

REVISTA

DE

DERECHO PRIVADO

Cuarta Época

año VII • núm. 17 • enero-junio de 2020



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Director

Dr. Pedro Salazar

Secretaria académica

Dra. Issa Luna Pla

Secretario técnico

Lic. Raúl Márquez Romero

Jefa del Departamento de Publicaciones

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho

Revista de Derecho Privado, año VII, núm. 17, enero-junio de 2020, es una publicación semestral editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México, a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México, teléfono 5622 7474, correo electrónico: ocbarney@unam.mx. Editor responsable: Oscar Cruz Barney. Número de reserva de derechos: 04-2016-021710000500-203. ISSN 2448-7902. Número de certificado de licitud de título: 5792. Número de certificado de licitud de contenido: 4471.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación. Se autoriza la reproducción total o parcial de los textos aquí publicados siempre y cuando se cite la fuente completa de la publicación.

Cuidado de la edición: Ilayali Labrada Gutiérrez y Edna María López García

Formación en computadora: Edna María López García

Diseño de interiores: Leslie Cuevas Garibay

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

DR. JORGE BARRERA GRAF (†)
Fundador

DR. OSCAR CRUZ BARNEY
Director

LIC. RAÚL MÁRQUEZ ROMERO
MTRA. WENDY VANESA ROCHA CACHO
Coordinación editorial

CONSEJO DE HONOR

Dr. Jorge Adame Goddard, Dra. Ingrid Lilian Brena Sesma y Dr. Jorge Mario Magallón Ibarra.

CONSEJO EDITORIAL

Hugo Alejandro Acciarri (UNS, Argentina), Dr. Antonio Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos (†) (UCM, España), Dr. Jorge Adame Goddard (UNAM, México), Dra. Rosa María Álvarez (UNAM, México), Lic. Javier Arce Gargollo (UNAM, México), Lic. Fernando Barrera Zamorategui (UNAM, México), Lic. José de Jesús Barroso Figueroa (UNAM, México), Dr. Rodolfo Cruz Miramontes (†) (UNAM, México), Luciano Benneti Timm (PUCRS, Brasil), Dra. Ingrid Lilian Brena Sesma (UNAM, México), Dr. Miguel Ángel Borja Tovar (UNAM, México), Lic. Carlos Loperena Ruiz (ELD, México), Alfredo Bullard González (PUCP, Perú), Dra. Elva Leonor Cárdenas Miranda (UNAM, México), Dr. Alfonso Jesús Casados Borde (UNAM, México), Lic. Emilio González de Castilla del Valle (ELD, México), Mtro. Fernando Estavillo Castro (UIA, México), Dr. Nader Hakim (U. de Bordeaux, Francia), Fernando Castillo Cadena (PUJ, Colombia), Dr. Andrés Cruz Mejía (UNAM, México), Dr. Juan Javier del Granado (UNAM, México), Dr. Jorge Alfredo Domínguez Martínez (UNAM, México), David Enríquez Rosas (ITAM, México), Dra. Elvia Lucía Flores Ávalos (UNAM, México), Dr. Imer Flores Mendoza (UNAM, México), Dr. Flavio Galván Rivera (UNAM, México), Lic. Eduardo García Villegas (UNAM, México), Dr. Francisco González de Cossío (UIA, México), Dra. Nuria González Martín (UNAM, México), Dr. Enrique Guadarrama López (UNAM, México), Dr. Julián Güitrón Fuentevilla (UNAM, México), Félix Huanca Ayaviri (UMSA, Bolivia), Mónica Infante Henríquez (PUCMM, República Dominicana), Dr. Pedro Alfonso Labariega Villanueva (UNAM, México), Lic. Andrés Linares Carranza (UNAM, México), Juan Carlos Marín (ITAM, México), Dr. Fernando Medina González (UNAM, México), Bruno Meyerhof Salama (FGV, Brasil), Dra. Gloria Moreno Navarro (UNAM, México), Enrique Pasquel (PUCP, Perú), Carlos

Patrón (PUCP, Perú), Dra. Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña (UNAM, México), Dr. Othón Pérez Fernández del Castillo (UNAM, México), Lic. Bernardo Pérez Fernández del Castillo (UNAM, México), Francisco Reyes Villamizar (ISU, EUA), Dr. Jorge Eduardo Magallón Ibarra (UNAM, México), Dr. Jorge Antonio Sánchez Cordero Dávila (UNAM, México), Mtro. Guillermo Solórzano Leiro (UNAM, México), Dr. Javier Tapia Ramírez (UNAM, México), Dr. Óscar Vásquez del Mercado (UNAM, México) y Dr. Jorge Alberto Witker Velásquez (UNAM, México).

COMITÉ EDITORIAL

Dr. Horacio Heredia Vázquez (†) (UNAM, México), Dr. Jaime Olaiz González (UP, México), Dr. Eduardo Montoya López (UNAM, México), Lic. Alfonso Pérez-Cuéllar Martínez (UIA, México), Lic. Miguel Ángel Hernández-Romo Valencia (ELD, México), Lic. Consuelo Visoso Lomelín (ITAM, México), Dra. Carmen Quijano Decanini (UIA, México), Mtro. Fernando Marcín Balsa (UIA, México), Mtra. Carlota Peón Guerrero (UIA, México), Mtra. Maggie Hambleton (UP, México), Lic. Arturo Pueblita Fernández (UIA, México), Dra. Karla Roel de Hoffmann (UP, México), Dra. Laura Velázquez Arroyo (UNAM, México) y Lic. Sofia Gómez Ruano (UP, México).

Asistente: José Manuel Landa Llamas

Revista de Derecho Privado por Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, se distribuye bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-Sin Derivar 4.0 Internacional* (CC BY-NC-ND 4.0).

Primera edición: 2 de septiembre de 2021

2021. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Hecho en México

ISSN: 2448-7902

CONTENIDO

Doctrina nacional

Ordenamientos ecológicos territoriales, derechos humanos y vinculación jurídica

Juan Pablo Bolio Ortiz
Héctor Joaquín Bolio Ortiz
Alfonso Munguía Gil • 3

Selección y breve comentario a alguna jurisprudencia relevante en la práctica forense de México sobre aspectos sustanciales, procesales y/o probatorios de la acción de prescripción adquisitiva o usucapión de buena fe (notas histórico comparativas)

Fernando Marcin Balsa • 29

El nuevo derecho de familia en México: configuración y casos emblemáticos

Miguel Carbonell • 83

Doctrina internacional

El uso de mandatarios en los derechos de garantías mobiliarias hongkonés e inglés

Raúl Iturralde González • 127

CONTENIDO

Formación y perfección del contrato electrónico en España

Henry Sosa Olán • 159

Homenajes post mortem

Antonio Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos: Jurista y amigo de México

Oscar Cruz Barney • 195

Horacio Heredia Vázquez (1979-2020)

Oscar Cruz Barney • 203

Rodolfo Cruz Miramontes, in memoriam

Oscar Cruz Barney • 205

Revista de Derecho Privado, Cuarta Época,
año VII, núm. 17, enero-junio de 2020



**DOCTRINA
NACIONAL**

Ordenamientos ecológicos territoriales, derechos humanos y vinculación jurídica

Territorial Ecological Ordinations, Human Rights and Legal Linkage

Juan Pablo Bolio Ortiz*
Héctor Joaquín Bolio Ortiz**
Alfonso Munguía Gil***

RDP

Resumen

En este trabajo exponemos la importancia del ordenamiento ecológico como instrumento de política ambiental que permite integrar saberes en pro de la protección del medio ambiente y manejo sustentable de los recursos naturales, de tal forma que uno de los objetivos de dicho instrumento es transitar de la perspectiva teórica de la norma protectora del medio ambiente hacia un enfoque de acción social en pro de la protección del derecho humano a vivir en un medio ambiente sano. La idea es que el ordenamiento ecológico sea un instrumento para la defensa social de bienes comunes como el medio ambiente y el manejo de actividades y recursos naturales conforme a la cosmovisión de grupos indígenas, lo que permitirá transformar relaciones sociales dominantes.

