

## CAPÍTULO CUARTO

### PROPUESTAS DE REFORMA A LA REGULACIÓN AUTÓNOMA MEXICANA

En este capítulo nos interesa hacer una serie de propuestas de reforma a aquellos ordenamientos legales que regulan la figura de sustracción internacional de menores. La intención de nuestras propuestas no es sólo crear normativa dirigida a regular la restitución internacional de menores sino también esclarecer algunos vacíos legales, intentar aumentar la eficiencia de los procedimientos que se siguen para hacer frente a estas situaciones y lograr el cumplimiento de los objetivos pactados convencionalmente, siempre en busca del mayor interés del menor.

Como sabemos, México es un país organizado bajo un sistema federal, lo cual significa que cada una de sus entidades federativas conserva sus facultades para legislar, salvo en los casos que sólo competen a los órganos legislativos federales.

El artículo 43 constitucional señala que:

Las partes integrantes de la Federación son los Estados de Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Coahuila de Zaragoza, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán, Zacatecas y el Distrito Federal.

México estipula en su carta magna en el artículo 73, las facultades del Congreso, y en el artículo 124 que “las facultades que

no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”. En ese sentido, la materia familiar corresponde a cada uno de los estados de la Unión, es decir, estamos ante una esfera de competencia local. De tal manera que cada estado tiene su propio Código Civil y de Procedimientos Civiles y Penales.

Por lo que se refiere a la legislación federal tenemos que el Código Federal de Procedimientos Civiles señala en su artículo 19 que “los juzgados de Distrito tienen la competencia material que detalladamente les atribuye la Ley Orgánica del Poder Judicial”. En este sentido, el artículo 53 de la LOPJF establece que:

Los jueces de Distrito Federales conocerán: I. De las controversias del orden civil que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano. Cuando dichas controversias sólo afecten intereses particulares podrán conocer de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los Estados y el Distrito Federal.

De lo anterior se deriva nuestra primer propuesta de reforma que se centra en plantear que la restitución internacional de menores sea materia federal y ya no estatal. Como se encuentra establecido en el artículo 53 de la LOPJF, los jueces de Distrito deben conocer sobre los asuntos del orden civil que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de tratados internacionales y sólo a elección del actor y cuando se afecten intereses particulares pueden conocer de ellas los jueces y tribunales de las entidades federativas.

El hecho de que exista una dispersión normativa en lo referente a la determinación de la competencia judicial civil internacional y el derecho aplicable propicia que cada tribunal estatal determine con su propio código civil y de procedimientos civiles su competencia judicial y derecho aplicable. Tomando en cuenta que contamos con tantos códigos civiles y de procedimientos civiles como entidades federativas existen en México podemos afirmar que lejos de que exista una uniformidad en el contenido de estos ordenamientos, por el contrario, cada Estado regula la

competencia judicial internacional y el derecho aplicable de manera diferente.

De lo anterior se desprende que consideremos que si bien la determinación de la competencia judicial civil internacional y de derecho aplicable se presenta únicamente en aquellos litigios que llevan implícito un elemento de extranjería, como es el caso que nos ocupa. Sería atinado que pudiéramos acudir a una normativa que pudiera unificar los criterios de derecho aplicables y competenciales.

Lo que proponemos es que se aplique la normativa civil federal para regular los aspectos de minoridad internacional, esto con la finalidad de tener un derecho uniforme de aplicación única y pareja para toda la República. Nuestro interés se centra en potenciar el principio de seguridad jurídica, tutela judicial efectiva,<sup>153</sup> y el principio del interés superior del menor, al tratar de prevenir que los casos de restitución internacional de menores dependan de un ámbito de territorialidad.<sup>154</sup> Además de que consideramos que es perjudicial la posibilidad de que un mismo supuesto de hecho pueda motivar la declaración de competencia o incompetencia en varios Estados tras la configuración de la normativa competencial y el diseño de su punto de conexión.

Ahora bien, en el caso de que se siga con el marco jurídico actual en el que esta materia es regulada por cada uno de los Estados, proponemos que se reforme la normativa civil federal y los códigos civiles y los códigos de procedimientos civiles de todas las entidades federativas tomando como muestra o ley modelo la redacción que propondremos en los apartados siguientes.

<sup>153</sup> Amores Conradi, M. A., “La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: artículo 22 LOPJ”, *REDI*, vol. XLI, núm. 1, 1989, p. 116 y 117.

