, en el sentido que el sustentante ha establecido los aciertos y los desaciertos de la legislación guatemalteca, proponiendo un adecuado procedimiento de restitución que efectivamente cumpla con los fines y el objeto del Convenio analizado.
- e) La bibliografía empleada por el sustentante es la recomendada, la cual aporta al trabajo de tesis, información actualizada, lo que le permitió arribar a concretas conclusiones y subsecuentes recomendaciones, que eventualmente pueden constituirse como causas legales y acciones encaminadas a que el Estado de Guatemala cumpla con la obligación adquirida internacionalmente .

En mi calidad de revisor del trabajo de tesis, me permito hacer la observación que lo anterior hizo amena y grata esta labor, contando siempre con la mayor disposición del sustentante para atender todas las sugerencias, observaciones y recomendaciones que como revisor le propuse y que, gracias al

LIC. JOSÉ ROBERTO BENAVIDES LÓPEZ  
COLEGIADO 4,731  
6ta calle 59-76, zona 18 Pinares del Norte  
TELÉFONO: 5601-5749

---



alto grado de conocimientos en la materia y jurídicos en general, pudo seguir de forma puntual. Todo ello, me permite extender **DICTAMEN FAVORABLE** al presente trabajo de tesis, a efecto de dar continuidad con el procedimiento de mérito y al final, la correspondiente evaluación por el Tribunal Examinador en el acto de Examen Público de Tesis, que le permita optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, otorgado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Atentamente,



Lic. José Roberto Benavides López.

Revisor.

Colegiado 4731.

*Lic. José Roberto Benavides L.*  
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES  
Ciudad Universitaria, zona 12  
GUATEMALA, C.A.

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 22 de febrero de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante ALEJANDRO JUAN FRANCISCO VILLATORO MUÑIZ, titulado ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN POR SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/iyr.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'BAMO/iyr.'.

Lic. Avidán Ortiz Orellana  
DECANO

A large, stylized handwritten signature in black ink, crossing over the printed name and title.



A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Rosario'.





## DEDICATORIA

**AL ETERNO DIALÉCTICO  
DIVINO DIOS:**

Por brindarme la vida e iluminarme siempre.

**A MI MADRE:**

Mi rotunda y eterna gratitud por haberme formado humanamente y orientarme incondicionalmente en todos los aspectos de la vida.

**A MIS HERMANOS:**

Por creer en mí y brindarme siempre su ayuda incondicional.

**A MIS AMIGOS:**

Por acompañarme durante estos años de estudio y hacer más gratos los días de universidad.

**AL LIC. RAFAEL GODÍNEZ:**

Por abrirme las puertas en tan honorable y distinguida jornada matutina, logrando formarme ética y profesionalmente.

**A LOS PROFESIONALES:**

Luis Efraín Godoy, José Roberto Benavides, Rosario Gil, Sofía Ríos y Manuel Guerrero Coronado, por todo su apoyo y orientación.



**A LA FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA:**

Por permitirme ser egresado de la misma.

**AL PUEBLO DE GUATEMALA:**

Por contribuir al sostenimiento de la Universidad.



## ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

### CAPÍTULO I

1.La sustracción internacional de menores.....	1
1.1. Definición de sustracción.....	1
1.1.2. Definición de menor.....	2
1.2. Clases de sustracción.....	4
1.3. Descripción del fenómeno de la sustracción internacional de menores.....	8
1.4. Elementos que configuran la sustracción internacional de menores.....	12
1.5. Causas y efectos de la sustracción parental internacional de menores.....	13

### CAPÍTULO II

2. Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado y el Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores...	15
2.1. La Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado.....	15
2.2. Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.....	20
2.3. Principios rectores del Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.....	25
2.4. Decreto del Congreso de la República de Guatemala que aprueba el Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.....	32
2.5. Autoridad central de Guatemala en materia de implementación del Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.....	35



### CAPÍTULO III

3. Legislación comparada en materia de mecanismos legales y procedimientos de restitución por sustracción internacional de menores en España.....	41
3.1. Introducción al derecho comparado.....	41
3.1.1. Definición de derecho comparado.....	42
3.1.2. Clases de derecho comparado.....	44
3.1.3. Método del derecho comparado.....	45
3.1.4. Fines del derecho comparado.....	46
3.2. Modelos de implementación y mecanismos legales en los procedimientos de restitución por sustracción internacional de menores en España.....	49
3.2.1. Normativa internacional.....	51
3.2.2. Normativa comunitaria.....	53
3.2.3. Normativa ordinaria española.....	55
3.3. Procedimiento de restitución de menores que ejecuta España.....	61

### CAPÍTULO IV

4. Procedimiento de restitución de niños, niñas y adolescentes en Guatemala.....	69
4.1. Procedimiento de restitución establecido en el Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.....	69
4.2. Procedimiento de restitución implementado actualmente por la autoridad central del Estado de Guatemala.....	74
4.3. Propuesta de procedimiento de restitución de menores.....	81
<b>CONCLUSIONES</b> .....	87
<b>RECOMENDACIONES</b> .....	89
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	91



## INTRODUCCIÓN

En un mundo globalizado, cada día es más frecuente la migración de personas foráneas a determinados países con el objeto de buscar oportunidades o comenzar una nueva vida, que en la mayoría de los casos, conlleva la necesidad de buscar una pareja y eventualmente unirse en matrimonio y procrear hijos.

Para efectos de la sustracción parental internacional, ante un conflicto conyugal el padre o la madre desean retornar al país de su nacimiento o donde tenía su anterior domicilio, llevándose consigo a los hijos menores de edad bajo una irregular tenencia.

Ante este flagelo, la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, creó un convenio que hace frente a este tipo de situaciones, que tiene por objeto la restitución de un niño, niña y/o adolescente, al lugar en donde el menor de edad tenía su residencia habitual y centro de vida.

El presente trabajo de tesis, se hace en virtud de que importa al sustentante, los niños, niñas y adolescentes que se ven en una situación de riesgo, emanada de los fracasos *matrimoniales entre personas de diversas nacionalidades, así como las consecuencias* que de los mismos puedan derivarse.

La interrogante del presente trabajo de tesis es la siguiente: ¿El Estado de Guatemala, se encuentra en las condiciones requeridas internacionalmente para dar cumplimiento al objeto que el Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores establece?

El sustentante comprobó la hipótesis de que actualmente el Estado de Guatemala no se encuentra en las condiciones requeridas internacionalmente para cumplir a cabalidad con la obligación contraída cada vez que el Estado de Guatemala es requerido por otro estado parte, para efectuar la restitución de un niño, niña y/o adolescente que se encuentre sustraído o retenido de manera ilícita en territorio guatemalteco.





Adicionalmente se han alcanzado los objetivos del presente trabajo de tesis estableciendo los antecedentes facticos y jurídicos para sustentar la investigación de la problemática planteada, se dan a conocer las funciones de los sujetos implicados en los procedimientos de restitución, se exponen las principales circunstancias que hacen incurrir en demora, retardo e ineficacia a los procedimientos de sustracción internacional en Guatemala, y se plantean propuestas, recomendaciones y conclusiones legales para solventar la problemática planteada.

En el capítulo uno, se establece una inducción del fenómeno de la sustracción parental internacional de menores; en el capítulo dos, se hace una aproximación a la comunidad internacional frente a este fenómeno, creando un convenio para el efecto y como este hecho incidió en Guatemala; en el capítulo tres, se esboza una comparación jurídica en cuanto a modelos de implementación y mecanismos legales para el tratamiento del fenómeno de la sustracción parental internacional y los respectivos procedimientos de restitución; y en el capítulo cuatro, se exponen los defectos y virtudes del Estado de Guatemala en cuanto a la gestión de los procedimientos de restitución de niños, niñas y adolescentes sustraídos o retenidos de forma ilícita en suelo guatemalteco.

Los métodos empleados fueron: el analítico, sintético, inductivo, deductivo y comparativo. Las técnicas fueron: la investigación bibliográfica, la entrevista estructurada y no estructurada, y los registros anecdóticos.

En ese orden de ideas, el sustentante pretende poner en relieve la necesidad de contar con una norma jurídica ordinaria de aplicación al Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional, a efecto de establecer los mecanismos y cauces legales que permitan llevar a cabo efectivos y eficaces procedimientos de restitución de niños, niñas y adolescentes que son sustraídos o retenidos de manera ilícita dentro del territorio guatemalteco.





## CAPÍTULO I

### 1. La sustracción internacional de menores

#### 1.1. Definición de sustracción

Se define a la sustracción como: “La acción y efecto de sustraer o sustraerse, es decir apartar, separar o extraer abruptamente una determinada cosa”.<sup>1</sup>

También se contempla otra acepción de la palabra sustracción como: “La acción y efecto de hurtar o robar una determinada cosa de forma fraudulenta”.<sup>2</sup>

Otra definición consiste en: “La acción y efecto de separarse de algo a lo que se está obligado”.<sup>3</sup>

Para los efectos del presente trabajo de tesis, considero que la primera acepción de sustracción es la que más se ajusta en cuanto a la sustracción parental internacional de menores se refiere, ya que atañe más al hecho de separación en forma abrupta de un menor, sin su consentimiento o el de un tercero con derecho, impidiendo con esto que se relacione con el otro progenitor con el cual convivía en su respectiva residencia habitual; apartándole también de su entorno socio cultural.

---

<sup>1</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 2001, <http://lema.rae.es/drae/val?=-sustraccion> (12 de marzo de 2012).

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *Enciclopedia jurídica Omeba*, Tomo XIII, 1991, <http://www.omeba.com/voces.php?buscar=sustraccion &contenga=todas&en=voz&materia=Todas> (12 de marzo de 2012).



### 1.1.2. Definición de menor

Se define al menor como: “El que no ha cumplido aún la edad fijada en la ley para gozar de la plena capacidad jurídica, reconocida con la mayoría de edad”.<sup>4</sup>

“Menor es toda persona que no ha alcanzado la edad necesaria para gozar plenamente de sus derechos civiles”.<sup>5</sup>

Para efectos de la legislación guatemalteca, se considera menor a todo niño, niña o adolescente que no ha cumplido los dieciocho (18) años de edad, y que necesariamente adquiere derechos y cumple sus obligaciones por medio de su respectivo representante legal, sean estos sus progenitores, un tutor o una entidad de abrigo, que ejerce sobre el mismo la guarda y custodia.

Cabe precisar que los niños, niñas y adolescentes no ostentan la capacidad de ejercicio, pues como se estableció, esta se adquiere al cumplir la mayoría de edad; sin embargo si ostentan la capacidad de goce, la cual le es inherente a toda persona humana para gozar de derechos que contribuyen a una formación digna e integral desde su concepción.

Según la Convención Sobre los Derechos del Niño, estipula que dentro de los principales derechos de los niños figuran:

---

<sup>4</sup> Ossorio, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Pág. 461.

<sup>5</sup> Cabanellas, Guillermo, *Diccionario jurídico universitario*, tomo dos, segunda edición, pág.142.



- Derecho intrínseco a la vida, regulado en el Artículo 6.
- Derecho a un nombre y a adquirir una nacionalidad, regulado en el Artículo 7.
- Derecho a conocer a sus progenitores, regulado en el Artículo 7.
- Derecho a preservar su identidad, regulado en el Artículo 8.
- Derecho a protección contra traslados y retenciones ilícitas en el extranjero, regulado en el Artículo 11.
- Derecho a expresar su opinión de forma libre en todos los asuntos que le afecten, regulado en el Artículo 12.
- Derecho a la libertad de expresión, regulado en el Artículo 13.
- Derecho a la libertad de conciencia y religión, regulado en el Artículo 14.
- Derecho a la libertad de celebrar reuniones pacíficas, regulado en el Artículo 15.
- Derecho a ser adoptado cuando el interés superior del niño sea la consideración primordial, regulado en el Artículo 21.
- Derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales, regulado en el Artículo 23.
- Derecho a la salud, regulado en el Artículo 24.
- Derecho a la educación, regulado en el Artículo 28.
- Derecho al descanso, al juego y actividades recreativas, regulado en el Artículo 31.
- Derecho a la protección contra cualquier tipo de explotación económica, regulado en el Artículo 32.

Para efectos del Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional, se considera menor, a todo niño, niña o adolescente que no ha cumplido





los dieciséis (16) años de edad. El Artículo 4 del convenio precisa que el mismo dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de dieciséis años.

Al respecto la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, estableció en la redacción del Convenio, la edad de dieciséis (16) años, tomando en consideración que un menor que ha cumplido dieciséis (16) años de edad, tiene un grado de madurez y discernimiento más desarrollado que le permite impedir u obstaculizar este tipo de situaciones, ya sea de engaño o de forzamiento.

## **1.2. Clases de sustracción**

El Código Penal Guatemalteco, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, en el título cuarto, relativo a los delitos contra la libertad y la seguridad de la persona, capítulo tercero; preceptúa tres tipos penales para la sustracción de menores siendo los siguientes:

### 1). Sustracción propia:

Artículo 209. Quien sustrajere a un menor de doce años de edad o a un incapaz del poder de sus padres, tutor o persona encargada del mismo y el que lo retuviere contra la voluntad de éstos, será sancionado con prisión de uno a tres años.

La misma pena se aplicará si el menor tuviere más de doce años de edad y no mediare consentimiento de su parte. La pena a imponer será de seis meses a dos años, si el menor de más de doce años de edad hubiere prestado consentimiento.





2). Sustracción impropia:

Artículo 210. Quien hallándose encargado de la persona de un menor, no lo presentare a sus padres o guardadores, ni diere razón satisfactoria de su desaparición, será sancionado con prisión de uno a tres años.

3). Sustracción agravada:

Artículo 211. En caso de desaparición del sustraído, si los responsables no probaren el paradero de la víctima o que su muerte o desaparición se debió a causas ajenas a la sustracción, serán sancionados con prisión de seis a doce años. Sin embargo, si la persona sustraída fuere encontrada la pena se reducirá en la forma que corresponde mediante recurso de revisión.

4). Sustracción parental internacional de Menores:

Tiene su fundamento en la Ley 23, Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, adoptado por la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado en su décima cuarta sesión del veinticinco de octubre de mil novecientos ochenta.