* Licenciado en derecho (UADY), maestro y doctor en Historia (CIESAS), adscrito al Servicio Profesional Electoral Nacional, correo electrónico: juan.bolio@iepac.mx.

** Licenciado en derecho (UADY), maestro en Desarrollo Regional (Tecnológico Nacional), maestro en Trabajo Social (UNAM), doctorando en Ciencias Sociales (UADY), adscrito al Servicio Profesional Electoral Nacional, correo electrónico: joaquin.bolio@iepac.mx.

*** Licenciatura en Administración de Empresas (UNAM), maestría en Administración (UNAM), doctorado en Economía (Universidad La Sorbona de París), adscrito al Instituto Tecnológico Nacional, campus Mérida.

JUAN PABLO BOLIO ORTIZ / HÉCTOR JOAQUÍN BOLIO ORTIZ / ALFONSO MUNGUÍA GIL

PALABRAS CLAVE: ordenamiento territorial, derecho ambiental, derechos humanos, ley.

Abstract

The present article exposes the relevance of the Ecological Ordinance as an instrument of environmental policy that allows to integrate knowledge for the protection of the environment and sustainable management of natural resources. Likewise, the approach is that the EMB must be seen as a legal tool that serves citizens in defense of their human rights to enjoy a healthy environment and for the consecration of the right to self-determination of indigenous communities for the case of regions with native populations.

KEYWORDS: territorial planning, environmental law, human rights, law.

Sumario:

1. Introducción.
2. Metodología y estado del arte.
3. Marco legal.
4. Ordenamiento ecológico, la instrumentación de las políticas, medios de defensa y vigilancia.
5. Consideraciones finales.
6. Bibliografía.

1. Introducción

En este artículo se expone la relevancia del ordenamiento ecológico (OE) como instrumento de política ambiental que permite integrar saberes en pro de la protección del medio ambiente y manejo sustentable de los recursos naturales. El planteamiento principal es que el OE debe ser visto como una herramienta jurídica que sirva a la ciudadanía en la defensa del derecho humano a disfrutar de un medio ambiente sano y para la consagración del derecho a la libre determinación de las comunidades indígenas para el caso de regiones con poblaciones originarias.

En este sentido, el artículo está dividido en tres partes: la primera detalla algunos estudios vinculados a los OELs (ordenamiento ecológico territorial), lo que permite entender qué metodología y estudios se han empleado para analizar el papel de los OELs en la política ambiental y el desarrollo sustentable. La segunda sección se refiere a los fundamentos legales que regulan la figura de los OELs, esto es relevante pues en los últimos años en México se ha suscitado un debate en torno a la obligatoriedad de la aplicación de los OELs, ya que un sector de la academia y la burocracia mexicana sostienen que no son vinculantes porque las normas que plasman en los mismos son simples recomendaciones para la implementación de las políticas de desarrollo urbano. La postura en la cual nos circunscribimos es que, sin lugar a dudas, los OELs son vinculantes, lo cual será explicado a detalle en la mencionada sección, y se justificará mediante la exégesis de la norma ambiental del porqué de dicha hipótesis. La tercera sección expondrá algunos conceptos que aclaran cómo deben operar los multirreferidos instrumentos de política ambiental de manera ideal, también se explican los procedimientos marcados en la norma para poder hacer efectivo el cumplimiento de los criterios señalados en los OELs. Por último, se presentan algunas reflexiones y recomendaciones finales, donde se exponen los retos para la implementación efectiva de un OE, así como una crítica a la poca difusión que se les ha dado desde la administración pública (AP) y la academia, principalmente en las escuelas de derecho, donde se aprecia un desconocimiento generalizado del tema.

2. Metodología y estado del arte

La metodología utilizada para entender la relevancia y principios rectores de los OELs parte de un análisis holístico que, en un primer lugar, apela por la interpretación de las normas ambientales y de derechos humanos que guardan relación con los principios teóricos del OE y las formas en que la sociedad puede exigir el cumplimiento de los mismos mediante mecanismos jurídicos, y, a la vez, con el cruce de teorías y conceptos que hacen énfasis en la importancia del conocimiento de la norma de manera integral por parte de la sociedad para poder implementarla

JUAN PABLO BOLIO ORTIZ / HÉCTOR JOAQUÍN BOLIO ORTIZ / ALFONSO MUNGUÍA GIL

efectivamente. No existe la pretensión de comprender únicamente la exégesis normativa, es fundamental entender cómo operan los OELs en la práctica, y para ello se proponen estudios futuros donde, a partir de métodos como el sociológico jurídico, el antropológico jurídico y técnicas de investigación como entrevistas u observaciones *in situ*, permitan entender los significados, representaciones y alcances de las normas referidas por parte de las instituciones, actores sociales y políticos que inciden en su formulación y aplicación.

Los OELs se han definido en múltiples trabajos, uno de ellos el de Adán Guillermo, donde definen al ordenamiento ecológico territorial como un instrumento de política pública para la planeación a partir de un proceso con el que se busca el cuidado de la biodiversidad en un territorio, así como su uso y ocupación acorde con las potencialidades y limitaciones del mismo, las expectativas y aspiraciones de la población y los objetivos sectoriales de desarrollo (económico, social, cultural y ecológico).¹

La LGEEPA (Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente), en su artículo 3o., fracción XXIV, define el ordenamiento ecológico como “el instrumento de política ambiental cuyo objeto es regular o inducir el uso del suelo y las actividades productivas, con el fin de lograr la protección del medio ambiente y la preservación y aprovechamiento sustentable de los recursos naturales, a partir del análisis de las tendencias de deterioro y las potencialidades de aprovechamiento de éstos”.²

Un estudio que recalca la relevancia en cuanto a la ejecución de las políticas ambientales estipuladas en los OE es el de López, Munguía y Sarmiento, en él se hace hincapié en que:

...el Estado debería garantizar la protección al ambiente mediante la aplicación efectivas de leyes como el OE, por desgracia en muchas ocasiones se anteponen los intereses propios o de grupos par-

¹ Ramírez, Adán *et al.*, “El ordenamiento ecológico territorial instrumento de política ambiental para la planeación del desarrollo local”, *Estudios Sociales*, México, julio-diciembre de 2019, pp. 69-99.

² Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, México, 2018.

ticulares, que buscan acrecentar su poderío político y económico. En este sentido, es menester recalcar que uno de los objetivos de este artículo es mostrar la importancia de empoderar a la población en cuanto al conocimiento de las leyes y vía que se cuentan para la aplicación efectiva del OE, pues no basta con que termine en el decreto.³

Los mencionados autores, en varios artículos, señalan que la perspectiva que impulsa el OE es una alternativa a la visión reduccionista de la naturaleza, pues se olvida que la economía se encuentra inmersa dentro un sistema ecológico y social que la contiene y condiciona. Por ello recalcan que la economía solidaria es una forma de integrar las necesidades de sociedad y la economía con el medio ambiente a partir de un enfoque participativo y de autogestión de los recursos naturales.⁴

En esta tesitura, dentro de los principios rectores de los OELs está el de la gobernanza, que tiene como base el enfoque participativo en la toma de decisiones y vigilancia en cuanto al cuidado en el cumplimiento de los criterios ecológicos. En este sentido, López, Munguía y Sarmiento refieren que las políticas públicas de los OEs buscan la integración de los sectores sociales y públicos como el gobierno, la sociedad y la academia, de modo que pueda resolver problemas concretos y promover la integración social. Sin embargo, en la realidad, las políticas públicas no siempre son públicas y no siempre responden a las necesidades de las personas a quienes están dirigidas.⁵

Por eso, en la siguiente sección se detallarán los fundamentos jurídicos del OE, las vías para poder exigir su cumplimiento y las correspondientes sanciones en caso de inobservancia de los criterios ecológicos contenidos.