<sup>154</sup> “El ámbito de territorialidad se presta a que el progenitor que sustrajo al menor se establezca en alguna entidad dependiendo de las bondades de la legislación de esa entidad, es decir, el progenitor tiene la posibilidad de escoger el foro competente según sus intereses y según lo beneficie la legislación de ese lugar”. Matus Calleros, E., *Derecho internacional privado mexicano ante la restitución internacional de menores*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2009, pp. 100 y ss.

## I. REFORMAS A LOS CÓDIGOS DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS

Comenzamos por establecer que en México la norma que determina la competencia judicial civil internacional coincide con la normativa que determina la competencia judicial interna, en concreto coincide con la norma de competencia territorial.<sup>155</sup>

En este sentido, las normas de competencia jurisdiccional que existen en la República mexicana son, generalmente, de competencia interna,<sup>156</sup> pues pretenden establecer bajo qué supuestos el órgano jurisdiccional mexicano deberá conocer de un determinado supuesto. De esta manera, si estamos frente a normas competenciales mexicanas de origen autónomo éstas sólo deben limitarse a atribuir competencia al Poder Judicial mexicano, y no a señalar la competencia o incompetencia de otros tribunales que no sean los suyos.

Dentro de la República mexicana, la normativa reparte competencia por razón de territorio, es decir, el Poder Legislativo de cada uno de los estados mexicanos determina, por medio de su normativa, el alcance y aplicación de éstas dentro de su territorio. De tal manera que la norma competencial del Distrito Federal no puede declarar la competencia de otro tribunal, por ejemplo, el de Aguascalientes, sino solamente puede declarar la competencia de los tribunales que se encuentren en el Distrito Federal. En este sentido, ningún estado de la República mexicana puede extralimitarse y establecer la competencia de otro tribunal que no se encuentre dentro de su territorio.

Cada uno de los estados mexicanos debe establecer en su normativa competencial el punto de conexión como condición necesaria para la declaración su competencia judicial civil internacional. Ahora bien, existe normativa competencial que puede

<sup>155</sup> Rodríguez Jiménez, S., *Competencia judicial civil internacional*, op. cit., p. 79.

<sup>156</sup> Silva, J. A., *Derecho internacional sobre el proceso...*, op. cit., p. 97.

señalar la competencia de otro tribunal. Sin embargo, en este supuesto el “envío” que realiza la norma competencial autónoma no debe ser entendida como una asunción de competencia del primer estado, sino como un reconocimiento unilateral por parte del primer estado de que es competente el tribunal de otro estado, pues la declaración de competencia del otro estado se producirá de conformidad con su normativa competencial autónoma.<sup>157</sup>

En este sentido, podemos afirmar que a pesar de que consideramos que las normas de competencia judicial civil autónoma deben atribuir y ya no distribuir como lo hacen las normas de competencia convencional. Consideramos que la previsión de foros alternativos evita una denegación de justicia y da en el caso que nos ocupa mayor seguridad al menor.

Tomando en cuenta la estructura de la norma de competencia judicial civil internacional podemos afirmar que dentro de sus elementos constitutivos encontramos: *a)* un supuesto de hecho (el objeto o litigio a conocer y resolver); *b)* un punto de conexión (foros de atribución de competencia), y *c)* una consecuencia jurídica (atribución de competencia o en su caso de incompetencia).<sup>158</sup>

De lo anterior se desprende que la norma de competencia judicial civil internacional en el caso que nos ocupa, que es la sustracción internacional de menores, debe estar redactada en el sentido de que contemple un supuesto de hecho que encaje específicamente en la figura de restitución internacional de menores.

Ahora bien la mayoría de los códigos de procedimientos civiles de la República mexicana no prevén un supuesto de hecho específicamente para esta figura, sino que por el contrario tenemos la necesidad de recurrir a aquellos supuestos en los que mejor encaja el tema que nos ocupa para darle respuesta.

En la mayoría de los casos acudimos a la siguiente redacción para dar respuesta a la restitución de menores: “Es Juez competente: En los negocios relativos a la tutela de los menores e

<sup>157</sup> *Ibidem*, p. 77.