Se define a la sustracción parental internacional de menores como: "La retención o no devolución del menor a su lugar de residencia habitual tras el desplazamiento a otro estado, inicialmente ilícito del menor, por parte de uno de sus progenitores".<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Santander Ortíz, Ana Inés, **Sustracción internacional de menores/traslado ilegal de menores**, 21 de Octubre de 2010, <http://www.grupoevos.com/revistajuridicaespana/articulos/sustraccion-internacional-menores.htm>. (13 de Marzo de 2012)

La sustracción parental internacional de menores conforme lo estipulado en el convenio que la rige, aplica a todo menor de 16 años que haya tenido su residencia habitual en un estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita, es decir, antes de que se produzca el traslado o retención ilícita.

De una manera sencilla, puede definirse como el traslado de un menor de un país a otro, a través de las fronteras, vulnerando o impidiendo los legítimos derechos de custodia y/o visita.

Cabe resaltar que existen tres marcadas diferencias en cuanto a estas clases de sustracción. La primera de ellas se conforma atendiendo a la persona que realiza la sustracción, debido a que en las sustracciones tipificadas como ilícitos penales, el agente o sujeto activo que las lleva a cabo, es un tercero, es decir no es perfeccionada por alguno de los progenitores del menor; mientras que en el caso de una sustracción parental internacional, como su nombre lo indica, ésta es llevada a cabo por uno de los progenitores del menor, o bien, por un pariente de uno de los progenitores.

La segunda diferencia esta delineada por el ámbito material de aplicación. En el caso de las sustracciones tipificadas en el Código Penal Guatemalteco, son meramente ilícitos penales con una consecuente sanción y responsabilidad de tipo penal; sin embargo toda persona responsable penalmente, también lo es civilmente, de conformidad con el Artículo número 112 del Código Penal Guatemalteco, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala; mientras que en el caso de la sustracción parental internacional de menores, ésta se produce dentro del ámbito del derecho internacional privado, comprendiendo los aspectos civiles del derecho de





familia, de esa cuenta no es susceptible de una responsabilidad penal pues la sustracción parental internacional de menores no está tipificada como un delito dentro del Código Penal Guatemalteco, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

La tercera diferencia radica en el ámbito espacial de aplicación, ya que para la existencia y configuración de una sustracción parental internacional de menores, es necesario que el menor sea trasladado a otro estado distinto del que habitualmente vive o reside el menor, alejándolo completamente de su residencia habitual, es decir del lugar en donde el menor tenía su centro de vida.

Algunos autores se refieren a la sustracción parental internacional de menores como secuestro parental de menores, lo cual resulta impreciso y anti técnico tipificar este delito como un secuestro, pues con el secuestro lo que se busca es obtener un lucro, canje o recompensa monetaria por la persona secuestrada; mientras que en la sustracción parental internacional lo que se busca es alejar transfronterizamente al menor de forma permanente o temporal del otro progenitor, sin ánimo de restituirlo al lugar en donde el menor tenía su centro de vida; vulnerando los derechos de custodia y/o visita.

Hoy en día, en algunas legislaciones del mundo; el fenómeno de la sustracción parental de menores, se ha tipificado como un delito comprendido dentro de la ley penal que rige internamente a un determinado estado, como por ejemplo el caso de España. Esta



tipificación será abordada más adelante, en el capítulo tercero del presente trabajo de tesis, atinente a la legislación comparada.

### **1.3. Descripción del fenómeno de la sustracción internacional de menores**

La globalización es un fenómeno complejo consistente en la libre circulación mundial de factores productivos, de la información, de los modelos sociales y culturales. La globalización tiene una naturaleza plural y repercute en multitud de ámbitos. De esa cuenta, no debe de considerársele únicamente como un fenómeno aisladamente económico, en virtud de que la globalización es también un fenómeno social: sus causas o elementos constitutivos no son sólo económicos y sus efectos tampoco son exclusivamente económicos.

Desde el punto de vista del secuestro internacional de menores, la globalización altera la base social sobre la que opera el derecho internacional privado. Dicho cambio sustancial de las situaciones privadas internacionales supone que la globalización es el estadio más elevado de la internacionalización de la vida de las personas.

Hoy en día la facilidad y celeridad del transporte internacional independiente, facilita el traslado de las personas, resultando normal la existencia de matrimonios entre cónyuges de diversas culturas, domicilios de origen lejano, así como la migración hacia otros países en búsqueda de mejores condiciones de vida.

Ante un conflicto matrimonial, el padre o la madre desean retornar al país de su nacimiento o donde tenía su anterior domicilio, llevándose consigo a los menores de

edad bajo su tenencia (custodia de hecho). El desconocimiento de ese traslado por parte del otro cónyuge o su oposición configuran el fenómeno de la sustracción internacional de menores de edad, aunado con la búsqueda posterior de jurisdicciones que permitan consolidar situaciones jurídicas irregulares con referencia a la custodia de menores de edad.

La sustracción parental internacional de menores, como apunté anteriormente; se define como la retención o no devolución del menor a su lugar de residencia habitual tras el desplazamiento a otro estado, inicialmente ilícito del menor, por parte de uno de sus progenitores. Se aplica a todo menor de dieciséis (16) años que haya tenido su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita, es decir, antes de que se produzca el traslado o retención ilícita.

Para precisar un mejor alcance de la sustracción parental internacional de menores, citaré otra definición a continuación: “La sustracción parental, también llamada abducción parental, abducción familiar, es una clase particular de sustracción donde un menor de edad es separado abruptamente y sin consentimiento de su sitio habitual de vida por uno de los padres (u otra persona que actúa por mandato de uno de los padres), alejándolo en forma permanente o transitoria del otro progenitor, sin ánimo de restituirlo a la situación primitiva”.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Enciclopedia Virtual Wikipedia, **El secuestro parental**, [es.wikipedia.org/wiki/secuestro\\_parental](https://es.wikipedia.org/wiki/secuestro_parental) (13 de marzo de 2012).



Para una mejor comprensión de la descripción del fenómeno de la sustracción parental internacional de menores es pertinente establecer que la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional, precisa los dos supuestos para considerar ilícito el traslado o retención de un menor; lo cual ha quedado estipulado en su Artículo tercero de la siguiente forma:

El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:

- a) 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; y
- b) 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.

El Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional, no precisa una definición de lo que debe entenderse por residencia habitual y se ha planteado en el seno de la Conferencia de la Haya, las diversas interpretaciones que este principio tiene según las legislaciones de cada estado.

Sin embargo, se ha consensuado la interpretación generalizada, de que se entiende por residencia habitual, el lugar en donde la familia tenía su centro de vida permanente.





Se ha definido a la residencia habitual como:

“El lugar donde el menor tenía su centro de vida, no se refiere ni al domicilio ni a la nacionalidad del niño”.<sup>8</sup>

Esto implica entonces que en el contexto del Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional, al momento de reclamar una restitución de un menor, no se tomará en cuenta la nacionalidad del niño, ni el domicilio; sino el entorno social y cultural al cual el menor se había adecuando con sus dos progenitores durante el transcurso de su vida, el cual no le puede ser arrebatado de forma abrupta por parte de uno de sus progenitores, pues esto no solo tiene implicaciones legales, sino psicológicas para el menor, lo cual es a todas luces opuesto al principio del interés superior del niño.

La residencia habitual del menor, como el lugar en donde el menor tenía su centro de vida previo a la sustracción parental internacional, opera entonces como un factor de imprescindible observancia al momento de analizar un determinado caso de sustracción parental internacional.

---

<sup>8</sup> Santander Ortíz, **Ob. Cit.**, (13 de Marzo de 2012).

#### **1.4. Elementos que configuran la sustracción internacional de menores**

Para analizar los elementos que configuran la sustracción parental internacional de menores, procedo a esbozar el fenómeno de forma semántica para un mejor análisis del mismo.

I.) Sujeto activo: en este caso se requiere forzosamente que el agente activo de una sustracción internacional, sea uno de los progenitores del menor.

II.) Acción o verbo rector: la sustracción, retención o no devolución del menor a su lugar de residencia habitual tras el desplazamiento a otro estado.

III.) Circunstancias: bajo el desconocimiento del otro progenitor y/o ante la negativa del mismo.

IV.) Objeto: el objeto de una sustracción parental internacional es alejar al menor de forma permanente o transitoria del otro progenitor, sin ánimo de restituirlo a su residencia habitual.

V.) Sujeto pasivo: el sujeto pasivo de este fenómeno lo constituye el otro progenitor del menor, sea el padre o la madre; así como el menor de dieciséis años, quien es objeto de la sustracción.

VI.) Bien jurídico vulnerado: en principio los derechos que se vulneran al otro progenitor son los derechos de custodia y/o visita; mientras que en cuanto al menor se vulnera el interés superior del niño, así como su correspondiente libertad, la seguridad personal y correspondientemente el orden familiar.

VII.) Elemento general: ante el conflicto conyugal, este fenómeno se caracteriza por ser empleado con dolo por parte del otro conyugue para lograr los fines deseados.

### **1.5. Causas y efectos de la sustracción parental internacional de menores**

Con la ruptura de pareja, entendida ésta como una crisis que atraviesan los conyugues, en la que puede darse ya sea la separación o el divorcio, como experiencias relativamente frecuentes en nuestra sociedad, surge la preocupación por las consecuencias que puede ocasionar para los hijos e hijas las decisiones de los progenitores.

La separación entre los progenitores no debe conllevar la separación del niño de uno de ellos. El fenómeno de la sustracción parental internacional de menores ocasiona un grave perjuicio para el niño, comprometiendo su grado de desarrollo e ignorando sus respectivas necesidades.

Dentro de los elementos causales que más favorecen la proliferación de las sustracciones internacionales encontramos:

- Los movimientos migratorios.
- Los avances tecnológicos en el mundo de las comunicaciones.
- El elevado número de turistas que el Estado de Guatemala recibe.
- El aumento de matrimonios o uniones de hecho entre nacionales con extranjeros.
- El divorcio o la separación de conyugues de distintas nacionalidades; siendo ésta la principal causa.

Es evidente que ante la realización de una sustracción parental internacional de menores, se llega a poner en riesgo la salud física y psíquica del menor, constituyendo incluso una situación de maltrato.





Dentro de los efectos e incidencias más frecuentes encontramos:

-Rechazo: implica actos verbales o no verbales de los padres que rechazan o degradan al niño.

El rechazo que experimenta un menor que es sustraído por su progenitor, le produce trastornos que son determinantes en su bienestar y su conducta.

-Aterrorizar: se refiere a situaciones en las que se amenaza al menor, con un determinado castigo con el propósito de crear en él un miedo intenso. En los casos de sustracción, la privación de toda interacción con el otro progenitor y con su medio ambiente, incrementa en el menor los sentimientos de miedo, desconfianza, y angustia, configurándose una dependencia afectiva del menor con el progenitor que lo sustrajo. Esto aproxima a la configuración de una especie de Síndrome de Estocolmo.

-Aislamiento: Se refiere a negar al menor su derecho de relacionarse e interactuar con el otro progenitor.

-Violencia domestica: se producen de manera permanente situaciones de violencia verbal y/o física entre los padres en presencia del menor. Esto genera en el menor el hecho de presentar problemas externos de conducta, ansiedad, depresión y una menor adaptabilidad social. La sustracción se convierte de esta cuenta, en una de las modalidades más graves de violencia intrafamiliar.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Arbulo Rufrancos, Begoña, **Psicopatología clínica, legal y forense**, Págs. 121 y 122.



## CAPÍTULO II

### **2. Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado y el Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores**

#### **2.1. La Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado**

La Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, de conformidad con el Artículo primero del Estatuto de la Conferencia es una organización interestatal de carácter permanente que tiene por objeto trabajar en la unificación progresiva de las normas de derecho internacional privado de los estados miembros.

La unificación de dichas normas de derecho internacional privado se plasman y concretan a través de convenios internacionales que se elaboran en las diferentes sesiones de la Conferencia de la Haya.

Como es de mi conocimiento, el derecho internacional privado, tiene por objeto pronunciarse al respecto de los conflictos de jurisdicción o conflictos de ley aplicable y por ende determinar quien tiene competencia para conocer del conflicto, así como la ley aplicable al caso concreto que se precisa dirimir entre dos o más estados involucrados. Es por ello que la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, como su estatuto lo precisa en el Artículo primero, trabaja en la unificación progresiva de las normas de derecho internacional privado, para así facilitar y aportar las soluciones más sencillas y efectivas a los casos concretos, sean estos del estado



civil y capacidad de las personas, los bienes, los derechos reales, la forma de los actos, así como las cuestiones litigiosas de derecho de familia y de las sucesiones en particular.

Los orígenes de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado se sitúan en la segunda mitad del siglo XIX. El internacionalismo imperante llevó a un amplio sector de la doctrina a la creencia de que la unificación del derecho internacional privado era realizable. En este marco, el jurista holandés Johan Asser planteó al gobierno de su país en 1891, la necesidad de reunir en la Haya una conferencia con la intención de llevar a cabo la codificación internacional del derecho de los conflictos de leyes.

La primera reunión se celebró en la Haya, durante septiembre de 1893 y en ella estuvieron representados Alemania, Austria, Hungría, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Italia, Luxemburgo, los Países Bajos, Portugal, Rumania, Rusia y Suiza. Posteriormente de la Segunda Guerra Mundial, en 1951, vuelven a reunirse los representantes de los Estados en la Haya y es entonces cuando la Conferencia se dota de un Estatuto que entró en vigor el 15 de julio de 1955.

Por lo que respecta a su composición, la Conferencia de la Haya inició su andadura con un marcado carácter regional europeo, pues se puede evidenciar que los primeros países en formar parte de la conferencia, fueron meramente estados europeos, esto no solo debido a la proximidad de Holanda Meridional con los países nórdicos y el resto de países del continente europeo, sino también porque tales países eran afines a los problemas que un conflicto de jurisdicción o de leyes podía generarles; sin embargo en





la actualidad, su ámbito ha pasado a ser de carácter universal y en su seno, se reúnen delegaciones de países de tradiciones jurídicas muy diversas.