³ López, Rafael *et al.*, “Una nueva reforma del POETCY: el rol del Estado en la protección del medio ambiente y la participación ciudadana”, Mérida, AMECIDER-UNAM, 2016, pp. 1-23.

⁴ López, Rafael *et al.*, “La racionalidad económica en los nuevos criterios de regulación ecológica del Programa de Ordenamiento Ecológico del Territorio Costero del Estado de Yucatán”, *Paradigma Económico*, México, año 9, núm. 1, enero-junio de 2017, pp. 17-102.

⁵ López, Rafael *et al.*, *op. cit.* p. 13.

JUAN PABLO BOLIO ORTIZ / HÉCTOR JOAQUÍN BOLIO ORTIZ / ALFONSO MUNGUÍA GIL

3. Marco legal

El OE tiene su fundamento jurídico en una gran diversidad de leyes y normativas en nuestro país, pasando por la Constitución, tratados internacionales, leyes federales, normativas estatales y municipales, que regulan el derecho humano a un medio ambiente sano y sustentable. Por ello es importante partir de la noción de éste como una vía para poder exigir el cumplimiento del derecho de gozar de un medio ambiente sano, el cual tiene las siguientes características: es difuso, colectivo e integral; es decir, la problemática ambiental atañe a todos por igual, razón por la que sienta sus principios y criterios en la gobernanza e integración a partir de las necesidades de todos los sectores de la sociedad.

El derecho al medio ambiente sano como derecho humano está contemplado en el artículo 4o. de la Constitución política mexicana, y es considerado de tercera generación por ser colectivo; o sea, que su violación transfiere las esferas sociales. Dicho artículo dispone: “toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley”.⁶

El artículo 25 de la Constitución mexicana establece que al Estado le corresponde:

...la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución. La competitividad se entenderá como el conjunto de condiciones necesarias para generar un mayor crecimiento económico, promoviendo la inversión y la generación de empleo.⁷

⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Porrúa, 2018.

⁷ *Idem*.

ORDENAMIENTOS ECOLÓGICOS TERRITORIALES, DERECHOS HUMANOS Y VINCULACIÓN JURÍDICA

De la misma manera, se estipula que para impulsar y organizar las áreas prioritarias del desarrollo, podrán participar los sectores sociales y privados. Más adelante, nuevamente vemos que bajo el criterio de la equidad social, la productividad y la sustentabilidad, se impulsa a las empresas de los sectores social y privado de la economía, supeditándolas al interés público y beneficio general, en favor de los recursos naturales, la conservación y el medio ambiente.

En el artículo 27 constitucional los principios de protección al medio ambiente subyacen bajo la idea del párrafo segundo, donde se dispone lo siguiente:

...la nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana.⁸

Asimismo, se señala que deberán dictarse

...las medidas necesarias para el ordenamiento de los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población; para preservar y restaurar el equilibrio ecológico; para el fraccionamiento de los latifundios; para disponer, en los términos de la ley reglamentaria, la organización y explotación colectiva de los ejidos y comunidades; para el desarrollo de la pequeña propiedad rural; para el fomento de la agricultura, de la ganadería, de la silvicultura y de las demás actividades económicas en el medio rural, y para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad.⁹

⁸ *Idem.*

⁹ *Idem.*

JUAN PABLO BOLIO ORTIZ / HÉCTOR JOAQUÍN BOLIO ORTIZ / ALFONSO MUNGUÍA GIL

El séptimo Tribunal Colegiado de Circuito resolvió que:

DERECHO HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO PARA EL DESARROLLO Y BIENESTAR DE LA PERSONA. LA OBLIGACIÓN CORRELATIVA DE SU RESPETO NO SÓLO SE DIRIGE A LAS AUTORIDADES, SINO TAMBIÉN A LOS GOBERNADOS. A partir de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de junio de 1999, rige un nuevo marco normativo que reconoce el derecho humano a un medio ambiente sano para el desarrollo y bienestar de la persona, al incorporarlo al párrafo quinto del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En consecuencia, atento a la eficacia horizontal de los derechos humanos, la obligación correlativa de su respeto no sólo se dirige a las autoridades, sino también a los gobernados; tan es así que en 2012 se elevó a rango constitucional el diverso principio de responsabilidad para quien provoque daño o deterioro ambiental; de ahí que la importancia del nuevo sistema de justicia ambiental y su legislación secundaria, que reglamenta la figura de responsabilidad por daño al entorno, es evidente desde la óptica de los derechos humanos, pues no sería posible avanzar a la tutela efectiva de las prerrogativas reconocidas por el Texto Constitucional, sin su aplicación (Tesis I.7o.A.1 CS).

Como se observa en los anteriores criterios, la protección del medio ambiente es una obligación de gobernantes y gobernados. Dicho derecho se expresa a través de instrumentos de política pública y leyes ambientales, las cuales son herramientas para lograr el acceso efectivo al mencionado bien básico, en donde siempre imperara el interés colectivo sobre el interés particular en aras del cuidado, la conservación de los recursos naturales y el desarrollo equilibrado y sustentable de la nación. En el respeto al derecho humano a gozar de un medio ambiente sano subyace la relevancia en cuanto a la implementación y aplicación de los OELs, pues representan un verdadero instrumento de defensa para las poblaciones que se preocupan por un cuidado y manejo sustentable de los recursos naturales, además de que fortalecen la democracia y apropiación del espacio, ya que los tomadores de decisiones son los ciudadanos.

ORDENAMIENTOS ECOLÓGICOS TERRITORIALES, DERECHOS HUMANOS Y VINCULACIÓN JURÍDICA

Además de que el OE representa una herramienta para la sociedad para hacer efectivo el derecho humano a un medio ambiente sano, debemos decir que es un instrumento considerado de utilidad pública; ello implica que los intereses públicos deben prevalecer por encima de cualquier interés particular cuando se trata de aprovechar y proteger los ecosistemas en México.¹⁰

En correlación con la protección de un medio ambiente sano, y atendiendo a la interdependencia como una característica de los derechos humanos, se considera que la vulneración del mismo impacta sobre otro derecho humano: el derecho a la libre determinación, consagrado en el apartado B del artículo 2o. constitucional, que establece que los municipios, con la finalidad de “promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades”.¹¹

De tal forma que el OE, en cualquiera de sus modalidades, debe ser visto como una herramienta de integración de las visiones de manejo de territorio y recursos naturales de comunidades indígenas que existieran en el espacio regulado, las cuales ordenan sus ejidos mediante la figura de ordenamientos comunitarios. La figura del ordenamiento comunitario, que tiene como finalidad regular los ejidos a partir de prácticas y costumbres comunitarias vinculadas con poblaciones de origen étnico maya, se encuentra prevista de manera táctica en el artículo 15 de la LGEEPA.¹²

En su fracción XIII el anterior artículo dispone que, para la conducción y formulación de la política ambiental y expedición de normas oficiales mexicanas, el Ejecutivo federal deberá

...garantizar el derecho de las comunidades, incluyendo a los pueblos indígenas, a la protección, preservación, uso y aprovechamiento sus-

¹⁰ Trad Nacif, Jeanett, “¿Qué nivel de importancia tiene el ordenamiento ecológico del territorio como instrumento de política ambiental?”, *Derecho Ambiental y Ecología*, núm. 40, diciembre 2010-enero 2011, pp. 47-51.