<sup>158</sup> Rodríguez Jiménez, S., *Competencia judicial civil internacional*, *op. cit.*, pp. 85 y ss.

incapacitados, el juez de la residencia de estos, para la designación del tutor, y en los demás casos el del domicilio de este”. Sin embargo, como podemos observar la anterior redacción o las redacciones similares no dan respuesta directa y conveniente a la localización y restitución internacional de menores, ya que aunque a partir de la restitución de un menor se puede decretar posteriormente la custodia, guarda y visita, estos derechos deben ser tomados como independientes de la situación que los causa. Además de que el supuesto de hecho no son “los negocios relativos a la tutela de menores e incapacitados”, sino la localización y restitución internacional de menores.

Del análisis hecho a las normativas de todos los estados de la Republica mexicana encontramos que sólo cuatro estados —Durango, Michoacán, Querétaro y el Estado de México— prevén en su normativa competencial a la sustracción internacional de menores como supuesto de hecho. El artículo 159 bis de Durango establece:

Artículo 159 bis. En el caso de las sustracciones o retenciones ilícitas internacionales de menores, se estará, cuando sea aplicable, a lo dispuesto por los tratados internacionales que se hayan celebrado entre México y otros países.

Será competente para ordenar la restitución inmediata de un menor de edad cuya residencia habitual se encontrare establecida en el extranjero, y que haya sido objeto de un traslado o retención ilícita en México, en los términos previstos para tal efecto por los tratados internacionales celebrados por México, el juez de lo familiar del lugar en que este se encuentre, sin que para ello resuelva sobre la cuestión de fondo del derecho de custodia.

Por su parte, el Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo señala:

Artículo 435. Cuando se sustraiga, traslade o retenga a un menor de manera ilícita, la persona o institución que ejerza individual o conjuntamente la custodia o guarda legal, podrá solicitar a las autoridades judiciales y administrativas, la restitución.

Se entiende por sustracción, traslado o retención ilícita, cuando se afecten los derechos de custodia o de convivencia del menor, y se prive de los mismos sin el conocimiento y consentimiento de la persona o institución a cuyo cargo se encuentre, o bien que se realicen a través de la violencia física, moral o de forma dolosa.

Artículo 436. Son competentes para conocer de la solicitud de restitución de menores, las autoridades judiciales, el Sistema Integral para el Desarrollo Integral de la Familia michoacana y la Secretaría de Relaciones Exteriores de conformidad a su normativa; esta última en los casos de sustracción, traslado o retención de menores que se encuentren en el extranjero, o bien, cuando estos se encuentren en el Estado y hayan sido trasladados ilegalmente de su residencia habitual en otro país.

Artículo 438. La autoridad judicial competente será la de la residencia habitual del menor que ha sido sustraído, trasladado o retenido ilegalmente, y en los casos de urgencia será el del lugar en donde aquél se encuentre.

Artículo 439. Las autoridades judiciales y administrativas competentes en la restitución de menores, actuarán con eficacia y adoptarán las medidas necesarias para conseguir la pronta restitución, lo que incluye la custodia provisional si fuere procedente.

Se procurará en todo momento, la devolución voluntaria.

Cuando exista oposición o resistencia, se hará a través de los medios de apremio que la ley previene.

El artículo 154 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Querétaro establece que: “Es juez competente: XV. En los casos de restitución de menores, el de la residencia del menor hasta antes de su traslado o su retención ilícita; en casos de urgencia, el del lugar donde aquel se encontrare”.

Por último, el artículo 2.362 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México señala que:

Será competente el juez en materia familiar en cuya jurisdicción territorial de esta entidad federativa se encuentre el último domicilio del menor sustraído del Estado Mexicano.

El que ejerza jurisdicción en el lugar donde se localice el menor, cuando se solicita la restitución de éste por una autoridad central de otro país.

Como podemos observar, sólo cuatro estados de República mexicana señalan la sustracción internacional de menores como supuesto de hecho para determinar la competencia judicial civil internacional de sus tribunales.

En este sentido, nuestra propuesta se centra en sugerir que se reformen los códigos de procedimientos civiles de la República mexicana para que prevean como supuesto de hecho la sustracción/restitución internacional de menores. Además de que proponemos que se regulen de manera diferenciada los negocios relacionados con la tutela de menores e incapaces, los derechos de guarda, custodia y visita, de los procesos de localización y restitución internacional de menores.