Actualmente los estados que son miembros de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado son: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bielorrusia, Bélgica, Bosnia, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chile, China, Chipre, Croacia, Dinamarca, Estados Unidos, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, Israel, Islandia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, México, Mónaco, Holanda, Noruega, Nueva Zelanda, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña, Irlanda del Norte, Republica Checa, Macedonia, Rumania, Serbia, Montenegro, Sudáfrica, Sri Lanka, Suecia, Suiza, Turquía, Uruguay y Venezuela. Por otro lado, ubicamos a los Estados que a pesar de no ser miembros de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, han suscrito convenios emanados de la Conferencia con otros Estados Miembros, siendo estos: Bahamas, Belice, Burkina, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Fiji, Guatemala, Honduras, Mauritania, Republica de Moldavia, Nicaragua, Saint Kitts y Nevis, Santo Domingo, Tailandia, Trinidad y Tobago, Turkmenistán, Uzbekistán y Zimbabue.<sup>10</sup>

La Conferencia de la Haya ha contribuido al desarrollo del derecho internacional privado, no solo a través de los convenios internacionales que se elaboran en su seno,

---

<sup>10</sup> Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, **Estados Miembros y Estados Contratantes No Miembros**, 2011, [http://www.hcch.net/index\\_es.php?act=states.details&sid=97](http://www.hcch.net/index_es.php?act=states.details&sid=97) (24 de Marzo de 2012)



sino también a través de la aplicación extensiva de los mismos y de la influencia ejercida sobre la doctrina, la legislación y la jurisprudencia. Concretamente para el Estado de Guatemala, la aceptación, ratificación y entrada en vigor de los convenios de la Conferencia de la Haya ha constituido un importante factor de modernización del sistema de derecho internacional privado, tanto desde el punto de vista de las técnicas de reglamentación utilizadas como desde las líneas de evolución de la disciplina.

Al respecto cabe mencionar, que si bien el Estado de Guatemala no se ha adherido de forma directa a la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado; si lo ha efectuado de manera indirecta al ratificar ciertas convenciones de la Conferencia de la Haya con otros Estados, es decir que el Estado de Guatemala no es miembro de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, pues para ello, necesariamente tendría que aceptar el Estatuto de la Conferencia e integrarse como tal; sin embargo si es un estado contratante no miembro, pues ha ratificado convenios que se han creado en el seno de la Conferencia de la Haya, y en consecuencia obligándose de forma *pacta sunt servanda*.

Puntualmente el Estado de Guatemala se ha adherido a dos convenios de la Conferencia de la Haya, mismos que se encuentran actualmente en vigor. Tales convenios son: El Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional y el Convenio de 25 de octubre de 1980 Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, siendo éste el último, el convenio que me interesa para el presente trabajo de investigación.





Por último procedo a enunciar los convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado que han recibido un mayor número de ratificaciones por parte de los estados, sean miembros o no de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado.

Tales convenios son los que se ocupan de tópicos de vasta relevancia tales como:

-La supresión de la exigencia de legalización (Apostilla); la notificación y el traslado de documentos; la obtención de pruebas en el extranjero; el acceso a la justicia; la sustracción internacional de niños; la adopción internacional; los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias; las obligaciones alimenticias; y el reconocimiento de los divorcios.<sup>11</sup>

Tal y como enfatiqué anteriormente, de éstos convenios de la Conferencia de la Haya, el Estado de Guatemala ha aceptado y ratificado dos; siendo uno de ellos el Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, del cual me ocuparé a continuación, describiendo los ejes medulares de su funcionamiento.

---

<sup>11</sup> Enciclopedia Jurídica Biz14, Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, 2009, <http://enciclopedia-juridca.biz14.com/d/conferencia-de-la-haya-de-derecho-internacional-privado/htm>. (24 de marzo de 2012).





## **2.2. Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores**

El Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, fue creado el 25 de octubre de 1980, en el seno de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado; es un instrumento normativo de carácter internacional y multilateral. Tiene como objetivo la protección de los niños, niñas y adolescentes menores de 16 años que se hallan en una situación de riesgo, emanada de los fracasos matrimoniales; que busca paliar los efectos perjudiciales de la sustracción internacional y/o retención ilícita, estableciendo un procedimiento expedito para conseguir la pronta restitución de los niños, niñas y adolescentes que sean objeto de una sustracción parental internacional.

El Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, incorpora un sistema de cooperación entre autoridades centrales para llevar a cabo su cometido. A estas autoridades se les encomienda la realización de una serie de tareas entre las cuales podemos mencionar: suministros de formularios tipo, localizar al niño, niña o adolescente, adoptar medidas provisionales con el objeto de que el niño, niña o adolescente no sufra mayores daños, incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo para conseguir la pronta restitución del niño, niña o adolescente, etc.

Ante los potenciales casos de sustracción parental internacional de niños, niñas y adolescentes, el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores es claro y demanda que todos los estados firmantes deben de ordenar la



pronta restitución de un niño dentro de un periodo de seis semanas. La solicitud para la restitución del niño tiene que ser realizada dentro del periodo de un año a la autoridad central del país donde el niño fue sustraído; de otra manera la solicitud podría ser rechazada. Se considera de suma importancia cómo era la situación antes de que se produjere la sustracción y si el niño tenía su lugar de residencia habitual en el país de donde fue sustraído.

Por medio del procedimiento de restitución establecido en el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, la autoridad judicial de un país extranjero puede ordenar al solicitante que obtenga una certificación o una decisión judicial en el estado de la residencia habitual del niño que acredite que el traslado o retención del niño fue de carácter ilícita, sustentando con esto su respectiva petición.

Haciendo un análisis al cuerpo normativo del convenio, logro precisar los ejes medulares de su funcionamiento.

Primordialmente establezco el objeto y la finalidad del convenio que me interesa; siendo el objeto del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: asegurar la restitución inmediata de los niños, niñas y adolescentes trasladados o retenidos ilícitamente en cualquiera de los países contratantes; y que los derechos de custodia y de visita que se encuentren vigentes en dichos países, sean respetados en los demás estados contratantes.





Es decir que tiende a restablecer la situación anterior al traslado o retención ilícita, mediante la *restitución inmediata del niño a su residencia habitual*, impidiendo que los individuos unilateralmente puedan cambiar la jurisdicción a su criterio para obtener una decisión judicial que los favorezca.

La finalidad primordial del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores es el interés superior del niño, que conforme al espíritu de ese instrumento consiste en la pronta restitución del niño a su residencia habitual.

En cuanto al ámbito de aplicación del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, éste preceptúa que se aplicará cuando se haya producido el traslado ilícito de un niño del país en donde tenía su residencia habitual a un segundo estado parte. En relación al concepto de traslado ilícito, tiene lugar cuando el traslado se haya 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 país en donde el niño tenía su residencia habitual antes del traslado o retención.

Puede desprenderse que el ámbito personal se extiende a todo niño, niña y/o adolescente menor de 16 años que haya tenido su residencia habitual en un estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita, es decir, antes de que se produzca el traslado o retención ilícita.

En cuanto al ámbito espacial de aplicación, la norma convencional es aplicada cuando un niño con residencia habitual en un estado parte del Convenio sobre los Aspectos





Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, es trasladado de forma ilícita a un segundo estado parte. La aplicación de la norma convencional resulta entonces únicamente entre estados partes de la misma, designando cada uno de los cuales, a una correspondiente autoridad central para su efectiva y eficiente implementación y aplicación.

En cuanto al procedimiento de restitución establecido en el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional, a grandes rasgos puedo indicar que el peticionante inicia el procedimiento llenando un formulario tipo que es suministrado por la autoridad central correspondiente, sin que sea necesario para ello un procedimiento judicial previo. Dicha petición será remitida a la autoridad central del país donde ha sido trasladado o retenido el niño. Ese formulario tipo es utilizado por todos los estados firmantes y contiene todos los datos necesarios para identificar al niño, a la persona que lo trasladó o retuvo ilegalmente y poner en conocimiento de la situación a la autoridad central requerida. La petición está exenta de legalizaciones.

El Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional es reiterativo en cuanto a la celeridad con que las autoridades centrales deben gestionar los procedimientos de restitución, siendo el factor tiempo un elemento de vital importancia para la gestión de estos procedimientos, pues con esto lo que se busca es evitar el arraigo del niño en el país al cual fue trasladado o retenido. Precisamente por ello es que el Artículo onceavo de la convención establece que si la autoridad judicial o administrativa no toma una decisión en el plazo de seis semanas, se podrán pedir explicaciones sobre las razones de la demora como un mecanismo de control.

Al respecto de la celeridad, ciertos autores establecen lo siguiente:

“Los trámites administrativos consignados en el Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional, son sumamente sencillos lo que garantiza la efectividad de la solicitud de restitución de un menor retenido o trasladado de forma ilícita, ya que para esto, está el Artículo 11, en el que se da el derecho de solicitar una declaración sobre las razones de la demora al estado requerido por parte del requirente, después de seis semanas sin haber informado nada”.<sup>12</sup>

“En estos procedimientos, llama la atención de las autoridades competentes sobre el carácter decisivo del factor tiempo en las situaciones consideradas y fija el plazo máximo que debería tardarse en adoptar una resolución al respecto”.<sup>13</sup>

Tal y como apuntan los anteriores autores, considero que el factor tiempo juega un papel esencial en cuanto a la ejecución del procedimiento de restitución de un niño, niña o adolescente que ha sido objeto de una sustracción parental internacional, y considero esto por dos motivos: el primero debido a que ante una actuación célere y eficiente de un proceso de restitución de la autoridad central, se evitan las posibilidades de que el progenitor que lo ha sustraído inicie procesos administrativos y legales a efecto de querer consolidar una situación jurídica irregular, al amparo de las normas *jurídicas del estado en donde se haya trasladado al niño, niña o adolescente.*

---

<sup>12</sup> Elizabeth Harmelin Ruiz, *Análisis de un caso concreto sobre guarda y custodia de menores, sus consecuencias legales y posible aplicación del Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional*, Pag.30. Tesis de Grado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, USAC 1996.

<sup>13</sup> Pérez Vera, Elisa, *Informe explicativo de la sustracción internacional de menores*, Pag.63.





El segundo porque si se demora tanto el peticionante en hacer la solicitud y la autoridad central en actuar, puede invocarse y probarse posteriormente que el niño, niña o adolescente ha quedado adaptado a su nuevo entorno, es decir su nueva residencia habitual, o bien, recabarse la opinión del niño, niña o adolescente de querer permanecer éste en su nuevo entorno. Esto haría que la petición de restitución fuese declarada sin lugar.

El Convenio de la Haya de los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional, se limita a establecer un cumulo de normas que tiendan a la pronta restitución de un niño que ha sido trasladado o retenido ilícitamente en otro estado; de esa cuenta no es alusivo al fondo del asunto, es decir al pronunciamiento de los derechos de custodia y/o visita; de tal forma que un Juez entiende que en la restitución tiene expresamente prohibido decidir sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia. Una vez ordenada la restitución por el juez del estado de refugio, las cuestiones de fondo deben ser ventiladas ante el juez del lugar de la residencia habitual del niño, niña y/o adolescente.

### **2.3. Principios rectores del Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores**

El Convenio de la Haya de los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, como todo cuerpo normativo, se fundamenta en una serie de principios que le rigen y le son útiles para su correcta, eficaz y eficiente implementación.



De forma breve establezco que un principio consiste en una noción básica o fundamental, que actúa como línea directriz o lineamiento general que inspira la creación de las normas jurídicas, orienta la interpretación de las normas jurídicas, así como la correspondiente integración y aplicación de las mismas.

De esa cuenta, puedo precisar que un principio engloba tres funciones medulares, siendo las siguientes:

- a). Función informativa: Los principios constituyen una fuente de inspiración para el legislador, en cuanto a la creación de determinadas normas o cuerpos jurídicos.
- b). Función interpretativa o exegética: atañen a esta función los principios que son empleados cada vez que se precisa descubrir el sentido o el significado de las palabras de una norma jurídica.
- c). Función normativa: atañen a esta función los principios que se emplean para la integración y aplicación de las normas jurídicas, obedeciendo siempre a un determinado fin o valor esencial del ordenamiento jurídico.

En ese contexto, es preciso dilucidar cuales son los principios que rigen al Convenio de la Haya, relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, los cuales expongo a continuación:

El principio aplicable por excelencia es el Principio del Interés Superior del Niño. Este principio se pone de manifiesto en el preámbulo de la Convención de la Haya relativa a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, el cual regula que los estados signatarios de dicho convenio, se encuentran profundamente convencidos de



que los intereses del menor son de importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia; deseosos de proteger al menor en el plano internacional de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita, y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor a un estado en que tenga su residencia habitual, así como asegurar la protección del derecho de visita; resolviendo para tal efecto concluir un convenio.

Al respecto de la tutela de los intereses de los niños, niñas y adolescentes: “Durante más de un siglo la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, ha sido pionera en el desarrollo de sistemas de cooperación internacional tanto a nivel administrativo como judicial para proteger los intereses de los menores en situaciones de carácter transfronterizo”.<sup>14</sup>

El Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional es claro en establecer desde un inicio que los intereses de los niños, niñas y adolescentes son los que prevalecen para todas las cuestiones relativas a su custodia, y que en el marco del citado convenio, este principio debe de tenerse siempre muy en cuenta para la resolución de todos los problemas que puedan afectarle a un niño, niña y/o adolescente.

El Principio del Interés Superior del Niño, opera como un mecanismo de control para la correcta y armónica aplicación del convenio; es decir que se configura como una línea

---

<sup>14</sup> Revista Jurídica de Castilla y León. **La sustracción internacional de menores**, Pág. 32.

interpretativa a la luz de la cual la autoridad responsable ha de tomar la decisión más adecuada para el niño. Este se entiende como un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible.

El autor Miguel Cillero plantea que la noción de interés superior es una garantía en el sentido que; "Los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los vulneren".<sup>15</sup>

Así éste autor considera que esta noción supera dos posiciones extremas: el autoritarismo o abuso del poder que ocurre cuando se toman decisiones referidas a los niños y niñas, por un lado, y el paternalismo de las autoridades por otro.