¹¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *cit.*

¹² Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, *cit.*

JUAN PABLO BOLIO ORTIZ / HÉCTOR JOAQUÍN BOLIO ORTIZ / ALFONSO MUNGUÍA GIL

tentable de los recursos naturales y la salvaguarda y uso de la biodiversidad, de acuerdo con lo que determine la presente Ley y otros ordenamientos aplicables.¹³

Aunado a lo anterior, podemos pensar que los OELs deben tener dentro de sus objetivos el reconocimiento y garantizar el cumplimiento del derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación, consagrado en el apartado A de la Constitución política, y, por ende, su autonomía para la gestión de su territorio. Lo anterior queda reforzado en las fracciones V y VI del texto constitucional, cuando refiere que tendrán autonomía las comunidades indígenas para:

V. Conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en esta Constitución.

VI. Acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución.¹⁴

Además, la LGEEPA señala, en su artículo 79, que para la preservación y aprovechamiento sustentable de la flora y fauna silvestre se considerarán, entre otros, los siguientes criterios: “X. El conocimiento biológico tradicional y la participación de las comunidades, así como los pueblos indígenas en la elaboración de programas de biodiversidad de las áreas en que habiten”.¹⁵

Por otro lado, el decreto número 415, relativo al Reglamento de la Ley de Protección al Medio Ambiente del Estado de Yucatán refiere que el mismo es de observancia general en todo el estado, su aplicación compete al Ejecutivo, a la Secretaría de Desarrollo Urbano y Medio Ambiente del estado y los ayuntamientos, y su necesidad es la de generar

¹³ *Idem.*

¹⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *cit.*

¹⁵ Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, *cit.*

una bitácora ambiental para el registro electrónico de consulta de los ordenamientos, además de regular el tema de la consulta pública. También se establece, en el artículo 9o., la obligación de las autoridades y particulares de consultar los ordenamientos ecológicos vigentes al realizar obras que pudieran ocasionar desequilibrios ecológicos.¹⁶

En el libro *La costa de Yucatán en la perspectiva del desarrollo turístico* se hace énfasis en la importancia para el desarrollo de las regiones de los ordenamientos territoriales, normas oficiales y manifestaciones de impacto ambiental, pues constituyen obligaciones para las autoridades y el sector privado.¹⁷

Como se ha señalado con anterioridad, si bien las normas estatales explican los principios de los ordenamientos municipales, queda de manifiesto que la reglamentación, en cuanto al proceso de creación del OE municipal, debe sustentarse en el reglamento de la LGEEPA en materia de ordenamiento territorial, donde se regulan las fases del proceso de creación acorde con el artículo 41 del reglamento, que dice que los estudios técnicos de ordenamientos ecológicos regionales¹⁸ deberán realizarse a través de las siguientes etapas:

1. Caracterización
2. Diagnóstico
3. Pronóstico
4. Propuesta¹⁹

El estudio técnico es sólo una fase dentro de la etapa de formulación, una de las cinco en el proceso de creación del ordenamiento ecológico municipal (véase figura 1).

¹⁶ Decreto 415. Reglamento de la Ley de Protección al Medio Ambiente del Estado de Yucatán, Mérida, 2011.

¹⁷ García de Fuentes, Ana *et al.*, *La costa de Yucatán en la perspectiva del desarrollo turístico*, México, CONABIO-SEMARNAT, 2011, p. 23.

¹⁸ Si bien el Reglamento se refiere a ordenamientos regionales, es claro que de forma supletoria este mismo procedimiento debe seguirse en el proceso de creación de los ordenamientos municipales, precisamente bajo el principio de concurrencia en materia del derecho humano al medio ambiente.

¹⁹ Reglamento de la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente en Materia de Ordenamiento Ecológico, México, 2018.

JUAN PABLO BOLIO ORTIZ / HÉCTOR JOAQUÍN BOLIO ORTIZ / ALFONSO MUNGUÍA GIL

Exigen:



FIGURA 1. Fases del proceso de ordenamiento ecológico.

FUENTE: Reglamento de la LGEEPA en materia de Ordenamiento Ecológico, 2018.

Como se observa en la figura anterior, el proceso de formulación e implementación de los OELs conlleva una serie de pasos trazados conforme al artículo 41 del Reglamento de la LGEEPA en materia de Ordenamiento Ecológico del comité técnico regional respectivo.²⁰

Pero ¿qué son los comités de los ordenamientos ecológicos? Son organismos que se conforman mediante la participación de personas, organizaciones, grupos e instituciones de los sectores público, privado y social, con el objetivo de promover el desarrollo sustentable y para la debida articulación de los criterios ecológicos, además de que se encargan de vigilar y dar seguimiento al proceso de formulación e implementación de los OELs.

²⁰ Reglamento de la LGEEPA en materia de Ordenamiento Ecológico, México, 2014.

ORDENAMIENTOS ECOLÓGICOS TERRITORIALES, DERECHOS HUMANOS Y VINCULACIÓN JURÍDICA

El artículo 70 del reglamento antes mencionado señala que los comités deberán contar con un órgano ejecutivo y otro técnico, el primero será responsable “de la toma de decisiones para la instrumentación de las acciones, procedimientos, estrategias y programas del proceso de ordenamiento ecológico, y que estará integrado por las autoridades y miembros de la sociedad civil determinados en el convenio de coordinación respectivo”,²¹ y el segundo se encargará “de la realización de los estudios y análisis técnicos necesarios para la instrumentación de las acciones, procedimientos, estrategias y programas del proceso de ordenamiento ecológico”.²²

Relación de los ordenamientos comunitarios y los ordenamientos locales

El apartado B del artículo 2o. constitucional estipula que los municipios, con la finalidad de promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades.²³

En este sentido, el OEL debe ser visto como una herramienta de integración de las visiones de manejo de territorios y recursos naturales de comunidades indígenas que existieran en el espacio regulado, las cuales ordenan sus ejidos mediante la figura de ordenamientos comunitarios.

Aplicación efectiva de los derechos humanos al medio ambiente

La aplicación y cumplimiento de las normas no resulta fácil de entender, y mucho menos cuando se piensa que los derechos en ellas

²¹ El convenio de coordinación es el instrumento que da la pauta del inicio del proceso de formulación de los OELs.

²² Reglamento de la LGEEPA en materia de Ordenamiento Ecológico, *cit.*

²³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *cit.*

JUAN PABLO BOLIO ORTIZ / HÉCTOR JOAQUÍN BOLIO ORTIZ / ALFONSO MUNGUÍA GIL

contenidas se tornen efectivos. En términos teóricos, la efectividad de la ley está relacionada con la satisfacción de ésta.

Parafraseando a Carmona, la aplicación efectiva de la legislación ambiental implica la obligación de establecer las sanciones adecuadas; es decir, asegurar que las infracciones de la legislación se castiguen conforme a condiciones, tanto procesales como sustantivas, y que en cualquier caso permitan que la sanción sea efectiva, proporcional y disuasiva para aplicarla de manera efectiva a las empresas y establecimientos que no cumplan cuando proceda.²⁴

Un aspecto importante a considerar para el cumplimiento efectivo de las normas ambientales es el de la participación ciudadana, respecto a la cual Gustavo Alanís, presidente del Centro Mexicano de Derecho Ambiental (CEMDA), señaló que para aumentar la participación del público en la aplicación y el cumplimiento de la legislación ambiental, normas y políticas, deben existir instituciones públicas más comprometidas con el cuidado del medio ambiente, y para ello se tienen que priorizar los intereses públicos a los de particulares.²⁵

De tal suerte que son diversos factores los que juegan una importante labor al momento de evaluar la efectividad del cumplimiento de la norma, entre ellos, una adecuada política de gestión ambiental, la hermenéutica jurídica en favor del interés público, un fuerte y eficiente sistema burocrático llamado a ser el instrumento legal-racional del Estado para garantizar el cumplimiento y eficacia de los derecho ambientales y, finalmente, el conocimiento y, por ende, empoderamiento en torno a la normativa ambiental de todos los sectores de la sociedad.