En cuanto a la norma destinada a regular los negocios relacionados con la tutela de menores e incapaces, los derechos de guarda, custodia y visita, proponemos que la residencia habitual<sup>159</sup> del menor se establezca como punto de conexión para establecer la competencia o incompetencia de los tribunales mexicanos. En este sentido, la redacción sería la siguiente: “el juez del Distrito Federal (o en todo caso el de la entidad federativa correspondiente) será competente: en los negocios relativos a la tutela de los menores e incapacitados y en las cuestiones relativas a los derechos de guarda, custodia y visita, el de la residencia habitual del menor o incapacitado”.

En lo referente a la localización y restitución del menor sugerimos que la residencia habitual sea uno de los uno de los tres posibles puntos de conexión para determinar la competencia judicial civil internacional. De ser así proponemos la siguiente redacción:

<sup>159</sup> Proponemos que se utilice la residencia habitual del menor como punto de conexión para eliminar los problemas derivados de los domicilios forzados o legales. Álvarez Cozzi, C., *Restitución Internacional de Menores*, Montevideo, Ed. Universidad, 1988, p. 17.



El juez del Distrito Federal (o en todo caso el de la entidad federativa correspondiente) será competente:

Para los procesos de localización y restitución internacional de menores, el de la residencia habitual del menor antes de su traslado o su retención, el del lugar donde se encuentre o se presupone que se encuentre y el del lugar donde se hubiere producido el hecho ilícito cuando se concreten en su territorio.

Como podemos observar, nuestra propuesta tiene la finalidad de ser una redacción modelo que contribuya a que las legislaturas de los estados tomen en cuenta los vacíos legales que existen en torno al tema que nos ocupa, y que a partir de ahí lleven a cabo las reformas necesarias que fortalezcan el sector destinado a la atribución de competencia judicial internacional, así como ubicar en un concreto y justo contexto internacional la normativa mexicana, sobre todo en aquellas relaciones jurídicas que presentan vínculos con más de un estado.

Por tal motivo es que proponemos que se reformen los artículos 156.IX de Baja California Sur; el 157.IX de Baja California Norte; el 109.VIII de Sonora; el 153.X de Sinaloa; el 155.IX de Chihuahua; el 109.VIII de Zacatecas; el 40.VII de Coahuila; el 111.IX de Nuevo León; el 195.IX de Tamaulipas; el 161.IX de Jalisco; el 30.VIII de Nayarit; el 155.IX de Colima; el 142.IX de Aguascalientes; el 31 de Guanajuato; el 155.IX de San Luis Potosí; el 156.IX del Distrito Federal; el 34.VII de Morelos; el 154.IX de Hidalgo; el 108.XVII de Puebla; el 165.I de Tlaxcala; el 116.IX de Veracruz; el 24.I de Tabasco; el 29.I de Guerrero; el 146.IX de Oaxaca; el 158.IX de Chiapas; el 168 de Campeche; el 157.IX de Quintana Roo, y el 82 de Yucatán.

## II. REFORMAS A LOS CÓDIGOS CIVILES DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS

En lo que se refiere al derecho aplicable en el ámbito autónomo mexicano, y acotándolo de la misma manera que lo hicimos

con la competencia judicial civil internacional, en este apartado nos interesa establecer una redacción modelo que sirva como muestra a la legislaturas de los estados para que contemplen la creación de una norma conflictual que regule concretamente cuál debe ser el derecho material que rijan la figura de sustracción/restitución internacional de menores.

Como pudimos observar en el capítulo segundo cuando se analizó el sector de derecho aplicable en todos los códigos civiles de la República mexicana, en ninguno de estos ordenamientos se hace alusión a la normativa material aplicable a la restitución internacional de menores. Por esta razón nos vemos forzados a encuadrar nuestra figura a aquella categoría que regula el estado civil de las personas, esto por considerar que es la más acertada a la hora de encuadrar los supuestos de hecho que nos ocupan.

Respecto a la norma conflictual contemplada en los diversos Códigos Civiles de la República mexicana tenemos que existen varios grupos:

Primer grupo. Es el que se sigue en los Estados de Baja California Sur (artículo 12), Sonora (artículo 13), Zacatecas (artículo 1o.), Nayarit (artículo 12), Guanajuato (artículo 11), Hidalgo (artículo 12), Tabasco (artículo 2o.), Guerrero (artículo 12), Chiapas (artículo 11), y Campeche (artículo 12). Estos últimos señalan que sus leyes se aplican a todos sus habitantes, pero que tratándose de extranjeros se tendrá presente lo que dispongan las leyes federales.<sup>160</sup>