Para el citado autor el concepto del interés superior del niño tendría por lo menos algunas de las siguientes funciones:

-Ayudar a que las interpretaciones jurídicas reconozcan el carácter integral de los derechos del niño y la niña.

-Obligar a que las políticas públicas den prioridad a los derechos de la niñez.

-Permitir que los derechos de la niñez prevalezcan sobre otros intereses, sobre todo si entran en conflicto con aquellos.

---

<sup>15</sup> Sauri, Gerardo, *Propuesta de Ley de Niños, Niñas y Adolescentes*, Pág.36





-Orientar a que tanto los padres como el estado en general, en sus funciones que les son relativas, tengan como objeto la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos y que sus facultades se encuentran limitadas, justamente, por esta función u objetivo.

Así, el interés superior del niño o niña indica que las sociedades y gobiernos deben de realizar el máximo esfuerzo posible para construir condiciones favorables a fin de que éstos puedan vivir y desplegar todas sus potencialidades. Esto lleva implícita la obligación de que, independientemente a las coyunturas políticas, sociales y económicas, deben asignarse todos los recursos posibles para garantizar este desarrollo.

La noción del interés superior del niño o niña significa por otro lado, que el crecimiento de las sociedades depende en gran medida de la capacidad de desarrollar a quiénes actualmente se encuentran en esta etapa de la vida de la humanidad.<sup>16</sup>

Otro de los principios que informa y fundamenta al Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores es el Principio de Celeridad e Inmediatez. Este principio puede inferirse de una lectura a los Artículos dos, siete y once del convenio.

El Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional es reiterativo en cuanto a la rapidez, prioridad y urgencia en que deben de ser gestionados los procedimientos de restitución de niños, niñas y adolescentes , a tal punto que si una

---

<sup>16</sup> *Ibid.*, Pág.37 y 38.



autoridad judicial o administrativa competente no hubiere tomado una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el solicitante o la autoridad central del estado requirente tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora; esto conforme al Artículo décimo primero del convenio.

Este principio se encuentra estrechamente ligado con el Principio del Interés Superior del Niño, en tanto que su observación implica el diligenciamiento de un procedimiento expeditivo que tiende a minimizar cualquier perturbación o desorientación causada al niño, niña o adolescente sustraído, así como los perjuicios causados al niño por el hecho de su separación, reduce la perturbación que para el niño puede resultar cuando se ordene su retorno luego de un periodo prolongado en el extranjero y lo más importante, evita a toda costa que el sustractor obtenga una ventaja de algún tipo; o en el peor de los escenarios, una tutela judicial irregular por el solo hecho del transcurso del tiempo.

El Principio de Restitución, lo encuentro plasmado en el Artículo uno del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional, precisando como finalidad del convenio, el garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier estado contratante.

No obstante lo anterior, el Principio de Restitución presenta ciertas excepciones que se encuentran detalladas en el Artículo décimo tercero del convenio, siendo dichas excepciones las siguientes:



- a). El ejercicio no efectivo del derecho de custodia por parte del solicitante de la restitución en el momento del traslado o retención ilícitas;
- b). Consentimiento o aceptación del traslado o retención por parte de quien en el momento de producirse el mismo, estaba al cuidado del niño;
- c). Cuando exista grave riesgo de que la restitución exponga al menor a un peligro físico o psíquico o que de cualquier manera lo ponga en una situación intolerable;
- d) Cuando el menor que haya logrado una edad y grado de madurez apropiado para tener en cuenta su opinión se oponga a su restitución.

Cabe resaltar que en los que casos en que la persona requerida invoque una excepción de las establecidas en el Convenio, o bien, se oponga a la restitución del niño, le corresponderá a ésta la carga de la prueba.

*Asimismo, podrá denegarse la restitución cuando no lo permitan los principios fundamentales del estado requerido en materia de protección de derechos humanos y de libertades fundamentales, esto conforme al Artículo vigésimo del convenio, o cuando quede demostrado que el niño ha quedado integrado a su nuevo medio, de conformidad con el Artículo décimo segundo, párrafo segundo del Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.*





## **2.4. Decreto del Congreso de la Republica de Guatemala que aprueba el Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores**

El día diez de agosto del año dos mil uno, fue publicado en el Diario Oficial de Centro América, el Decreto 24-2001 del Congreso de la República de Guatemala, por medio del cual se aprobó el Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, en calidad de urgencia nacional y en un solo debate con el voto favorable de más de las dos terceras partes de la totalidad de diputados al Congreso de la República; ordenándose su entrada en vigor el mismo día de su publicación integra en el Diario Oficial de Centro América.

Dicho Decreto legislativo está compuesto de tres considerandos y dos artículos, íntegramente así:

Considerando:

Que Guatemala normará sus relaciones con otros estados, de conformidad con los principios, reglas y buenas prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos, al *fortalecimiento de los procesos democráticos e instituciones internacionales* que garanticen el beneficio mutuo y equitativo entre los estados.

Considerando:

Que el Estado de Guatemala mantendrá relaciones de amistad, solidaridad y cooperación con aquellos estados, cuyo desarrollo económico, social y cultural sea análogo al de Guatemala, con el propósito de encontrar soluciones apropiadas a sus



problemas comunes y de formular conjuntamente políticas tendientes al progreso de las naciones respectivas.

Considerando:

Que el Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores tiene como finalidad garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita en cualquier estado contratante, así como guardar que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los estados contratantes se respeten en los demás.

Por tanto:

En el ejercicio de las atribuciones que le confiere el Artículo 171 literales a y b de la Constitución Política de la República de Guatemala,

Decreta:

Artículo 1. Se aprueba el Convenio de la Haya Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, adoptada el veinticinco de octubre de mil novecientos ochenta por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado.

Artículo 2. El presente Decreto fue declarado de urgencia nacional con el voto favorable de más de las dos terceras partes del número total de diputados que integran el Congreso de la República de Guatemala; aprobado en un solo debate y entrará en vigencia el día de su publicación en el diario oficial.

Pase al Organismo Ejecutivo para su sanción, promulgación y publicación.



Dado en el Palacio del Organismo Legislativo en la Ciudad de Guatemala a los dieciséis días del mes de julio del año dos mil uno.

Siendo éste el Decreto del Congreso de la República de Guatemala que aprueba el Convenio de la Haya Relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; considero que hubiese sido idóneo que el Congreso de la República de Guatemala con posterioridad hubiere emitido una ley ordinaria de aplicación al convenio, a efecto de facilitar la organización y gestión de los procedimientos de restitución, así como conferir poderes especiales y delimitar las respectivas obligaciones y atribuciones de la autoridad central, y demás autoridades administrativas y judiciales implicadas en los procedimientos de restitución de niños, niñas y adolescentes; todo esto con el fin de dar cumplimiento fiel al objeto que establece el Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional. Sin embargo, pecando de optimista considero de trascendental importancia el hecho que Guatemala se haya adherido al convenio, en virtud de que cada año se producen las adhesiones de nuevos estados y con esto se logra en Guatemala prevenir situaciones de riesgo para los niños, niñas y/o adolescentes como lo son: los traslados o retenciones ilícitas, velando con ello por el respeto de los derechos de custodia y de visita, contribuyendo, a atenuar las ya proliferadas crisis familiares.





## **2.5. Autoridad central de Guatemala en materia de implementación del Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores**

El Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional, establece que cada estado parte, deberá designar a una autoridad central en su país, y establecer los mecanismos legales y procedimentales correspondientes a efecto de darle cumplimiento a las obligaciones y funciones que les asigna el Artículo séptimo de la convención.

Una autoridad central consiste en una entidad de un estado parte, que ha sido designada, creada y establecida para llevar a cabo una serie de acciones encaminadas a la buena práctica y gestión de los procedimientos de restitución de niños, niñas y adolescentes por sustracción parental internacional, cuya finalidad esencial es velar por el interés superior del niño.

La mayoría de los estados contratantes designa una oficina o una estructura administrativa única para actuar en calidad de autoridad central para la totalidad del estado. La autoridad central debería ser designada en el momento de la ratificación o de la adhesión al convenio y establecida y lista para enviar y recibir peticiones en el momento de la entrada en vigor del convenio para el estado contratante. Si el estado contratante es un estado federal, un estado con más de un sistema de derecho, o un estado con organizaciones territoriales autonómicas, es libre de designar a más de una



autoridad central y de indicar correspondientemente la extensión territorial de sus poderes, es decir su respectiva competencia.

Al tenor del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional, específicamente conforme al Artículo séptimo, estipula que las autoridades centrales deberán colaborar entre sí y promover la colaboración entre las autoridades competentes en sus respectivos estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los niños, niñas y adolescentes.

Adicionalmente, el citado artículo detalla las respectivas obligaciones que ostenta una Autoridad Central, siendo dichas obligaciones las que cito a continuación:

- a). Localizar al menor trasladado o retenido ilícitamente;
- b). Prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptaran o harán que se adopten medidas provisionales;
- c). Garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable;
- d). Intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente;
- e). Facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del convenio;
- f). Incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita;
- g). Conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado;



- h). Garantizar desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado;
- i). Mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del presente convenio y eliminar, en la medida de lo posible los obstáculos que puedan oponerse a dicha aplicación.

Es menester establecer también una serie de funciones que se encuentran implícitas en el convenio y que también deben de ser desarrolladas por las autoridades centrales a efecto de lograr su cometido. Tales funciones son: recibir y transmitir las peticiones, solicitar informaciones, actuar tras la recepción de una determinada petición, rechazar una petición, facilitar la representación legal, proteger y tutelar al niño, niña y adolescente, asegurar procedimientos expeditivos y asegurar la ejecución de una decisión.

En Guatemala la autoridad central es la Procuraduría General de la Nación, que fue designada por el Presidente de la República de Guatemala por medio del Acuerdo Gubernativo 488-2001 de fecha 5 de diciembre de 2001, entidad que es la responsable de la ejecución de las acciones emanadas del referido convenio.

Dentro del marco jurídico guatemalteco, ubicamos a la Procuraduría General de la Nación, en el Artículo 252 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en el cual se le asignan las funciones de asesoría y consultoría de los órganos y entidades del estado.





Para efectos de la niñez y la adolescencia ubicamos a la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, Decreto número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala, misma que en su Artículo número 108, le asigna a la Procuraduría General de la Nación, las atribuciones de:

- a). Representar legalmente a los niños, niñas y adolescentes que carecieren de ella;
- b). Dirigir, de oficio o a requerimiento de parte o del juez competente, la investigación de los casos de niños, niñas y adolescentes amenazados o violados en sus derechos; interviniendo de forma activa en los procesos judiciales de protección. Para el efecto, deberá tener, como mínimo, un Procurador de la Niñez y Adolescencia, en la jurisdicción de cada Juzgado de la Niñez y Adolescencia;
- c). Presentar la denuncia, ante el Ministerio Público, de los casos de niños, niñas o adolescentes que han sido víctimas de delito y que carezcan de representante legal, apersonándose en el proceso penal para la defensa de los intereses de estos; y
- d). Evacuar audiencias y emitir opinión jurídica en todos los procesos judiciales, notariales y administrativos que la ley señala, haciendo valer los derechos y garantías que la Constitución Política de la República de Guatemala, tratados y convenios internacionales, aceptados y ratificados por Guatemala, y esta ley, reconocen a la niñez y adolescencia.

Hoy en día la Procuraduría General de la Nación, asume la gran responsabilidad de ser la autoridad central en Guatemala para la aplicación del Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de tal forma que el



éxito o fracaso de los procedimientos de restitución de niños, niñas o adolescentes que formule o le formulen a Guatemala, está en manos de esta alta institución del estado.

Es por ello que reitero la necesidad de modernizar la legislación nacional, a efecto de adecuarla a las necesidades emergentes del siglo veintiuno e implementar una normativa ordinaria de aplicación al convenio que en el presente trabajo de tesis me interesa.

Al respecto de modernizar y armonizar la legislación guatemalteca agregamos:

“Existe una serie de convenciones internacionales en materia de derecho de familia que ha ratificado Guatemala y que afectan el fondo de algunas normas del Código Civil. Sin embargo, dichas normas no se han ajustado a la normativa internacional que ya es ley en el país y que de esa forma no tendrá manera de viabilizar su aplicación.”<sup>17</sup>

“La designación, la creación y el establecimiento de una autoridad central necesitará de un normativo de aplicación de algún tipo. Según el sistema interno de cada país contratante, esto podrá realizarse por medio de legislación o mediante un proceso puramente administrativo”.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> Pérez, Telma Judith, El derecho de familia frente a la Constitución Política de la República, Pág.1.

<sup>18</sup> Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Pág. 16.







## CAPÍTULO III

### 3. Legislación comparada en materia de mecanismos legales y procedimientos de restitución por sustracción internacional de menores en España

#### 3.1. Introducción al derecho comparado

En el presente trabajo de tesis es preciso hacer una introducción al derecho comparado en virtud de la importancia del mismo para lograr un mejor entendimiento y retroalimentación a nivel internacional del tema que me interesa; así como eventualmente la aportación de mecanismos y soluciones jurídicas de fondo a un determinado problema social que se constituye como común denominador entre dos o más estados.

Es necesario precisar que: "El derecho comparado no es una rama del derecho sino que consiste en la aplicación de un método de investigación del derecho al cual se le denomina método comparativo, que lo que importa es determinar la semejanza y diferencia de los distintos sistemas jurídicos; sin embargo, una minoría de juristas señalan que el derecho comparado si constituye una rama del derecho".<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Sarfatti, Mario, *Introducción al estudio del derecho comparado*, Pág. 9.



### 3.1.1. Definición de derecho comparado

Existen diversas definiciones de derecho comparado, por lo que respecto del mismo citaré las definiciones de cinco autores que se han destacado por dedicarse a cultivar el estudio del derecho comparado. Tales definiciones a continuación:

“El derecho comparado es la disciplina que se propone, por medio de la investigación analítica, crítica y comparativa de las legislaciones vigentes, descubrir los principios fundamentales y el fin de las instituciones jurídicas y coordinarlos en un sistema positivo actual”.<sup>20</sup>

“El derecho comparado consiste en la comparación científica de sistemas jurídicos distintos o de un aspecto de los mismos y de las causas que los han producido y los efectos que han resultado en los medios sociales respectivos”.<sup>21</sup>

“El derecho comparado tiene como objeto la confrontación de los sistemas jurídicos de diversos países, para determinar lo que hay de común y diferencial entre ellos y determinar sus causas”.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> Martínez Paz, *El derecho comparado como Dogmática Jurídica*, pág. 27.