4. Ordenamiento ecológico, la instrumentación de las políticas, medios de defensa y vigilancia

En México existe una gran cantidad de normas que fundamentan la aplicación de los OEs, sin embargo, la implementación y cumplimiento de éstos representa un reto en la actualidad. Uno de los problemas

²⁴ Carmona Lara, M., "Derechos humanos y medio ambiente", México, UNAM, 2010.

²⁵ Alanís, Gustavo, CEMDA, disponible en: <http://www.cemda.org.mx> (fecha de consulta: 3 de febrero de 2012).

ORDENAMIENTOS ECOLÓGICOS TERRITORIALES, DERECHOS HUMANOS Y VINCULACIÓN JURÍDICA

principales es que los programas de OE no han sido percibidos aún como un instrumento jurídico-político con el que los gobiernos y la sociedad puedan promover programas de aprovechamiento sustentable del territorio a corto, mediano y largo plazo.

Algunos estudiosos, como Oseguera, Rosete y Sorani, señalan como imprescindible para que los OE no concluyan con la firma del decreto —como ha pasado, por desgracia, en la mayoría de los casos— emprender labores que tracen los lineamientos y acciones para lograr las metas que en las leyes se plasman; es decir, que el OE tiene que ir más allá de lo expresado en las normas. Además, es fundamental que los comités de seguimiento y evaluación establezcan objetivos a cumplir para la adecuada implementación de las políticas y criterios ecológicos y no se reúnan únicamente durante el proceso de formulación de los OELs, sino que estén en trabajo constante para poder implementar políticas de vigilancia y cumplimiento de los criterios ecológicos.²⁶

Los medios y herramientas jurídicas con los que cuenta la ciudadanía para poder exigir el cumplimiento de los OELs, es necesario difundirlos para que tengan un cumplimiento efectivo, así como las sanciones que derivan de su inobservancia, pues en los años recientes ha habido una corriente que impulsa la idea de que los OELs son de carácter indicativo no vinculante, o sea, que son normas blandas porque no existe obligatoriedad en su cumplimiento, pues responden a intereses privados representados por cámaras empresariales, lo que, sin duda, transgrede el interés colectivo; el del cuidado al medio ambiente.

Anteriormente señalamos que el OE se consideró de utilidad pública conforme al artículo 2o. de la LGEEPA, lo cual implica que deben anteponerse sus políticas a los intereses privados. En este sentido, el artículo 6o. de la mencionada ley señala que las dependencias de la administración pública federal que se relacionen a las disposiciones ambientales deberán ajustar sus criterios a los programas de ordenamiento ecológico. Además, el artículo 17 señala que deberán incorporarse la política ambiental y el ordenamiento ecológico a la planeación nacional.²⁷

²⁶ Oseguera, José et al., "Reflexiones acerca del ordenamiento ecológico", *Investigación Ambiental*, México, núm. 2, 2010, pp. 32-40.

²⁷ Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, *cit.*

JUAN PABLO BOLIO ORTIZ / HÉCTOR JOAQUÍN BOLIO ORTIZ / ALFONSO MUNGUÍA GIL

Los medios para hacer efectivo el cumplimiento de los OELs podrían ser el recurso de revisión, el juicio contencioso administrativo, el juicio de amparo indirecto, la denuncia popular o la denuncia penal. Todos ellos requieren un análisis de sus fundamentos jurídicos y procedimentales. Éstos pueden ser interpuestos por cualquier ciudadano o grupo de ciudadanos, lo que denota la importancia del conocimiento de la legislación ambiental por parte de la sociedad.

A colación de lo anterior es aplicable la siguiente tesis aislada:

EQUILIBRIO ECOLÓGICO Y PROTECCIÓN AL AMBIENTE. EL RECURSO DE REVISIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 180 DE LA LEY GENERAL RELATIVA, VIGENTE HASTA EL 28 DE ENERO DE 2011, QUE PUEDEN INTERPONER LAS PERSONAS FÍSICAS Y MORALES DE LAS COMUNIDADES AFECTADAS, ENCUENTRA JUSTIFICACIÓN EN LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE DICHO ORDENAMIENTO. Como se advierte de la lectura de la exposición de motivos que dio origen al artículo 180 de la ley mencionada, vigente hasta el 28 de enero de 2011, la razón de que las comunidades afectadas acudan al recurso de revisión, guarda estrecha relación con el bien jurídico tutelado (el ambiente y el equilibrio ecológico), al ser de orden público su protección. Así, cualquier persona física o moral de una comunidad que se considere afectada por una obra o actividad que contravenga la normativa ambiental, está facultada para interponer dicho recurso, por lo que el legislador justificó adecuadamente las razones y motivos por los que consideró necesario regular el derecho de las personas físicas y morales de las comunidades afectadas, pues la *ratio legis* consiste en tutelar en los Estados Unidos Mexicanos, esto es, el ambiente adecuado para el bienestar y desarrollo de las personas, lo cual es fundamental y transpersonal, y su tutela es de interés público (legítimo) y colectivo bien constitucionalmente protegido por el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (Tesis: 1a. XIV/2012 (9a.))²⁸

En diversos artículos referimos sobre la obligatoriedad de los OELs en cualquiera de sus modalidades, por ejemplo, en el artículo 35, segundo párrafo, de la LGEEPA se dispone que para la autorización de las obras y actividades referidas en el artículo 28, la secretaría se sujetará a lo que

²⁸ Tesis 1a. XIV/2012 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, abril de 2012, p. 873.

ORDENAMIENTOS ECOLÓGICOS TERRITORIALES, DERECHOS HUMANOS Y VINCULACIÓN JURÍDICA

establezcan los ordenamientos antes señalados, así como los programas de desarrollo urbano y de ordenamiento ecológico del territorio, las declaratorias de áreas naturales protegidas y las demás disposiciones jurídicas que resulten aplicables.²⁹

En el artículo 44 de la mencionada ley se demuestra la obligatoriedad, al señalar que

Las zonas del territorio nacional y aquéllas sobre las que la nación ejerce soberanía y jurisdicción, en las que los ambientes originales no han sido significativamente alterados por la actividad del ser humano, o que requieren ser preservadas y restauradas, quedarán sujetas al régimen previsto en esta Ley y los demás ordenamientos aplicables.³⁰

Además, el artículo 99 expresa que los criterios ecológicos para la preservación y aprovechamiento sustentables del suelo se considerarán en: “XII. La formulación de los programas de ordenamiento ecológico a que se refiere esta Ley”.³¹

De hecho, son vinculantes los OE, ya que el artículo 180 establece, con toda claridad, que

...tratándose de obras o actividades que contravengan las disposiciones de esta Ley y de aquéllas a las cuales se aplica de manera supletoria, así como de los reglamentos y normas oficiales mexicanas derivadas de las mismas, los programas de ordenamiento ecológico, las declaratorias de áreas naturales protegidas o los reglamentos y normas oficiales mexicanas derivadas de la misma, las personas físicas y morales que tengan interés legítimo tendrán derecho a impugnar los actos administrativos correspondientes, así como a exigir que se lleven a cabo las acciones necesarias para que sean observadas las disposiciones jurídicas aplicables, siempre que demuestren en el procedimiento que dichas obras o actividades originan o pueden

²⁹ Bolio Ortiz, Juan Pablo y Bolio Ortiz, Héctor Joaquín, “La vinculación normativa de los ordenamientos ecológicos territoriales en México”, *Hechos y Derechos*, México, núm. 34, julio-agosto de 2016.