<sup>160</sup> En este punto el Código Civil Federal establece: “Artículo 13. La determinación del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas: II. El estado y capacidad de las personas físicas se rige por el derecho del lugar de su domicilio...”. Artículo 14. En la aplicación del derecho extranjero se observará lo siguiente: I. Se aplicará como lo haría el juez extranjero correspondiente, para lo cual el juez podrá allegarse la información necesaria acerca del texto, vigencia, sentido y alcance legal de dicho derecho; II. Se aplicará el derecho sustantivo extranjero, salvo cuando dadas las especiales circunstancias del caso, deban tomarse en cuenta, con carácter excepcional, las normas conflictuales de ese derecho, que hagan aplicables las normas sustantivas mexicanas o de un tercer estado; III. No será impedimento para la aplicación del derecho extranjero, que el derecho mexicano no prevea instituciones o procedimientos

Segundo grupo. Este grupo establece que las leyes de cada uno de los estados en lo que se refiere al estado y capacidad de las personas se aplicarán a todos sus habitantes sean nacionales o extranjeros. Lo anterior se sigue en los estados de Baja California (artículo 12), Sinaloa (artículo 12), Durango (artículo 12), Aguascalientes (artículo 9o.), San Luís Potosí (artículo 8o. del CC y los artículos 7o. y 9o. del Código Familiar), Morelos (artículo 5o. y artículos 1o. y 3o. del Código Procesal Familiar), Oaxaca (artículo 11), y Yucatán (artículo 6o.).

Tercer grupo. Establece que las leyes del estado se aplican a todas las personas que estén en su territorio, y que respecto a la determinación del derecho aplicable y aplicación del derecho extranjero se estará a lo dispuesto por las leyes federales. Lo sigue Puebla (artículos 14 y 19).

Cuarto grupo. Lo representan los estados que abordan la aplicación del derecho extranjero y contemplan normas de conflicto para dar respuesta al sector de derecho aplicable en estas categorías jurídicas. Se sigue en los estados de Chihuahua (artículo 15), Nuevo León (artículos 12, 21 bis, 21 bis I al 21 bis IX), Jalisco (artículo 15 fracción I y VI), Colima (artículos 12, 13 fracción II, 14 y 15), Querétaro (artículos 12, 13 fracción II, 14 y 15), Distrito Federal (artículos 13 fracción II, 14 y 15), y Veracruz (artículos 5, 5-A fracción II, 5-B, 5-C).

esenciales a la institución extranjera aplicable, si existen instituciones o procedimientos análogos; IV. Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, no deberán resolverse necesariamente de acuerdo con el derecho que regule a esta última, y V. Cuando diversos aspectos de una misma relación jurídica estén regulados por diversos derechos, éstos serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de tales derechos. Las dificultades causadas por la aplicación simultánea de tales derechos se resolverán tomando en cuenta las exigencias de la equidad en el caso concreto. Artículo 15. No se aplicará el derecho extranjero: I. Cuando artificioosamente se hayan evadido principios fundamentales del derecho mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión; y II. Cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano.

Quinto grupo. Le sigue el estado de Coahuila que de manera genérica prevé que las leyes del estado se aplicarán a todos sus habitantes sin establecer ninguna disposición conflictual, al igual que Tamaulipas (artículo 5o.), Michoacán (artículo 1o.), Estado de México (artículo 1.9), Tlaxcala (artículo 15), y Quintana Roo (artículo 2o.).

En lo que se refiere al texto de los grupos anteriormente mencionados, tomaremos como ejemplo la norma de uno de los estados de cada grupo para exponer la diferencia entre estos grupos. Las redacciones vienen a ser las siguientes:

Primer grupo. Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Baja California Sur:

Artículo 12. Las leyes del Estado de Baja California Sur, incluyendo las que se refieren al estado y capacidad de las personas, se aplican a todos los habitantes del mismo, ya sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados en el o sean transeúntes; pero tratándose de extranjeros se tendrá presente lo que dispongan las leyes federales sobre la materia.

Segundo grupo. Código Civil para el Estado de Baja California: “artículo 12. Las leyes del Estado de Baja California, incluyendo las que se refieren al estado y capacidad de las personas se aplican a todos los habitantes del propio Estado, ya sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados en el o sean transeúntes”.