<sup>21</sup> Solá de Cañizares, *Tratado de derecho comparado*, pág. 18.

<sup>22</sup> Ayasta Gonzales, Julio, *El derecho comparado y Los sistemas jurídicos contemporáneos*, pág. 11.

“El derecho comparado es la rama de la ciencia general del derecho que tiene como objeto el examen sistematizado del derecho positivo vigente en los diversos países, ya con el carácter general o en alguna de sus instituciones, para establecer analogías y diferencias”.<sup>23</sup>

“Como su nombre lo indica, esta disciplina consiste en el estudio comparativo de instituciones o sistemas jurídicos de diversos lugares o épocas, con el fin de determinar las notas comunes y las diferencias que entre ellos existen, y derivar de tal examen conclusiones sobre la evolución de tales instituciones o sistemas y criterios para su perfeccionamiento y reforma”.<sup>24</sup>

De las anteriores definiciones aportadas por jurisconsultos dedicados a la materia, procedo a integrar y aportar una definición de lo que constituye para mí el derecho comparado, siendo éste: un método de investigación aplicado a la ciencia del derecho, que consiste en el estudio y análisis comparativo de la legislación, principios, instituciones, doctrina y jurisprudencia entre dos o más estados, con el fin de extraer las principales analogías y diferencias entre cada uno de ellos.

---

<sup>23</sup> Cabanellas, Guillermo, *El dumping, legislación Argentina y derecho comparado*, pág. 166.

<sup>24</sup> García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, pág. 23.



### 3.1.2. Clases de derecho comparado

Según las finalidades que se persigan, se señala la existencia de tres clases de comparación jurídica a continuación:

- a). "Derecho comparado de tipo descriptivo, mismo que se refiere al análisis y consecuente descripción de las variantes que se puedan encontrar entre los sistemas jurídicos de dos o más países;
- b). Derecho comparado de tipo aplicado, mismo que va más allá de la mera obtención de información del derecho extranjero y su utilidad puede ser tanto teórica como practica. El derecho comparado Aplicado puede referirse a la implementación de reformas jurídicas, así como a la unificación de derechos distintos;
- c). Derecho comparado de tipo abstracto o especulativo, también denominado derecho comparado puro y utiliza la comparación para ensanchar la suma total de los conocimientos jurídicos".<sup>25</sup>

Según el ámbito espacial de comparación; la comparación jurídica puede efectuarse simplemente de dos clases, siendo éstas:

- a). "La comparación jurídico interna, consiste en comparar el derecho de un mismo Estado en momentos y contextos diferentes"; así como por ejemplo: el estudio comparativo de la Constitución Política de la República de Guatemala de 1945, con la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985.

---

<sup>25</sup> Gutteridge H.C, *An introduction to the comparative method of legal study and research*, pág. 39.



b). La comparación jurídica externa, consiste en comparar el derecho de dos o más diferentes estados<sup>26</sup>; así como por ejemplo: el estudio comparativo del Código Civil Guatemalteco de 1964, con el Código Civil Francés de 1804.

En el presente trabajo de tesis, efectúo una comparación jurídica de tipo externa, pues comparo y analizo el derecho de dos estados diferentes para la implementación y ejecución del Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; destacando y poniendo en relieve los procedimientos de restitución que actualmente cada uno de estos estados desarrolla.

### **3.1.3. Método del derecho comparado**

Para llevar a cabo una investigación existen diversos métodos a los cuales se les denomina métodos de investigación, entre los cuales puedo citar por ejemplo: el método inductivo, deductivo, de análisis y de síntesis (que son los métodos de investigación más conocidos por parte de los investigadores, ya que son considerados como métodos generales de investigación, es decir, que no sólo son utilizados en el estudio del campo del derecho, sino que también son implementados en otras ciencias sociales), pero también existen otros métodos de investigación propios del derecho entre los cuales puedo citar el método histórico, el método exegético o interpretativo, el método sistemático, el método sociológico y también existe el método comparativo al cual me referiré a continuación.

---

<sup>26</sup> David, René, *Los Grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, pág. 22.



“El método comparativo en el estudio del derecho es el que se apoya en la exposición de las diferencias entre las diversas normas e instituciones jurídicas, para apreciar su coherencia o precisar sus peculiaridades”.<sup>27</sup>

El método comparativo consiste para éste autor en el estudio de sistemas jurídicos o de familias jurídicas o de sistemas jurídicos de estados diferentes, o del mismo estado para poder determinar sus semejanzas y diferencias, así como las causas de tales semejanzas y diferencias.<sup>28</sup>

En tal sentido se puede afirmar que el método comparativo es por excelencia el método de investigación utilizado por los comparatistas o comparativistas.

#### **3.1.4. Fines del derecho comparado**

Para precisar cuáles son los fines del derecho comparado, es decir establecer cuáles son los propósitos de dicha comparación, citaré seguidamente a dos jurisconsultos quienes han esbozado en la materia.

“Los juristas comparatistas o comparativistas, generalmente discuten los fines del derecho comparativo en un contexto muy diferente, sin embargo, se refieren a ellos como las razones o los fundamentos del derecho comparado. Los cuatro tipos más comunes de fundamentación se refieren:

---

<sup>27</sup> Cabanellas, *Ob. Cit*; pág. 179.

<sup>28</sup> Cabanellas, *Ob. Cit*; pág. 180.



- a). Al uso del derecho comparado como un medio de unificación internacional del derecho;
- b). A la utilidad del derecho comparado para una mejor promulgación y administración del derecho nacional;
- c). Al valor que tiene el estudio del derecho comparado como una forma de enriquecimiento y des provincialización de la enseñanza jurídica; y
- d). Al derecho comparado como un instrumento en la edificación de una ciencia jurídica”.<sup>29</sup>

Otro criterio, señala que los fines del derecho comparado son esencialmente tres, mismos que se detallan a continuación:

- a). “Unificación del derecho, sobre todo en materia comercial, a través de la *lex mercatoria* en el comercio internacional, se habla de unificación jurídica y también de armonización.
- b). Entendimiento internacional, en virtud que nos hace comprender la razón de ser de las normas en los distintos estados, por lo cual es necesario precisar que los diplomáticos sean formados en derecho comparado, de lo contrario sería compleja la aplicación de las convenciones internacionales entre los diferentes sujetos del derecho internacional.

---

<sup>29</sup> Merryman, John Henry, Fines, objeto y método del derecho comparado, pág. 19.



c). Un mejor conocimiento del derecho nacional, es decir, que utilizando el método comparativo se puede estudiar con mayor detalle los defectos legislativos y los aciertos legislativos”.<sup>30</sup>

Considero que estos últimos tres fines del derecho comparado, son los que mejor se ajustan a la problemática planteada en la presente investigación; pues se busca unificar el derecho por medio de un convenio de derecho internacional privado que establezca los principios y normas jurídicas para la solución a un determinado problema existente en dos o más estados. Se busca lograr un entendimiento internacional, porque todos los estados partes de este convenio deben establecer los mecanismos legales para que su gestión se traduzca en una buena práctica en función del interés superior del niño y de esa forma cumplir con los requerimientos internacionales. Y por último se busca llegar a un mejor conocimiento del derecho nacional, pues podemos evidenciar las virtudes y los defectos de la legislación nacional ante el fenómeno de la sustracción parental internacional y la forma en que se desarrollan los procedimientos de restitución de los niños, niñas y adolescentes.

---

<sup>30</sup> David, *Ob. Cit.*, pág. 54.

### **3.2. Modelos de implementación y mecanismos legales en los procedimientos de restitución por sustracción internacional de menores en España**

Seguidamente de una introducción al derecho comparado en el presente trabajo de tesis, me permito hacer referencia a los modelos de implementación y mecanismos legales que ha efectuado la legislación de España a efecto de coadyuvar la gestión de los procedimientos de restitución por sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes.

Es preciso hacer referencia al modelo Español, pues éste reviste la reputación de ser un modelo que ostenta de una buena práctica a nivel internacional en cuanto a la ejecución del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

De forma breve establecemos que el Estado de España para abordar, prevenir y mitigar la problemática de la sustracción parental internacional de niños, niñas y adolescentes, cuenta con un cumulo de legislación aplicable al fenómeno que en el trabajo de tesis interesa.

Dentro de la normativa internacional cuenta con:

- El Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de fecha veinticinco de octubre de mil novecientos ochenta.
- El Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos Sobre Asistencia Judicial, Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia de





Derecho de Custodia y Derecho de Visita y Devolución de Menores, de fecha treinta de mayo de mil novecientos noventa y siete.

Dentro de la normativa comunitaria cuenta con:

- El Convenio del Consejo de Europa de Luxemburgo, de fecha veinticinco de mayo de mil novecientos ochenta.
- El Reglamento número 1347/2000 del Consejo de Europa, de fecha veintinueve de mayo del año dos mil.
- El Reglamento número 2201/2003 del Consejo de Europa, de fecha veintisiete de noviembre del año dos mil tres.

Dentro de la normativa ordinaria española:

- La Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica al Menor, que reforma al Código Civil Español en su Artículo número ciento tres; y en su Artículo número ciento cincuenta y ocho respectivamente.
- La Ley Orgánica 9/2002, que reforma al Código Penal, en cuanto a que se añade un nuevo párrafo al Artículo número doscientos veinticuatro y se adiciona el Artículo número doscientos veinticinco bis.
- Normas procesales, aplicándose del Artículo número mil novecientos uno al Artículo número mil novecientos nueve.

Hago la aclaración que actualmente el Estado de Guatemala, para hacer frente al problema de la sustracción parental internacional de menores, únicamente cuenta con



el Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y con la Ley del Sistema de Alerta Alba Kenneth, misma que tiene su aplicación únicamente en cuanto a la búsqueda y localización interna de un niño, niña o adolescente que ha desaparecido o ha sido sustraído; sin embargo actualmente la Ley del Sistema de Alerta Alba Kenneth carece de un Reglamento que le permita ser implementada adecuada y eficazmente.

El Estado de Guatemala cuenta tan solo con éstos dos cuerpos normativos para tratar directamente la problemática planteada, los cuales son escasos, en virtud de que hoy en día no existe con una ley de aplicación al convenio, ni se han llevado a cabo reformas a la legislación existente a efecto de acomodar y sentar los cauces legales que permitan una correcta y eficaz aplicación del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

### **3.2.1. Normativa internacional**

Dentro de la normativa internacional se ubica como piedra angular del fenómeno que me ocupa, al Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Este convenio fue ratificado por España el día veintiocho de mayo de mil novecientos ochenta y siete; siendo publicado en el Boletín Oficial Español numero 202/87 de fecha 24 de agosto de ese mismo año.

La gran importancia de este convenio ha sido contribuir a resolver miles de casos de sustracciones parentales internacionales y ha servido como elemento disuasorio para prevenir otros muchos casos, pues la sustracción parental internacional es perjudicial



para los niños, niñas y adolescentes, quienes ostentan siempre el derecho a mantener contacto con ambos padres.

El Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, fue ratificado por España el día treinta de mayo de mil novecientos noventa y siete, siendo publicado el veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y siete en el Boletín Oficial Español. Es el único convenio bilateral que existe en la actualidad sobre esta materia que abarca tanto los objetivos del Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción internacional de Menores; así como el objetivo del Convenio de Luxemburgo que se describe más adelante. Su importancia radica en el hecho de que España puede invocar la aplicación del Convenio entre España y Marruecos ante los casos de sustracciones parentales internacionales, no obstante de que el Estado de Marruecos no ha ratificado el Convenio que rige propiamente a la sustracción parental internacional de niños, niñas y/o adolescentes. Esta norma convencional entre el Estado de España y Marruecos, fue muy prudente pues busca prevenir y erradicar casos de sustracción parental de niños, niñas y/o adolescentes que puedan acaecer por la cercanía del Estado de España con el Estado de Marruecos.<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> Camiña Domínguez, Celia, **El secuestro internacional de menores: soluciones entre España y Marruecos**, págs. 50 y 51.





### 3.2.2. Normativa comunitaria

En el presente apartado, hago alusión a la normativa que en la materia le es aplicable a todos los estados de la Unión Europea.

El Convenio del Consejo de Europa de Luxemburgo, de fecha veinticinco de mayo de mil novecientos ochenta, con fecha de su publicación en el Boletín Oficial Español el día uno de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro, constituye otro mecanismo por medio del cual se hace frente a las sustracciones parentales internacionales de niños, niñas y adolescentes, mediante la instauración de un sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales dictadas en un estado parte por la que se organizan derechos de custodia y visita.

Conforme a este convenio, se precisa de garantizar la efectividad y ejecución de una resolución en un estado distinto a aquel en que fue dictada, es decir en el estado hacia el cual, ha sido trasladado ilícitamente el niño, evitando que las autoridades competentes de este último estado dicten una resolución contraria a la existente de tal modo que el traslado ilícito del niño dejara de serlo. Con el Convenio de Luxemburgo, una sentencia dictada en un estado parte puede ser reconocida y ejecutada en el estado donde el niño, niña o adolescente, ha sido trasladado ilícitamente, o bien, en el estado en donde se niega el libre ejercicio del derecho de visita; adicionalmente en este instrumento se consagran de forma muy vinculada los principios del interés superior del niño y el principio de celeridad, pues el reconocimiento y ejecución de las resoluciones



judiciales se llevan a cabo con la mayor rapidez y sin las formalidades de un exequátur perse.<sup>32</sup>

El Reglamento número 1347/2000 del Consejo de Europa, de fecha veintinueve de mayo del año dos mil, entró en vigor el uno de marzo de dos mil uno y dejó de aplicarse el uno de marzo de dos mil cinco; su importancia radica en el hecho de que constituyó el antecedente del actual Reglamento 2201/2003.