³⁰ Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, *cit.*

³¹ *Idem.*

JUAN PABLO BOLIO ORTIZ / HÉCTOR JOAQUÍN BOLIO ORTIZ / ALFONSO MUNGUÍA GIL

originar un daño al medio ambiente, los recursos naturales, la vida silvestre o la salud pública.³²

Incluso esto podría vincularse con el derecho de toda persona a denunciar delitos ambientales en los ámbitos local y federal, así como la figura de la denuncia popular en casos donde se observen violaciones ambientales, como en los OE, o, en su caso, interponer recursos de revisión administrativa, el juicio contencioso administrativo y el juicio de amparo indirecto, ante los tribunales competentes.

Consecuente con lo anterior, el artículo 181 de la LGEEPA señala:

...que se expidan licencias, permisos, autorizaciones o concesiones contraviniendo esta Ley, serán nulas y no producirán efecto legal alguno, y los servidores públicos responsables serán sancionados conforme a lo dispuesto en la legislación en la materia”. Claramente estos elementos jurídicos nos muestran como el incumplimiento e inobservancia de los OEIs, desemboca en sanciones para servidores públicos, y los actos pueden ser combatidos por particulares a través de los medios de defensa antes señalados.³³

Con relación al tema penal, la LGEEPA dispone, en el segundo párrafo del artículo 182, que cualquier particular podrá interponer denuncias penales que correspondan a los delitos ambientales previstos en la legislación aplicable. El artículo 183 de la LGEEPA dispone que “las leyes de las entidades federativas establecerán las sanciones penales y administrativas por violaciones en materia ambiental del orden local”.³⁴

Para el caso yucateco, el capítulo único del título sexto del Código Penal de Yucatán establece una serie de disposiciones relativas a los delitos contra el medio ambiente. El artículo 198 es representativo al respecto, al disponer:

Se impondrá pena de seis meses a ocho años de prisión y por el equivalente de cincuenta a ciento cincuenta días-multa, al que sin permi-

³² *Idem.*

³³ *Idem.*

³⁴ *Idem.*

ORDENAMIENTOS ECOLÓGICOS TERRITORIALES, DERECHOS HUMANOS Y VINCULACIÓN JURÍDICA

so de la autoridad competente o violando las disposiciones legales, reglamentarias o las normas oficiales mexicanas, realice, autorice u ordene la realización de actividades que, conforme a la misma, se consideren riesgosas y que ocasionen graves daños a la salud pública, a la flora, a la fauna o a los ecosistemas. Cuando las actividades consideradas como riesgosas a que se refiere el párrafo anterior se lleven a cabo en un centro de población, se podrá elevar la pena hasta por tres años más de prisión y hasta trescientos días-multa.³⁵

Incluso el mismo capítulo dispone, en los artículos consecutivos, penas contra quien viole disposiciones legales (reglamentarias, normas oficiales, OELs), autorice, ordene, consienta, despida, descargue en la atmósfera gases, humos y polvos, vapores u olores que ocasionen, o puedan ocasionar, daños graves a la salud pública, a la flora, a la fauna o a los ecosistemas, así como el que autorice, ordene, descargue, deposite o infiltre aguas residuales, desechos o contaminantes en cualquier cuerpo o corriente de agua, de jurisdicción estatal o municipal, que ocasionen o puedan ocasionar graves daños a los ecosistemas o a la salud pública.³⁶ Otros delitos estipulados consisten en generar emisiones de ruido, vibraciones, energía térmica o lumínica, en fuentes de jurisdicción estatal o municipal, que puedan ocasionar u ocasionen graves daños a la salud pública, a la flora, a la fauna o a los ecosistemas. También quien, sin tomar las debidas precauciones e informar previamente a las autoridades competentes, inicie un incendio que rebase los límites del terreno que posea y dé lugar a un daño generalizado.³⁷

No obstante, las sanciones estipuladas en el Código Penal de Yucatán establecen un candado para la interposición de la denuncia, que consiste en que para proceder penalmente por los delitos previstos en este capítulo, será necesario que previamente la Secretaría de Ecología del gobierno del estado formule la denuncia correspondiente, salvo que se trate de casos de flagrante delito.³⁸ Esta reglamentación deja por sentado la facultad de la Seduma para realizar la investigación necesi-

³⁵ Código Penal del Estado de Yucatán, 2018.

³⁶ *Ibidem*, artículos 199 y 200.

³⁷ *Ibidem*, artículos 201-203.

³⁸ *Idem*.

JUAN PABLO BOLIO ORTIZ / HÉCTOR JOAQUÍN BOLIO ORTIZ / ALFONSO MUNGUÍA GIL

ria, y por medio de ésta, interponer la denuncia de delito al medio ambiente contra algún particular ante la agencia respectiva del Ministerio Público, exceptuando los casos flagrantes que tienen relación directa con la observación de la autoridad ministerial con el crimen de forma inmediata.³⁹

Otra forma de buscar la exacta aplicación de los OELs es la figura de la denuncia popular, regulada en la LGEEPA en el artículo 189, que otorga la posibilidad a los particulares, o a cualquier organización de la sociedad civil, de poder denunciar ante la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (Profepa) cualquier acto que provoque desequilibrio ecológico.⁴⁰

La mencionada denuncia popular podrá ejercitarse por cualquier persona, bastando que se presente por escrito o por vía telefónica, y deberá contener:

- I. El nombre o razón social, domicilio, teléfono, si lo tiene, del denunciante y, en su caso, de su representante legal.
- II. Los actos, hechos u omisiones denunciados.
- III. Los datos que permitan identificar al presunto infractor o localizar la fuente contaminante.
- IV. Las pruebas que en su caso ofrezca el denunciante. Asimismo, podrá formularse la denuncia por vía telefónica.⁴¹

Refuerza lo anterior la siguiente jurisprudencia:

DENUNCIA POPULAR EN MATERIA AMBIENTAL. EL ARTÍCULO 124 DE LA LEY DE DESARROLLO FORESTAL SUSTENTABLE DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN, NO VULNERA EL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO. Al establecer el citado precepto, en relación con los diversos 4, fracciones XXX y XLVII, y 17 del referido ordenamiento, que todo hecho, acto u omisión que contravenga las disposiciones de esa ley y las demás que regulen materias relacionadas con los ecosistemas forestales, sus recursos o bienes y servicios ambientales asociados a éstos, podrá ser denunciado ante

³⁹ Bolio Ortiz, Juan Pablo y Bolio Ortiz, Héctor Joaquín, *op. cit.*

⁴⁰ Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, *cit.*, artículo 189.

⁴¹ *Ibidem*, artículo 190.