Tercer grupo. Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla:

Artículo 14. Las leyes del Estado de Puebla se aplicarán a todas las personas que estén en su territorio, así como a los actos y hechos ocurridos en su jurisdicción o ámbito territorial y aquellos que se sometan válidamente a dichas leyes, salvo cuando en estas proceda la aplicación del derecho de otra entidad federativa, o de un derecho extranjero, o además en lo previsto en los tratados de los que México sea parte.

Artículo 19. Respecto de la determinación del derecho aplicable y la forma de aplicación o no del derecho extranjero, se estará a lo dispuesto por las leyes federales.

Las situaciones jurídicas válidamente creadas en un estado extranjero o en otras entidades federativas deberán ser reconocidas en el estado de puebla. El estado civil y capacidad de las personas físicas se rigen por el derecho del lugar de su domicilio.

#### Cuarto grupo. Código Civil para el Estado de Nuevo León:

Artículo 12. Las leyes del Estado de Nuevo León y las demás leyes mexicanas en su caso y siempre que no sean contrarias al orden público, incluyendo las que se refieren al estado y capacidad de las personas, se aplican a todos los habitantes del Estado, ya sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados en el o sean transeúntes.

Artículo 21 bis. Las normas conflictuales en asuntos de derecho civil, determinan las que deben ser aplicables a situaciones jurídicas creadas, con contacto del derecho extranjero. Asimismo se aplicarán a aquellas que tuvieren contacto con normas de otras entidades federativas.

Las normas conflictuales no se aplicarán en cuanto fueren incompatibles con tratados o convenciones internacionales, de los cuales el Estado mexicano sea parte actualmente, o lo sea en el futuro.

Artículo 21 bis I. Para la solución de situaciones jurídicas que requieran la aplicación de normas conflictuales, se aplicará el orden jurídico que tenga la más estrecha relación con ellas. Este principio dominante se observará en la interpretación de las siguientes disposiciones conflictuales creadas con esta finalidad, por lo tanto el texto de cualquier disposición conflictual podrá ser pospuesto en todos aquellos casos en los cuales se justifique la presencia de una solución directamente basada en dicho principio.

Artículo 21 bis II. El derecho extranjero se aplicará de oficio como se haría en el territorio de su creación y vigencia original, de lo cual resulta también la obligación de las autoridades del Estado para proveerse de él, por lo tanto no queda sometido a la carga de prueba de las partes en cuanto a su existencia, contenido

y vigencia, sin perjuicio de que las partes puedan probar, alegar o coadyuvar, para obtener la información necesaria sobre dicho derecho extranjero.

Para su aplicación se observarán los criterios judiciales y doctrinales que se relacionen con el derecho extranjero, en la medida en que no sean incompatibles con las normas interpretativas del Estado.

Si no se obtuviere la información que se requiera para aplicar el derecho extranjero a un caso determinado en el plazo que discrecionalmente se fije por la autoridad, se aplicará en su lugar el derecho local, observándose en cada caso las circunstancias específicas que exijan reducción del plazo hasta determinar la aplicación inmediata del derecho local, así como para el dictado de providencias precautorias.

Artículo 21 bis III. Las remisiones a un derecho extranjero incluyen también las disposiciones remisorias contenidas en el mismo a no ser que estos reenvíos sean incompatibles con la finalidad de remisiones establecidas en el derecho local o en un derecho extranjero o, que se disponga otra cosa en la propia legislación conflictual en forma de remisiones expresamente limitadas al derecho sustantivo de un estado extranjero. Se observarán reenvíos solamente hasta el grado de que ellos conduzcan en forma de regreso a las propias leyes o a las de un estado extranjero ya incluido en la serie de envíos, casos en los cuales se aplicarán únicamente las normas sustantivas locales o las de dicho estado extranjero, respectivamente, sin tomar en consideración normas conflictuales del propio derecho local o, en su caso, del estado extranjero mencionado.

Los convenios relativos a la aplicación de un derecho extranjero tienen validez en las situaciones expresamente admitidas para tal objeto en el derecho local conflictual. Estos convenios deben tener forma escrita. El establecimiento de la aplicación de cierto derecho en un convenio se entiende solamente relacionado con el derecho sustantivo correspondiente, sin inclusión de las normas conflictuales del mismo orden jurídico, a no ser que en el convenio se refiera expresamente a la inclusión de estas normas.

La posición y los intereses jurídicos de terceros de buena fe no son afectables por tal convenio, si éste se celebra con posterioridad a la constitución de dicha posición.