El Reglamento número 2201/2003 del Consejo de Europa, de fecha veintisiete de noviembre del año dos mil tres; es un reglamento relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

Este reglamento entró en vigor el primero de agosto del año dos mil cuatro y es aplicable desde el primero de marzo del año dos mil cinco a todos los estados de la Unión Europea, a excepción del Estado de Dinamarca. El reglamento establece que para los supuestos de traslado o retención ilícitos de niños, niñas y adolescentes, debe seguirse aplicando forzosamente el Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional; pero todo lo relativo a los asuntos de competencia de

---

<sup>32</sup> Calvo, Luis Alfonso/Carrascosa, González, Javier, **La sustracción internacional de menores: una visión general**, pág. 120. Granada, España, 2011.

los órganos jurisdiccionales en los casos de sustracción de niños, niñas y adolescentes, deberá de ser dilucidado conforme a lo estipulado en el reglamento.<sup>33</sup>

### 3.2.3. Normativa ordinaria española

Procedo ahora a hacer énfasis en los mecanismos legales que se ponen de manifiesto en la normativa ordinaria española a efecto de prevenir, sancionar y erradicar el fenómeno de la sustracción parental internacional de niños, niñas y adolescentes; de esa cuenta me permito en el presente apartado, realizar un pequeño esbozo de lo que se ha venido normando en la comunidad española a efecto de contrarrestar este flagelo.

El Código Civil Español fue reformado en sus Artículos número ciento tres; y ciento cincuenta y ocho respectivamente, luego de la reforma sufrida en la Ley Orgánica 1-1996 de Protección Jurídica del Menor.<sup>34</sup>

Con relación al Artículo número ciento tres, éste sufrió de una modificación en cuanto a las medidas provisionales que pueden solicitarse en los pleitos matrimoniales, adicionándose un nuevo párrafo en el antedicho Artículo, que literalmente regula que cuando exista riesgo de sustracción del menor por parte de alguno de los progenitores podrán adoptarse las medidas que sean necesarias y en particular las siguientes:

---

<sup>33</sup> *Ibid.*, pág. 140.

<sup>34</sup> Peñafort, Lorente, Raimunda, *El traslado ilícito de menores en la crisis familiar*, pág. 116.





- a). Prohibición de salida del territorio nacional salvo autorización judicial previa.
- b). Prohibición de expedición del pasaporte al menor o la retirada del mismo si ya se hubiere expedido.
- c). Sometimiento a una autorización judicial previa de cualquier domicilio del menor.

Con relación al Artículo número ciento cincuenta y ocho del Código Civil Español; tras la reforma sufrida, es precisamente éste artículo el que se consagra como protector del menor por excelencia, debido a la amplitud concedida en la legitimación para solicitar las medidas, en las autoridades judiciales que las pueden conceder, y en los procesos que se puedan instar para conseguirlas: sean procesos civiles, ejecución y/o penales.

El artículo en mención, ordena lo siguiente:

El juez de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente, o del Ministerio Fiscal dictará:

- a). Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber por sus padres.
- b). Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los cambios de titular de la potestad de guarda y custodia.
- c). Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores.
- d). En general las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

La Ley Orgánica 9/2002, que reforma al Código Penal Español; en sus Artículos número doscientos veinticuatro y doscientos veinticinco bis.<sup>35</sup>

Con relación al Artículo número doscientos veinticuatro del Código Penal Español, este sufrió de una modificación al adicionársele un párrafo que tiende a dotar de mayor protección a las relaciones familiares. Dicho párrafo establece una sanción al progenitor que induzca a su hijo menor a infringir el régimen de custodia establecido por la autoridad judicial.

Con relación al Artículo número doscientos veinticinco bis, éste reviste suma importancia, debido a que por medio del mismo se crea un tipo penal específico que tiende a prevenir y/o sancionar los casos de sustracción parental de niños, niñas y adolescentes que acaecen en el Estado de España.

“La creación de este tipo penal específico fue de carácter forzoso, pues se precisaba de un tipo penal que lograra encuadrar todos los elementos de la sustracción parental de menores y que no se tipificara, como anteriormente se pensaba, como un delito genérico de coacciones previsto en el Artículo número ciento setenta y dos de la misma norma penal, el cual establecía: El que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea esto justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a

---

<sup>35</sup> Peñafort, Ob. Cit.

tres años o con multa de seis a veinticuatro meses, según la gravedad de la coacción y de los medios empleados”.<sup>36</sup>

Actualmente con la creación de este tipo penal, se ha facilitado la labor penal de los operadores de justicia y consecuentemente, ha contribuido a fortalecer la legislación de España para mitigar los casos de sustracción parental internacional de niños, niñas y adolescentes.

El Artículo numero doscientos veinticinco bis, preceptúa lo siguiente:

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

---

<sup>36</sup> Ibid.



4). Cuando el sustractor haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas, quedará exento de penas.

Si la restitución la hiciere, sin la comunicación a la que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años.

Estos plazos deberán de computarse desde la fecha de la denuncia de la sustracción.

5). Las penas señaladas en este artículo se impondrán igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas anteriormente descritas".<sup>37</sup>

A propósito de éste tipo penal, considero rotundamente oportuno, necesario y urgente que en Guatemala se tipifique en nuestra ley penal el delito de la sustracción parental de niño, niña y/o adolescente, ya que esto contribuiría, no solo sancionar penalmente al progenitor que efectúe sustracciones o retenciones ilícitas de sus hijos e hijas menores de edad, sino que también coadyuvaría a prevenir futuros casos de sustracciones parentales de niños, niñas y/o adolescentes, ya sea dentro del plano nacional como en el internacional.

---

<sup>37</sup> Código Penal Español, Artículo 225 bis.



Atendiendo ahora a la normativa de carácter procesal o adjetiva, los artículos que tienen aplicación son los Artículos mil novecientos uno al mil novecientos nueve de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, posteriormente se les dio un nuevo contenido a dichos artículos.

La redacción actual dada a los Artículos mil novecientos uno al mil novecientos nueve, tuvo por objeto primordial adecuar la legislación española al Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, y persigue la finalidad propia del Convenio de: garantizar la restitución inmediata del menor trasladado o retenido ilícitamente en cualquier Estado miembro, y de velar para que los derechos de custodia y de visita vigentes en los estados contratantes sean debidamente respetados.

De esta cuenta, logro evidenciar que con la entrada en vigor del Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; en el Estado de España, se llevaron a cabo una serie de reformas con ocasión de adecuar la legislación y hacerla aplicable al fenómeno que en el presente trabajo de tesis me interesa, con el objeto de abordar, prevenir y sancionar la sustracción parental internacional de niños, niñas y adolescentes; siendo lo más importante de este hecho, el lograr responder de forma eficiente y eficaz a los fines del citado convenio, logrando

la tutela de los intereses superiores de los niños que se hallan en una situación de riesgo.

### **3.3. Procedimiento de restitución de menores que ejecuta España**

Procedo ahora en este apartado, a efectuar una descripción del procedimiento de restitución que realiza el Estado de España, cada vez que éste es requerido por otro estado parte, a través de la autoridad central de España (en el caso de España la autoridad central es el Ministerio de Justicia.) El procedimiento efectuado es el que se describe a continuación:

#### **1). Solicitud.**

Puede ser presentada por el abogado del Estado de España a petición de la autoridad central de otro estado. Una vez el estado requirente ha formalizado su solicitud de restitución al estado requerido, en éste caso España asume una gran responsabilidad, pues deberá actuar con toda la rapidez, prioridad y urgencia que este tipo de procedimientos ameritan; a partir de este momento, la autoridad central requerida goza de un plazo de seis semanas para proporcionar una respuesta a la solicitud planteada por la autoridad central requirente, de lo contrario el demandante o bien la autoridad central requirente goza del derecho de pedir un informe en el cual versen las razones de la demora, esto al amparo del Artículo onceavo párrafo segundo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

La solicitud debe ser presentada en forma escrita, exponiendo todas las razones que tenga para el efecto y con los requisitos legales que prescribe el Artículo numero mil





ochocientos veinticinco de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se requiere que se acompañe al escrito toda la documentación que se estime pertinente y de interés para el supuesto concreto que se ha de resolver.

De conformidad con el Artículo mil novecientos tres de la Ley de Enjuiciamiento Civil, quien insta el expediente también podrá solicitar medidas provisionales de custodia en relación con el niño, niña o adolescente y de aseguramiento para evitar nuevos traslados ilícitos. Estas medidas provisionales ya las citamos anteriormente y son las que prescribe el Artículo ciento tres y el Artículo cincuenta y ocho del Código Civil Español.

La solicitud se ha de presentar ante el Juzgado de Primera Instancia de lo Civil competente, en cuya demarcación se halla localizado al niño, niña o adolescente, conforme al Artículo número mil novecientos dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

## II). Resolución judicial.

El juez procede a dictar un auto dentro del plazo de veinticuatro horas siguientes a que le fue formulada la solicitud, de conformidad con el Artículo 1904 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El auto correspondiente ha de resolver y acordar sobre las siguientes cuestiones:

- a). Admisión a trámite de la solicitud, tras el examen de oficio de la competencia.
- b). La adopción de la medida o de las medidas que considere pertinentes para el aseguramiento del menor y evitar así nuevos traslados o retenciones ilícitas.



c). El requerimiento al progenitor que ha sustraído o retiene al niño, con copia del convenio por el que se solicita la devolución del menor, con los apercibimientos legales para que comparezca ante el juzgado en un plazo que no podrá exceder de tres días.

### III). Comparecencia en el juzgado de la persona requerida.

La comparecencia en el juzgado de la persona requerida, contendrá sus manifestaciones de:

a). Si accede voluntariamente a la restitución del niño. En el caso de la que la persona requerida acceda a la restitución voluntaria del niño, deberá hacerse constar en un acta. Seguidamente el juez dictará auto que declare la conclusión del procedimiento y la entrega del niño al titular del derecho de custodia, así como determinar lo relativo a las costas y gastos judiciales. Esto se encuentra regulado en los Artículos 1904 y 1906 ley de enjuiciamiento civil.

b). Si la persona requerida opta por oponerse a la restitución por existir alguna de las causales establecidas en el Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; en este caso la oposición deberá ventilarse en la etapa de juicio verbal del procedimiento. Esto se encuentra regulado en el Artículo 1904 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

### IV). La incomparecencia del requerido.

En caso de darse la incomparecencia del requerido, el Artículo número mil novecientos cinco de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dispone la continuación del procedimiento en su



rebeldía. En este caso, el juez citará a los interesados y al Ministerio Fiscal a una comparecencia que tendrá lugar en plazo no superior a los cinco días siguientes y decretará las medidas provisionales que juzgue pertinentes en relación con el niño.

En la comparecencia se oirá al solicitante y al Ministerio Fiscal y, en su caso y separadamente, al menor sobre su restitución, ya que conforme al principio del Interés Superior del Niño, la opinión y voluntad del niño es importante de valorar por el juez a efecto de resolver la restitución. Con relación a escuchar la voluntad del niño, esta diligencia la lleva a cabo el juez, conforme lo establecido en el Artículo noveno de la Ley de Protección Jurídica al Menor, la cual establece que se debe efectuarse sin la presencia de las partes interesadas, a efecto de que el niño pueda manifestar de forma libre y espontánea su voluntad.

El Juez resolverá por auto dentro de los dos días siguientes a contar desde la fecha de la comparecencia, si procede o no la restitución, teniendo en cuenta el interés del niño, niña y/o adolescente y los términos del correspondiente convenio.

#### V). Juicio verbal.

Si en la primera comparecencia, la persona requerida formulare su oposición a la restitución del niño, niña o adolescente al amparo de las causas establecidas en el Convenio, la oposición se ventilará por juicio verbal. En el mismo acto serán citados todos los interesados y el Ministerio Fiscal para una ulterior comparecencia del juicio verbal. El plazo para la celebración de estas diligencias es de cinco días, de carácter improrrogable, a contar desde la primera comparecencia, lo que viene justificado por la





estricta observancia del Principio de Celeridad e Inmediatez. Cabe recordar que el procedimiento en su conjunto ha de estar resuelto en el plazo de seis semanas.

Es necesario mencionar que en el caso de ser procedente, el menor también tendrá parte en esta etapa del procedimiento, pues el juez, si lo estima pertinente, debe escuchar separadamente la opinión del niño y recabar los informes que considere útiles al caso concreto. Esto se encuentra regulado en el Artículo 1907 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El juicio verbal responderá a los principios de Unidad de Acto, Concentración e Inmediación, conforme lo dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil. La prueba tendrá por objeto los hechos que guardan relación con la tutela judicial efectiva que se pretende obtener en este proceso, por tanto estarán únicamente referidos a acreditar si concurre o no alguna de las causas de excepción previstas en el correspondiente convenio, por lo que en el caso de ser procedentes las excepciones a la restitución del niño; en consecuencia no se restituiría al niño hacia el país en donde éste tenía su residencia habitual.

Las partes propondrán las que estimen necesarias para su defensa y se admitirán por el juez únicamente las que se consideren pertinentes en función del objeto de la audiencia.

Es conveniente insistir en que en este juicio no se resuelven cuestiones de fondo, es decir asuntos relativos a la custodia del niño, ni tampoco sobre una modificación de la misma, extremos que han de ser ventilados posteriormente ante juez competente; este



juicio se ciñe específicamente a determinar la concurrencia o no de una o más causas de excepción a la restitución del niño, niña o adolescente que están plasmadas de forma expresa en el Convenio que nos interesa.

#### VI). Resolución.

Celebrada la comparecencia y practicadas las pruebas pertinentes, dentro de los seis días posteriores, el juez dictará auto en interés del menor y en los términos del Convenio dentro de los tres días siguientes. Esta resolución deberá de ser debidamente motivada y contendrá los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho en que se base la parte dispositiva. Esta resolución comprende dos pronunciamientos: uno de carácter declarativo que hace alusión a la licitud o ilicitud del traslado desde el país en donde el niño tenía su residencia habitual; y otro de carácter meramente condenatorio que hace alusión a la orden judicial de restituir inmediatamente al niño trasladado. Esto se encuentra regulado en el Artículo 1908 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Contra esta resolución únicamente cabrá recurso de apelación, el cual deberá de ser resuelto en el improrrogable término de veinte días.