ORDENAMIENTOS ECOLÓGICOS TERRITORIALES, DERECHOS HUMANOS Y VINCULACIÓN JURÍDICA

la Corporación para el Desarrollo Agropecuario de Nuevo León a través de la Dirección de Gestión Forestal, así como que las denuncias recibidas por la Corporación en las que, en su caso, corresponda la aplicación de la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable u otras disposiciones federales aplicables, deberán turnarse a la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente para el trámite conducente, prevé un mecanismo denominado “denuncia popular” del que conocerá la autoridad administrativa; de ahí que no vulnera el derecho a un medio ambiente sano, reconocido en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que a través de dicho mecanismo se permite, en sede administrativa, hacer exigible y eficaz aquel derecho, pues los particulares pueden denunciar hechos, actos u omisiones que contravengan normas ambientales o causen desequilibrio ecológico y así contribuir a que la autoridad correspondiente cumpla con sus facultades, que también tienden a garantizar el derecho a un medio ambiente adecuado. (Tesis de Jurisprudencia 2002284. P/J. 38/2012).⁴²

Aunado a los medios para poder denunciar infracciones a las leyes ambientales, la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales podrá actuar de oficio e imponer sanciones de carácter administrativo en caso de violaciones e infracciones a leyes ambientales.⁴³

La Profepa puede iniciar acciones, ante cualquier autoridad, por omisiones y violaciones de las leyes penales y administrativas. Además de las responsabilidades administrativas y penales, el artículo 203 de la LGEEPA dispone que las personas que infringieran leyes ambientales tendrán la obligación de reparar los daños conforme a las leyes civiles.⁴⁴

Una tesis jurisprudencial, que deriva de una controversia constitucional que refuerza los planteamientos referidos anteriormente en torno a la obligatoriedad de observar los OELs por parte de las autoridades de los diferentes niveles de gobierno, está titulada:

⁴² Jurisprudencia 2002284. P/J. 38/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, diciembre de 2012, p. 158.

⁴³ Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, *cit.*, artículo 170.

⁴⁴ *Ibidem*, artículos 202 y 203.

JUAN PABLO BOLIO ORTIZ / HÉCTOR JOAQUÍN BOLIO ORTIZ / ALFONSO MUNGUÍA GIL

FACULTADES CONCURRENTES EN MATERIA DE ASENTAMIENTOS HUMANOS Y DE PROTECCIÓN AL AMBIENTE Y DE PRESERVACIÓN Y RESTAURACIÓN DEL EQUILIBRIO ECOLÓGICO. LOS PROGRAMAS DE DESARROLLO URBANO MUNICIPAL DEBEN SER CONGRUENTES CON LOS DE ORDENAMIENTO ECOLÓGICO FEDERALES Y LOCALES.

Tanto la materia de asentamientos humanos como la de protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico son constitucionalmente concurrentes y sus disposiciones se desarrollan a través de leyes generales, esto es, los tres niveles de gobierno intervienen en ellas. Así, la Ley General de Asentamientos Humanos tiene por objeto fijar las normas conforme a las cuales los Estados y los Municipios participan en el ordenamiento y regulación de los asentamientos humanos; además, establece las normas bajo las que dichos órdenes de gobierno concurrirán, en el ámbito de sus respectivas competencias, en el ordenamiento territorial de los asentamientos humanos y en el desarrollo sustentable de los centros de población. Por su parte, el objeto de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente es propiciar el desarrollo sustentable y establecer las bases para la concurrencia de los tres órdenes de gobierno para preservar y restaurar el equilibrio ecológico, así como la protección del medio ambiente en el territorio del país. En este sentido, cuando los planes de desarrollo urbano municipal incidan sobre áreas comprendidas en los programas de ordenamiento ecológico federales o locales, si bien es cierto que los Municipios cuentan con facultades para formular, aprobar y administrar la zonificación y planes de desarrollo urbano municipal, así como autorizar, controlar y vigilar la utilización del suelo en el ámbito de su competencia, interviniendo incluso en actos de planeación, ordenación, regulación, control, vigilancia y fomento del ordenamiento territorial de los asentamientos humanos y de desarrollo urbano de los centros de población en la entidad, también lo es que los Programas de Desarrollo Urbano Municipal deben ser congruentes con los de Ordenamiento Ecológico Federales y Locales, pues no debe perderse de vista que los Municipios no cuentan con una facultad exclusiva y definitiva en las materias de asentamientos urbanos y de protección al ambiente, ya que ambas son de naturaleza constitucional concurrente, por lo que este tipo de facultades municipales deben entenderse sujetas a los lineamientos y a las formalidades que se señalan en las leyes federales y estatales, y nunca como un ámbito exclusivo y aislado del Municipio sin posibi-

ORDENAMIENTOS ECOLÓGICOS TERRITORIALES, DERECHOS HUMANOS Y VINCULACIÓN JURÍDICA

lidad de hacerlo congruente con la planeación realizada en los otros dos niveles de gobierno.⁴⁵

La amalgama de disposiciones ambientales requiere de conocimiento y de aceptación social, para lo cual es menester que el Estado promueva el conocimiento social de los derechos ambientales, señalando e imponiendo las obligaciones que éstos acarrearán. El OEL debe considerarse como un proceso de acción y lucha por los derechos humanos al medio ambiente sano, de planeación continuo, participativo, transparente y metodológicamente riguroso y sistemático (tesis de jurisprudencia 160856. P./J. 38/2011).⁴⁶

5. Consideraciones finales

Desde nuestra perspectiva, los OELs son instrumentos de política ambiental indispensables para el desarrollo sustentable de los territorios. El gran reto es que la sociedad se empodere en cuanto al conocimiento y relevancia de los mismos como leyes protectoras de derechos humanos a la libre determinación de comunidades indígenas y al medio ambiente sano.

Para ello es importante, en primer lugar, políticas públicas que impulsen la formulación y creación de los OELs a partir de un enfoque participativo y de apropiación social que partan de la lógica de que el derecho no funciona por sí mismo, sino que debe ser visto como una técnica que debe ser impulsada desde abajo a partir de acciones de lucha inacabadas. Posteriormente, ya decretados los OELs, es fundamental que se difundan los criterios ecológicos contenidos en los mismos, en todos los sectores sociales, y, a su vez, es clave el involucramiento ciudadano en la vigilancia y cuidado de las disposiciones contenidas en ellos, pues, insistimos, los derechos humanos no deben ser reducidos a mera retórica jurídica, sino que deben ser aquello que dé apertura a procesos de luchas por la dignidad, que exijan el cumplimiento de los mismos a

⁴⁵ Jurisprudencia 160856. P./J. 38/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, octubre de 2011, p. 288.

⁴⁶ Bolio Ortiz, Juan Pablo y Bolio Ortiz, Héctor Joaquín, *op. cit.*

JUAN PABLO BOLIO ORTIZ / HÉCTOR JOAQUÍN BOLIO ORTIZ / ALFONSO MUNGUÍA GIL

gobernantes y gobernados, ya que, como referimos en diversas tesis, es una obligación horizontal. Con ello, los OELs no quedarán como letra muerta, como por desgracia ha ocurrido con muchos de los que existen en el territorio mexicano.

Finalmente, insistimos en recalcar que los OELs son vinculantes; es decir, su aplicación es de carácter obligatorio para cualquier autoridad y ciudadano, pues existen diversos medios legales para hacer obligatoria su aplicación, toda vez que la inobservancia de sus criterios deriva en sanciones de carácter administrativo y penal. En este sentido, así como es de especial importancia el conocimiento por parte de la ciudadanía de las normas ambientales contenidas en los OELs, también es crucial que exista un empoderamiento social en cuanto a las vías legales y políticas, “recursos administrativos, de revisión, juicios de amparo, denuncias penales, quejas” para exigir su aplicación, lo cual ha sido uno de los objetivos del presente artículo: poner de relieve todo lo que implica la aplicación efectiva del OEL, que no es limitativo al ámbito jurídico, pues debe ser impulsado desde abajo; es decir, desde la emancipación social.

6. Bibliografía

- ALANÍS, Gustavo, CEMDA, disponible en: <http://www.cemda.org.mx> (fecha de consulta: 3 de febrero de 2012).
- BOLIO ORTIZ, JUAN Pablo y BOLIO ORTIZ, Héctor Joaquín, “La vinculación normativa de los ordenamientos ecológicos territoriales en México”, *Hechos y Derechos*, México, núm. 34, julio-agosto de 2016.
- CARMONA LARA, M., “Derechos humanos y medio ambiente”, México, UNAM, 2010.
- Código Penal de Yucatán, 2017.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Porrúa, 2018.
- GARCÍA DE FUENTES, Ana *et al.*, *La costa de Yucatán en la perspectiva del desarrollo turístico*, México, CONABIO-SEMARNAT, 2011.
- Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, México, 2017.