Artículo 21 Bis VI. El estado, la capacidad y el estatuto de las personas físicas se rigen por el derecho vigente en su domicilio.

La existencia, capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, el funcionamiento corporativo, transformación, fusión, disolución, liquidación, responsabilidad de socios o asociados y las facultades de los órganos de las personas morales extranjeras de derecho civil, se registrarán por el derecho aplicado a su constitución.

Artículo 21 Bis VII. La forma de los actos jurídicos se registrará por el derecho del lugar donde se celebren, por aquel que fuere aplicable a los efectos de los actos o por las disposiciones del derecho local, cuando en el último caso hayan de tener efectos en el Estado.

Artículo 21 Bis VIII. No se aplicará una disposición extranjera, si conduce a un resultado incompatible con el orden público propio; en su lugar se aplicará el derecho local. Éste registrará en la misma medida, en los casos en los cuales el derecho extranjero carezca de normas, cuya existencia directa pertenezca al orden público.

Artículo 21 Bis IX. Si en una remisión o reenvío se determina el derecho de un Estado extranjero con dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos órdenes jurídicos parciales, como en una Federación los códigos locales, sin que en esta determinación conflictual se señale concretamente la unidad correspondiente, se elegirá ésta conforme al sentido y la finalidad de tal determinación conflictual o según la reglamentación interlocal del país extranjero, pero siempre con observancia del principio de la relación más estrecha.

Si se remite al derecho mexicano sin que se exprese en la remisión la entidad federativa mexicana cuyas leyes deben ser aplicadas, la determinación de las últimas, se efectuará de conformidad conducente con los otros medios establecidos en la parte final del párrafo anterior, entrando, sin embargo, en lugar de la reglamentación interlocal extranjera la mexicana y en el lugar de la determinación conflictual mexicana la extranjera.

## 240 RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: MÉXICO

A las relaciones exclusivamente interlocales se aplicarán las normas conflictuales conforme a lo siguiente:

A) Se aplicará lo dispuesto en los artículos 21 Bis, 21 Bis II, 21 Bis III, 21 Bis IV, 21 Bis V, 21 Bis VI 21 Bis VII; en lo que se estime conducente.

B) Las normas de una entidad federativa sólo tendrán efectos en su propio territorio, no siempre en consecuencia obligatoria fuera de él.

La adquisición, constitución, tenencia y terminación de derechos reales y el uso sobre bienes muebles e inmuebles, así como su calificación se rigen por el derecho del lugar en que se hubieren encontrado al tiempo de la creación de los supuestos legales correspondientes, a no ser que se trate de relaciones sometidas a una ley específica como las de sucesión.

Los actos del estado civil que se efectúen conforme a las leyes de una entidad federativa, tendrán validez en el estado.

Quinto grupo. Código Civil del Estado de Coahuila de Zaragoza:

Artículo 2o. Las leyes del Estado se aplicarán a todos los habitantes de Coahuila sin distinción de personas, cualquiera que sea su sexo o nacionalidad, estén domiciliados en el Estado o se hallen en el de paso. Las leyes que establecen excepciones a las reglas generales no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes.

Como podemos observar, las redacciones de los códigos civiles de la República mexicana no contemplan una fracción que de manera específica y particularizada de respuesta a la sustracción internacional de menores. Situación que como ya habíamos mencionado nos obliga a utilizar el rubro “el estado civil y capacidad de las personas” como categoría genérica, para dar respuesta a dos problemáticas diferentes: los negocios relativos a la tutela de menores e incapaces en las cuestiones relacionadas con derechos de guarda, custodia y visita, y los procesos de localización y restitución internacional de menores. Además de que el punto



de conexión previsto para determinar la norma material no es la más adecuada, pues determina de manera general que se aplique la *lex fori* o ley del foro, haciendo imposible la aplicación de la norma material de un tercer Estado que pueda, de manera más certera y contextualizada, responder al interés superior del menor, así como ofrecer la respuesta más adecuada al fondo de la pretensión.<sup>161</sup>

En este sentido, nuestra propuesta se centra en que se añadan un par de fracciones, las cuales quedarían de la siguiente manera:

La determinación del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas:

I. Los negocios relativos a la tutela de menores e incapaces y las cuestiones relativas a los derechos de guarda, custodia y visita, se regirán por las leyes de la residencia habitual del menor;