El Artículo 1909 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dispone que si el juez resolviese la restitución del niño, niña o adolescente, deberá establecerse en el auto que la persona que trasladó o retuvo al niño, abone las costas del procedimiento, así como los gastos en que haya incurrido el solicitante, incluidos los del viaje y los que ocasione la restitución del menor al país de su residencia habitual con anterioridad a la sustracción.



En el presente capítulo de trabajo de tesis, luego de conocer la legislación que aplica el Estado de España al fenómeno de la sustracción parental internacional de niños, niñas y adolescentes, y de describir el procedimiento de restitución que actualmente se ejecuta, se puede evidenciar que el Estado de España efectivamente se encuentra en las condiciones necesarias para dar cumplimiento a los requerimientos internacionales y lo más importante, dar cumplimiento fiel a los objetivos del Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Adicionalmente, se puede evidenciar que para alcanzar este objetivo, el Estado de España tuvo que adecuar ciertas de sus leyes ordinarias a efecto de garantizar la debida y pronta restitución de los niños, niñas y adolescentes requeridos, estableciendo un procedimiento de restitución sencillo y célere, que respeta todas las pautas del debido proceso y que les aporta resultados eficientes.





## CAPÍTULO IV

### 4. Procedimiento de restitución de niños, niñas y adolescentes en Guatemala

#### 4.1. Procedimiento de restitución establecido en el Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores

El Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional, establece los mecanismos y lineamientos generales a efecto de garantizar la restitución inmediata de los niños, niñas y adolescentes trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier estado contratante; así como velar porque los derechos de custodia y visita vigentes en uno de los estados contratantes sean debidamente respetados en los demás estados contratantes.

Se entiende el derecho de custodia, como el derecho relativo al cuidado de la persona del niño, niña o adolescente y en particular, el de decidir al respecto del lugar de su *residencia*; y *por el derecho de visita se entiende el derecho de llevar al niño, niña o adolescente durante un periodo de tiempo limitado, a un lugar distinto en donde el niño tiene su residencia habitual.*

Cada uno de los estados partes debe de designar a una autoridad central quien será en cada estado parte, la autoridad encargada para ejecutar el convenio, así como establecer un sistema de colaboración recíproca entre las demás autoridades centrales

de los estados parte, con el objeto de garantizar la restitución inmediata de los niños, niñas y adolescentes, y para la consecución eficaz del resto de los objetivos del presente convenio.

El Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional, establece los lineamientos generales que debe abarcar la gestión de un adecuado procedimiento de restitución. Se trata de lineamientos generales pues el citado convenio deja la puerta abierta para que en las legislaciones de los estados partes se adopten las medidas apropiadas que ellos estimen pertinentes toda vez que con ello se garantice en sus respectivos territorios el cumplimiento de los objetivos del convenio y la estricta observancia de los principios que lo rigen, debiendo recurrir para ello a los procedimientos más expeditos y de urgencia de que dispongan.

El procedimiento de carácter general señalado por el Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, es el siguiente:

I). Solicitud.

El procedimiento de restitución se inicia con la formalización de una solicitud planteada ante la autoridad central de la residencia habitual del niño, niña o adolescente, o a la de cualquier otro estado parte, para que con su asistencia quede garantizada la restitución del niño. Esta única solicitud carece de formalismos y de legalizaciones, y se hace constar en un formulario tipo que es suministrado por las autoridades centrales que los estados partes hayan designado para el efecto. Sin embargo si se exigen las traducciones de idioma correspondientes a dicha solicitud, de conformidad con el





Artículo veinticuatro de la convención, el cual regula que toda solicitud, comunicación u otro documento que se envíe a la autoridad central del estado requerido, se remitirá en el idioma de origen e irá acompañado de una traducción al idioma oficial o a uno de los idiomas oficiales del estado requerido o, cuando ésta traducción sea difícilmente realizable, de una traducción al francés o al inglés.

En cuanto al contenido de la solicitud, el Artículo octavo del convenio establece que la solicitud debe de incluir:

- a). Información relativa a la identidad del solicitante, del menor y de la persona que se alega que ha sustraído o retenido al menor;
- b). La fecha de nacimiento del menor cuando sea posible obtenerla;
- c). Los motivos en que se basa el solicitante para reclamar la restitución del menor;
- d). Toda la información disponible relativa a la localización del menor y la identidad de la persona con la que se supone está el menor;
- e). Una copia auténtica de toda decisión o acuerdo pertinentes;
- f). Una certificación o declaración jurada expedida por la autoridad central o por otra autoridad competente del estado donde el menor tenga su residencia habitual o por una persona cualificada con respecto al derecho vigente en esta materia de dicho estado;
- g). Cualquier otro documento pertinente.

Adicionalmente a este contenido, el convenio conforme a su Artículo número veintiocho, establece que una autoridad central podrá exigir que la solicitud vaya acompañada de una autorización por escrito que le confiera poderes para actuar por



cuenta del solicitante, o bien para designar un representante habilitado para actuar en su nombre.

II). Exhorto de autoridad central requirente a autoridad central requerida.

Una vez se ha llevado a cabo una solicitud de restitución de un niño, niña o adolescente, conforme a las características y requisitos señalados en el Artículo octavo del convenio, la autoridad central requirente transmitirá directa e inmediatamente la solicitud a la autoridad central requerida del estado contratante en donde se halla el niño. Esta etapa del procedimiento queda plasmada en el Artículo número nueve del convenio.

III). Adopción de medidas tendientes a la restitución del niño, niña o adolescente.

En esta etapa del procedimiento, luego de ser requerida la autoridad central mediante la solicitud, la autoridad central requerida del estado parte tiene la obligación de iniciar de la forma más rápida posible, una serie de medidas tendientes a la localización del niño, niña o adolescente dentro del territorio del estado requerido, así como al progenitor que en este caso lo ha retenido o sustraído de forma ilícita. Esta etapa del procedimiento queda establecida en el Artículo número diez del convenio.

IV). Actuación de las Autoridades Judiciales o Administrativas.

En esta etapa del procedimiento, luego de que se ha localizado al niño, niña o adolescente, así como al respectivo progenitor, se llevan a cabo las actuaciones de las autoridades judiciales y/o administrativas (según la legislación de cada estado parte)





mismas que se traducen en el hecho de conferir audiencias, con el objeto de dilucidar si es procedente o no la restitución del menor solicitada. Cabe precisar que en esta instancia del procedimiento, las autoridades deberán de emplear los medios más expeditos y céleres de que dispongan para evacuar éstas audiencias y arribar al objeto que interesa; de lo contrario si la autoridad judicial o administrativa no hubiere llegado a tomar una decisión en el plazo de seis semanas a partir de que fue iniciado el procedimiento, el solicitante o bien la autoridad central requirente tendrá el derecho de pedir una declaración sobre las razones de la demora. Este paso se encuentra plasmado en el Artículo número once del convenio.

Esta etapa del procedimiento es la etapa medular y es de suma importancia también; puesto a que en ella, el progenitor que se oponga a la restitución del niño, deberá probar y hacer valer una o varias de las excepciones al Principio de Restitución, mismas que se encuentran plasmadas en el Artículo número trece del convenio, el cual estatuye que la autoridad judicial o administrativa del estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor, si la persona que se opone a la restitución demuestra que:

- a). La persona que se hacía cargo del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido, o había consentido el traslado o retención;
- b). Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico, o que de cualquier manera ponga al menor en una situación intolerable.





Adicionalmente es en esta etapa en la que conforme al Principio del Interés Superior del Niño, se le confiere audiencia al menor para que exprese de forma libre y espontánea, si es su deseo el hecho de ser restituido o no al estado parte en el cual el niño tenía su centro de vida. Al respecto el Artículo número trece del convenio regula que la autoridad Judicial o administrativa podrá negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.

V). Comunicación de la decisión.

Luego de evacuada la audiencia y emitida una resolución por la autoridad judicial o administrativa estableciendo la procedencia o improcedencia de la restitución del niño, niña o adolescente, deberá la autoridad judicial o administrativa comunicarlo de la forma más inmediata a la autoridad central requerida para que ésta, a su vez, proceda a comunicarla sin demora a la autoridad central requirente, o en su caso al solicitante. Lo anterior está regulado en el Artículo número once del convenio.

#### **4.2. Procedimiento de restitución implementado actualmente por la autoridad central del Estado de Guatemala**

En este apartado me sirvo a realizar una descripción del escueto procedimiento de restitución que actualmente es ejecutado por la autoridad central del Estado de



Guatemala, que como ya establecí con anterioridad, es la Procuraduría General de la Nación, específicamente la Procuraduría de la Niñez y la Adolescencia.

El procedimiento que se describe a continuación es empleado por la Procuraduría General de la Nación cada vez que el Estado de Guatemala es requerido por otro estado parte, para la inmediata restitución de un niño, niña o adolescente que se encuentra sustraído y/o retenido de manera ilícita por parte de uno de sus progenitores dentro del respectivo territorio guatemalteco.

Cabe acentuar que la siguiente información es producto de una serie de entrevistas estructuradas y no estructuradas que fueron practicadas a la autoridad central en la materia, así como de la investigación y consulta de los expedientes correspondientes.

I). Solicitud.

Una vez la autoridad central de un estado parte, en calidad requirente, ha formalizado su solicitud y la ha comunicado a la autoridad central de Guatemala, a ésta última, de conformidad con el convenio, le corre un plazo de seis semanas para informar a la autoridad central requirente una decisión con respecto a la restitución solicitada del menor.

La autoridad central de Guatemala procede inmediatamente a realizar todas las actuaciones debidas, en este caso proceder a la pronta localización del menor y del progenitor que sustrajo al menor de una manera ilícita.



Actualmente en Guatemala para la localización de un menor, el Estado cuenta con la Ley del Sistema de Alerta Alba-Kenneth, Decreto 28-2010 del Congreso de la República de Guatemala, misma que contempla un cumulo de acciones coordinadas y articuladas entre instituciones públicas, a efecto de agilizar y lograr la pronta localización de un niño, niña o adolescente que ha sido sustraído o que se encuentra desaparecido para su eventual recuperación y resguardo.

Estas acciones coordinadas y articuladas se traducen en la instauración de una Coordinadora Nacional del Sistema de Alerta Alba-Kenneth, que asigna roles específicos a cada entidad que la conforma y que conforme al Artículo número seis de la citada ley, se encuentra integrada por: la Procuraduría General de la Nación, a través de la Procuraduría de la Niñez y la Adolescencia, quien la preside; la Policía Nacional Civil, la Dirección General de Migración, la Secretaria de Comunicación Social de la Presidencia de la República, y el Ministerio Público, a través de la Fiscalía de Trata de Personas.

La Policía Nacional Civil deberá actuar de manera inmediata, una vez se haya recibido una denuncia sobre el niño, niña o adolescente desaparecido o sustraído, y sin más trámite, comunicará a la Procuraduría General de la Nación, a efecto de que ésta, inmediatamente convoque la integración de la Coordinadora Nacional del Sistema de Alerta Alba-Kenneth para la implementación de acciones que permitan la pronta localización y resguardo del menor que se trate.



La Dirección General del Migración y la Policía Nacional Civil, realizarán las coordinaciones necesarias para que se dé a conocer en sus sedes fronterizas, puertos y aeropuertos, las fotografías, datos y características del niño, niña o adolescente que haya sido sustraído, a efecto de tomar las medidas para localizarlo y evitar su traslado a otro país. Asimismo, harán las coordinaciones con sus homólogos de los países fronterizos para instar la alarma de búsqueda también en dichos países.

La Fiscalía de Trata de Personas del Ministerio Público realizará el análisis del movimiento criminal sobre la sustracción o la desaparición de niños, niñas o adolescentes, con el objeto de promover acciones para prevenir estos hechos y perseguir penalmente a los responsables de estos ilícitos penales. Cabe precisar que la persecución penal a que alude este artículo, se hará por los delitos de sustracción perpetuados por terceros y no por los progenitores.

II). Determinación de competencia por parte de la Corte Suprema de Justicia.

Una vez se ha localizado al niño, niña o adolescente que ha sido sustraído, así como al progenitor que lo ha retenido de manera ilícita, la Procuraduría de la Niñez y la Adolescencia procede solicitarle a la Corte Suprema de Justicia que determine al juzgado competente que deba de conocer del asunto.

Actualmente en esta fase del procedimiento, se genera demasiada demora para que la Corte Suprema de Justicia determine quién es el juez competente que deba de conocer

del caso concreto. En los expedientes consultados siempre la Corte Suprema de Justicia señala como competente a un Juzgado de la Niñez y la Adolescencia.

Considero que para evitar esta demora, sería útil que la Corte Suprema de Justicia emita un Acuerdo, a efecto de establecer formalmente la competencia a los Juzgados de Familia para el conocimiento de éste tipo de casos. La competencia estaría dada territorialmente por lugar en donde haya sido localizado el niño, niña o adolescente y materialmente estaría asignada a los Jueces de Familia.

III). Audiencia de conocimiento de hechos.

Luego de que la Corte Suprema de Justicia ha establecido al órgano competente, el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia señalado, procede a notificar a las partes interesadas, así como a la Procuraduría de la Niñez y la Adolescencia para que comparezcan a una sola Audiencia de Conocimiento de Hechos, que en la mayoría de los casos, dicha audiencia de conocimiento de hechos no se celebra en fechas próximas o inmediatas, sino que se programan por lo mínimo, un mes después de que la Corte Suprema de Justicia ha establecido al órgano jurisdiccional competente.

Cabe mencionar que una vez se han notificado a todas las partes interesadas, es precisamente en este momento que puede darse una entrega de carácter voluntaria o un avenimiento amistoso entre las partes; debiendo constar el acuerdo en actas administrativas en caso de llegarse a dar una restitución de tipo voluntaria.





El hecho que las audiencias de conocimiento de hechos no se desarrollen en fechas inmediatas o próximas, es otra circunstancia negativa que hace que los procedimientos en la materia sean dilatorios, aunado a la falta de adiestramiento de los operadores de justicia en materia de las sustracciones parentales internacionales de niños, niñas y/o adolescentes, pues actualmente los operadores de justicia no le dan la prioridad y celeridad que la naturaleza de estos casos amerita y señalan fechas no inmediatas o próximas para el conocimiento de los hechos en una audiencia.