II. Los procesos de localización y restitución internacional de menores se regirán por el derecho aplicable de la residencia habitual del menor.<sup>162</sup>

### III. REFORMAS A LOS CÓDIGOS PENALES DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS

Por último, en este apartado nos interesa proponer que la tipificación del delito de sustracción y retención ilegal menores esté redactada de tal manera que:

a) Dichas conductas se encuadren bajo la rúbrica de delitos contra la familia;

b) Se haga una diferencia entre la sustracción que puede realizar cualquier sujeto activo, de la sustracción que puede realizar específicamente uno de los padres del menor, en el supuesto de que lo sustraiga del poder del otro progenitor, al que legal o ju-

<sup>161</sup> González Martín, N. y Rodríguez Jiménez, S., *El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional. Contexto mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 232 y ss. Matús Calleros, E., *Derecho internacional privado...*, *cit.*, p. 107.

<sup>162</sup> *Ibidem*, p. 106.

dicialmente se le ha encomendado la guarda o lo sustraigan de la persona o institución que legalmente tuviese la potestad del menor, o estuviese encargada de su guarda y custodia.

c) Se establezcan sanciones diferentes dependiendo de quién es el sujeto activo, ya que no debe castigarse igual la sustracción realizada por los padres que la realizada por algún otro pariente;

d) Acudir a las agravantes que valoran el móvil para establecer mayores penas a los siguientes supuestos: 1) La sustracción sea realizada por un pariente que no tiene la patria potestad; 2) La sustracción se realice posterior a una decisión judicial; 3) la sustracción se realice con la finalidad de trasladar al menor al extranjero, y 4) que una vez decretada la restitución del menor a quien ostenta los derechos de guarda y custodia, el sujeto activo retenga ilegalmente al menor.

e) Se establezca que el espacio de tiempo que debe transcurrir para que este delito se configure depende de que las obligaciones derivadas de los derechos de guarda y custodia se vean quebrantadas como consecuencia de la sustracción del menor, ya que una sustracción puramente pasajera no debe de ser suficiente para integrar este delito.

f) Consideramos relevante que el tope de edad del sujeto pasivo establecido por el legislador debe tomar en cuenta la edad establecida en la normativa convencional, para que en los casos de sustracciones internacionales no haya confusiones sobre cuál es la edad que deberá tomarse en consideración.

g) Al ser un delito eminentemente doloso se sugiere que el dolo se centre en la conciencia y voluntad del agente de sustraer a un menor del ámbito de su custodia, guarda y vigilancia.

Por otro lado, en cuanto a la retención ilegal de menores nos vemos en la necesidad de poner de relieve que nuestro legislador tampoco ha sido muy certero en la redacción del mencionado precepto. En este sentido, consideramos que la retención ilegal debe estar incluida en el mismo artículo que regula la sustracción de menores, ya que la retención a la que nosotros nos referimos se da como consecuencia de la sustracción, a diferencia de otro tipo de retenciones ilegales.

De lo anterior se propone la siguiente redacción:

Título Delitos contra la familia, Capítulo De la sustracción de menores

Comete el delito de sustracción el progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor de edad. A los efectos de este artículo se considera sustracción:

1) El traslado de un menor de edad de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia;

2) La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.

Se aumentarán las penas a que se refiere este artículo:

I. Al ascendiente consanguíneo o pariente consanguíneo hasta el cuarto grado de un menor de edad, que lo sustraiga sin causa justificada, o sin orden de la autoridad competente, de la custodia legítima de quien o quienes ejercen la patria potestad o la tutela, o lo retenga contra la voluntad de éste sin el propósito de obtener un lucro económico o indebido;

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

III. Cuando la sustracción del menor se realice violando una decisión judicial que ha desposeído al sujeto activo de la guarda del menor;

IV. Cuando la sustracción de menor se realice con la finalidad de cambiar la residencia habitual del menor al extranjero, sin autorización judicial o excediendo los límites de dicha autorización;

IV. Cuando una vez decretada judicialmente la devolución o restitución del menor a quien ostenta la patria potestad y/o los derechos de guarda y custodia, el sujeto activo se resista a restituir al menor y lo retenga ilegalmente.

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 pena. Si la restitución la hiciere, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena que establece este artículo reducida por la mitad. Estos plazos se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción.

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

El delito de sustracción de menores e incapaces se perseguirá por querrela de la parte ofendida o de sus representantes legítimos.