La Corte Suprema de Justicia, con muy buen criterio, señala que la vía optima para ventilar éstos casos es la vía incidental establecida en la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala; sin embargo no se respetan los plazos, ni tampoco se sigue el orden propio de: audiencia, prueba y resolución, pues en esta audiencia de conocimiento de hechos, se diligencia todo de una sola vez y posteriormente se dicta la resolución correspondiente.

El irrespeto de los plazos y del orden de un adecuado procedimiento, constituye otra negativa circunstancia; pues recordemos que es de suma importancia que en estos procedimientos, se dé el diligenciamiento específico de una etapa probatoria, pues en ella pueden hacerse valer excepciones al Principio de Restitución, escuchar la opinión del niño, conforme al Principio del Interés Superior del Niño, demostrar que el menor se encuentra o no adaptado al entorno en donde actualmente se le halló, demostrar si efectivamente hubo una infracción al derecho de custodia; etc, es muy importante esta



etapa pues nos puede arrojar mucha luz al respecto de un caso de sustracción parental internacional de niño, niña y/o adolescente.

#### IV). Pronunciamiento de Resolución.

Luego de que se evacuado la audiencia de conocimiento de hechos, el Juez de la Niñez y la Adolescencia competente, procede a dictar una sentencia interlocutoria, es decir un auto. Esta sentencia interlocutoria, debido a la falta de adiestramiento y conocimiento por parte de los operadores de justicia, en materia del Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional; constituye una rotunda tergiversación de los procedimientos de restitución, pues los Jueces de la Niñez y la Adolescencia, en su gran mayoría, resuelven de conformidad con la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, estableciendo que al niño, niña o adolescente se le ha vulnerado su derecho de familia; mientras que no se pronuncian al respecto de la restitución del menor, siendo esto el objeto medular del procedimiento.

Luego de verificar el procedimiento de restitución que actualmente se desarrolla en Guatemala cada vez que el mismo es requerido por otro estado parte, puedo evidenciar y poner de manifiesto que el Estado de Guatemala no está en las condiciones requeridas internacionalmente para darle cumplimiento al Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, siendo de suma urgencia la emisión de una Ley o un Protocolo de aplicación al Convenio; así como la emisión de un Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia a efecto de asignar la



competencia para estos casos a los Jueces de Familia con el debido adiestramiento del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional, así como de la ley de aplicación al Convenio.

#### **4.3. Propuesta de procedimiento de restitución de menores**

Procedo en este apartado a sugerir una propuesta de procedimiento de restitución de menores que considero, contribuiría a hacer de los procedimientos de restitución totalmente céleres, eficientes y eficaces, contribuyendo así con los intereses superiores de los niños, niñas y adolescentes que hoy en día son las principales víctimas de la problemática abordada.

En el presente trabajo de tesis, hago la propuesta de un procedimiento de restitución de menores, en virtud de que actualmente no existe un normativo, protocolo o una ley ordinaria para la correcta aplicación del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, no obstante que la Ley del Sistema de Alerta Alba-Kenneth, Decreto 28-2010 del Congreso de la República, en su Artículo número trece ordena lo siguiente:

La Procuraduría General de la Nación creará el reglamento y protocolos para implementar la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y lograr así la restitución inmediata de los niños en esta situación.

El hecho de que no exista una Ley o un Protocolo de aplicación al Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, tiene un impacto negativo, pues para reforzar la obligación internacional que ha adquirido el Estado de Guatemala, se precisa de los lineamientos y cauces legales internos para cumplir a cabalidad con la obligación adquirida. Considero que la emisión de una norma de aplicación al convenio, contribuiría a que los operadores de justicia se interesaran más en el fenómeno de la sustracción parental internacional y que al momento de resolver los casos concretos, se resolviese conforme a los principios y auténticos términos del convenio, y no conforme a la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia que no responde a los intereses del Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Parental Internacional; es por ello que reitero que lo que actualmente se está llevando a cabo constituye una tergiversación de los intereses superiores de los menores, pues no se conoce el fondo del asunto, es decir: la debida y pronta restitución.

La propuesta se describe a continuación:

1). Cuando el niño, niña o adolescente es trasladado de forma irregular dentro del territorio de Guatemala, la Procuraduría General de la Nación recibe una Solicitud de Restitución por parte de la Autoridad Central del país en donde el menor tenía su residencia habitual.





II). La Procuraduría de la Niñez y la Adolescencia sin más trámite procederá a analizar y revisar la solicitud y el caso para determinar si encuadra dentro de los supuestos de sustracción parental internacional que establece el Artículo tres del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

III). Paralelamente a la revisión de la solicitud y verificación de los supuestos de la sustracción parental internacional, se procede a coordinar y articular las acciones de localización del menor que ha sido sustraído o retenido de manera ilícita dentro del país Guatemalteco.

Para activar este engranaje de localización se procede conforme a la Ley del Sistema de Alerta Alba-Kenneth, Decreto 28-2010 del Congreso de la República.

IV). Luego que el niño, niña o adolescente solicitado ha sido localizado en el territorio de Guatemala, se procede a notificar a la autoridad central requirente y al progenitor solicitante para hacerles de su conocimiento respecto al hallazgo del niño, niña o adolescente.

V). En este punto del procedimiento se puede plantear y promover una restitución de tipo voluntaria por parte del progenitor que ha sustraído ilícitamente al niño, niña o adolescente.

En el caso de existir un acuerdo de carácter voluntario, el mismo debe de constar un acta administrativa y se notifica inmediatamente a la autoridad central requirente. Los gastos de traslado deben ser absorbidos por el progenitor que sustrajo ilícitamente al niño, niña o adolescente; sin embargo por tratarse de un arreglo voluntario, puede optarse por que ambas partes absorban los gastos propios de los boletos aéreos.

Deberá también nombrarse a un delegado de la Procuraduría General de la Nación para acompañar al niño y al adulto; y de esa forma verificar la efectiva restitución del niño, niña o adolescente.

VI). Si no se logra un avenimiento de tipo voluntario, la Procuraduría General de la Nación forzosa e inmediatamente deberá presentar la denuncia ante un órgano jurisdiccional del ramo de familia, para que este evalúe el expediente del menor; en especial la existencia de un convenio o acuerdo previo suscrito en el país de residencia habitual del menor, o bien la existencia de una resolución judicial o administrativa que atribuya la custodia a uno de los progenitores.

Al respecto, sugiero que estos procedimientos sean tramitados ante un Juez de Familia pues conviene la oralidad de estos procedimientos, aunado al hecho de que actualmente existen Juzgados de Familia en todos los departamentos de la República de Guatemala.

VII). El procedimiento judicial debe ser célere y expedito, por lo que se ventilará por la vía incidental que prescribe la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República.



Se procede a señalar una Audiencia de dos días para las partes, luego se abre a un periodo de prueba por ocho días y posteriormente dentro de un plazo de tres días, el Juez de Familia debe pronunciar la resolución correspondiente declarando con lugar o sin lugar la restitución solicitada del menor. En caso de declarar con lugar la restitución del niño, niña o adolescente, se deberá condenar al progenitor que sustrajo al niño, al pago de los boletos aéreos para la restitución y las costas procesales.

Cabe recalcar que de conformidad con lo establecido en el Artículo número diecinueve del convenio, el juzgador no puede resolver nada relacionado a la custodia del menor, ya que esta situación deberá de ser dilucidada posteriormente por ambos progenitores en el país de la residencia habitual del menor.







## CONCLUSIONES

1. El Estado de Guatemala no se encuentra en las condiciones requeridas internacionalmente para dar cumplimiento al Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.
2. Actualmente no existe en Guatemala un protocolo o una ley ordinaria de aplicación al Convenio de la Haya, que permita la correcta y fiel implementación de los procedimientos de restitución de niños, niñas y/o adolescentes.
3. El procedimiento de restitución que actualmente se implementa en el Estado de Guatemala, no se inspira en los principios de celeridad, de restitución, ni del interés superior del niño, los cuales el Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, reiteradamente demanda la observancia de los mismos para la correcta y eficaz gestión de un procedimiento de restitución de niños, niñas y adolescentes sustraídos o retenidos de manera ilícita dentro del Estado de Guatemala.
4. Actualmente los jueces de la niñez y la adolescencia, implementan un procedimiento de restitución improvisado que no responde a los fines del Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, en detrimento de los intereses de los niños, niñas y adolescentes.
5. Actualmente no está formalmente definida la competencia de los juzgados que deban de conocer de los procedimientos de restitución de niños, niñas y adolescentes, lo cual genera demora en la gestión de los procedimientos de restitución.





## RECOMENDACIONES

1. El Estado de Guatemala necesariamente tendrá que dotarse de los mecanismos legales pertinentes y adecuar su legislación a efecto de establecer las condiciones necesarias que permitan darle el cumplimiento debido al Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.
2. Es necesario que la autoridad central del Estado de Guatemala, cuente con un protocolo o una ley ordinaria de aplicación al Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, con el objeto de señalar los principios y lineamientos jurídicos en los que ha de basarse un adecuado procedimiento de restitución de niños, niñas y adolescentes.
3. La emisión de una ley ordinaria de aplicación al Convenio por parte del Congreso de la República de Guatemala, complementará la legislación en materia de familia a efecto de que en la gestión de estos procedimientos, forzosamente se respeten todas las pautas del debido proceso, fundados en los principios de celeridad, restitución e interés superior del niño.
4. Es necesario el adiestramiento de los operadores de justicia en materia de familia, quienes debèn de tener conocimiento, tanto de la actual práctica de la sustracción parental internacional de menores, así como del convenio que la rige, y de la ley ordinaria de aplicación al Convenio. Solo así los operadores de justicia al momento de resolver, emitirán resoluciones conforme a la ley ordinaria de aplicación al Convenio, y no conforme a otras leyes.



5. Es necesario que la Corte Suprema de Justicia emita un Acuerdo con el objeto de evitar dilaciones y definir formalmente de una sola vez la competencia de los juzgados que deban de conocer de los procedimientos de restitución de niños, niñas y adolescentes.



## BIBLIOGRAFÍA

AYASTA GONZALES, Julio. **El derecho comparado y los sistemas jurídicos contemporáneos**. Lima, Perú:Ed. Rip, 1991.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario jurídico universitario**. 2t. 2ª. ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Héliasta, 2004.

CABANELLAS, Guillermo. **El dumping, legislación argentina y derecho comparado**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Héliasta, 1981.

CALVO, Luis Alfonso/Carrascosa, González, Javier. **La sustracción internacional de menores: una visión general**. Granada, España: 2011.

CAMIÑA DOMINGUEZ, Celia. **El secuestro internacional de menores: soluciones entre España y Marruecos**. Madrid, España: Universidad Carlos III de Madrid, 2011.

Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. **Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores**. Ed. Family Law, 2003.

DAVID, René. **Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos**. Madrid, España: Ed. Aguilar, 1973.

GARCÍA MAYNEZ Eduardo. **Introducción al estudio del derecho**. 9ª ed. México: Ed. Porrúa, 1960.

GUTTERIDGE H.C. **Comparative law; an introduction to the comparative method of legal study and research**. Cambridge, Inglaterra: University of Cambridge Press, 1946.





HARMELIN RUIZ, Elizabeth. **Análisis de un caso concreto sobre guarda y custodia de menores, sus consecuencias legales y posible aplicación del Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional.** Guatemala, Guatemala: Tesis de Grado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, USAC, 1996.

<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/conferencia-de-la-haya-de-derecho-internacional-privado/htm>. (Guatemala, 24 de Marzo de 2012.)

<http://www.grupoevos.com/revistajuridicaespana>. (Guatemala 13 de Marzo de 2012.)

[http://www.hcch.net/index\\_es.php?act=states.details&sid=97](http://www.hcch.net/index_es.php?act=states.details&sid=97) (Guatemala, 24 de Marzo de 2012)

[http://www.wikipedia.org.es/wiki/secuestro\\_parental](http://www.wikipedia.org.es/wiki/secuestro_parental) (Guatemala, 13 de marzo de 2012.)

MARTÍNEZ PAZ. **El derecho comparado como dogmática jurídica.** Córdoba, Argentina: Ed. Universal, 1946.

MERRYMAN, John Henry. **Fines, objeto y método del derecho comparado.** México: Ed. México Nueva Serie, 1976.

**Omeba enciclopedia jurídica.** 13 t. Argentina: Ed. Driskill, 1991.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Héliasta, 1981.



PEÑAFORT, LORENTE, Raimunda. **El traslado ilícito de menores en la crisis familiar.** España: 2002.

PÉREZ, Telma Judith. **El derecho de familia frente a la Constitución Política de la República.** Guatemala, Guatemala: Tesis de Grado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, USAC, 2006.

PÉREZ, VERA, Elisa. **Informe explicativo de la sustracción internacional de menores.** España: 2001.

Real Academia de la Lengua Española. **Diccionario de la lengua española.** 22a ed. Madrid, España: 2001.

**Revista jurídica de Castilla y León.** La sustracción internacional de menores. España: 2007.

SARFATTI, Mario. **Introducción al estudio del derecho comparado.** México: Imprenta Universitaria, 1945.

SAURI, Gerardo. **Propuesta de Ley de Niños, Niñas y Adolescentes.** México: Comité por la ley, 1998.

SOLÁ DE CAÑIZARES, Felipe. **Tratado de derecho comparado.** Barcelona, España: Ed. Montaner y Simón, 1962.

## **Legislación**

**Constitución Política de la República de Guatemala.** Asamblea Nacional Constituyente, 1986.



**Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores**, Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, 1980.

**Código Civil**. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley número 106, 1964.

**Código Penal**. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 17-73, 1973.

**Decreto 24-2001**. Congreso de la República de Guatemala, 2001. (Decreto por medio del cual se aprobó el Convenio de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.)

**Ley del Organismo Judicial**. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-89, 1989.

**Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia**. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 27-2003, 2003.

**Ley del Sistema de Alerta Alba Kenneth**. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 28-2010, 2010.