ORDENAMIENTOS ECOLÓGICOS TERRITORIALES, DERECHOS HUMANOS Y VINCULACIÓN JURÍDICA

- LÓPEZ, Rafael *et al.*, “La racionalidad económica en los nuevos criterios de regulación ecológica del Programa de Ordenamiento Ecológico del Territorio Costero del Estado de Yucatán”, *Paradigma Económico*, México, año 9, núm. 1, enero-junio de 2017.
- LÓPEZ, Rafael *et al.*, “Una nueva reforma del POETCY: el rol del Estado en la protección del medio ambiente y la participación ciudadana”, Mérida, AMECIDER-UNAM, 2016.
- OSEGUERA, José *et al.*, “Reflexiones acerca del ordenamiento ecológico”, *Investigación Ambiental*, México, núm. 2, 2010.
- RAMÍREZ, Adán *et al.*, “El ordenamiento ecológico territorial instrumento de política ambiental para la planeación del desarrollo local”, *Estudios Sociales*, México, julio-diciembre de 2019.
- Reglamento de la Ley de Protección al Medio Ambiente del Estado de Yucatán, 2011.
- Reglamento de la Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente en materia de Ordenamiento Ecológico, México, 2014.
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, p. 873 (falta la fecha del semanario y datos de la tesis).
- Tesis 2012846. I.7o.A.1 CS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 35, octubre de 2016, p. 2866.
- Tesis P/J. 38/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, 160856 9 de 25 (Pleno del Tribunal, 5 de abril de 2011) (faltan datos).
- Tesis P/J. 38/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* (faltan datos).
- TRAD NACIF, Jeanett, “¿Qué nivel de importancia tiene el ordenamiento ecológico del territorio como instrumento de política ambiental?”, *Derecho Ambiental y Ecología*, núm. 40, diciembre 2010-enero 2011.

Selección y breve comentario a alguna jurisprudencia relevante en la práctica forense de México sobre aspectos sustanciales, procesales y/o probatorios de la acción de prescripción adquisitiva o usucapión de buena fe (notas histórico comparativas)

Selection and Brief Comment on some Relevant Case Law in Mexico's Forensic Practice on Substantial, Procedural and/or Probatory Aspects of the Acquisitive Prescription Action or use of Good Faith (Historical Comparative Notes)

Fernando Marcin Balsa*

RDP

Resumen

En el presente trabajo académico se trata un breve compendio de la jurisprudencia recientemente relevante con motivo de la figura jurídica de la prescripción positiva; es decir, *bona fide*, la cual es también conocida como usucapión. Contrastando la interpretación vinculante para el foro y la práctica jurídica con la literatura histórico-jurídica de las fuentes del derecho romano.

PALABRAS CLAVE: jurisprudencia, prescripción positiva, usucapión, buena fe, práctica jurídica.

Abstract

This paper deals with a brief compendium of relevant Mexican court precedence on the occasion of the Civil law legal fiction so called *Positive prescription*, that is, operating with an element of *bona fide*, which

* Abogado postulante en los Estados Unidos Mexicanos, miembro de número del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México y profesor de Derecho romano, Derecho civil e Historia del derecho.

FERNANDO MARCIN BALSA

is also known as *usucapionis*. Contrasting the binding interpretation of the judiciary (which it must be applied by the bar and it obliges observance from the legal practitioner) with the historical and juridical literature available in the sources of the roman law.

KEYWORDS: case law, positive prescription, bona fide, usucapionis, sources, juridical literature.

Sumario:

1. Introducción y planteamiento del tema. Prescripción adquisitiva o usucapio. Una veta estelar para el estudio del derecho privado.
2. Objeto, efectos, naturaleza y carácter de orden público de la acción de usucapión.
3. Legitimación activa, requisitos de procedencia y probatorios de la acción de usucapión. Posesión apta para usucapir de buena fe con justo título o justa causa de la posesión.
4. Legitimación pasiva y allanamiento de la parte demandada en el juicio de usucapión.
5. Conclusiones.
6. Bibliohemerografía.

1. Introducción y planteamiento del tema.

Prescripción adquisitiva o usucapio.

Una veta estelar para el estudio del derecho privado

El presente artículo es una selección de alguna jurisprudencia relevante en la actual práctica forense en México y un breve comentario teórico-práctico, con notas históricas y comparativas, concerniente a la acción de prescripción positiva de buena fe con justo título o justa causa de la posesión en México.¹ El objeto de este comentario es hacer visibles y comparar o, más bien, hacer resonar con fuentes de derecho romano,

¹ La búsqueda en “rubro” y “texto” en todas las épocas de la voz “prescripción positiva” en el sistema de consulta electrónica del *Semanario Judicial de la Federación* de la página web de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (www.scjn.gob.mx) arroja un total de 523 tesis de jurisprudencia; de la voz “prescripción adquisitiva” arroja 412 tesis, y de “usucapión” 281 tesis al mes de diciembre de 2019. El criterio para escoger las tesis aquí

SELECCIÓN Y BREVE COMENTARIO A ALGUNA JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN LA PRÁCTICA FORENSE...

distintos criterios jurisprudenciales relevantes en la actual práctica forense en México respecto de la usucapión en la modalidad mencionada.²

De acuerdo con Planiol y Ripert, la palabra *prescripción* es una abreviación de la expresión latina *praescriptio longi temporis* y *longissimi temporis*, quienes, cuando afirman esto, se refieren a que, en derecho romano, con el termino *praescriptio* se designa la parte inicial de la fórmula procesal que sirve para modular los efectos de la acción o excepción; de aquí su nombre, de una modalidad de acción o excepción fundada en el tiempo transcurrido.³ Al respecto, Savigny ya exponía, en su sistema de derecho romano actual bajo en título “El tiempo como parte integrante de los actos jurídicos”, que en varias instituciones se encuentra una relación de tiempo como parte integrante de los hechos que son base de una regla general, entonces, aparece como una de las condiciones de donde depende la adquisición o la pérdida de un derecho. Y explica que enumerará las instituciones en que se revela la influencia del tiempo, en una “primera clase”, que contiene los casos más numerosos e importantes y de los cuales la existencia del derecho depende de la actividad humana; esto es, que una acción ejercitada o sufrida voluntariamente haya durado un periodo determinado de tiempo, y en esta clase de instituciones comprende, en primer lugar, a la

comentadas ha sido fundamentalmente empírico; es decir, son tesis que he encontrado y utilizado en la práctica forense.

² De la jurisprudencia escogida y aquí comentada prevalece aquella de la décima época del *Semanario Judicial de la Federación*. Recordemos que mediante decreto publicado el 6 de junio de 2011 en el *Diario Oficial de la Federación* se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que entró en vigor el 4 de octubre de 2011. Asimismo, por decreto publicado en dicho medio oficial el 10 de junio de 2011, que entró en vigor al día siguiente, se modificó la denominación del capítulo I, del título primero, y se reformaron diversos artículos de la Constitución en materia de derechos humanos. Pero, sobre todo, la décima época significa un verdadero cambio de paradigma para el Poder Judicial. En esta nueva época, con base en la redacción vigente de artículo 1o. constitucional, existe un mandato (para todas las autoridades, no sólo para la rama judicial) en el sentido de interpretar los derechos humanos favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia (principio *pro personae*), y por otro lado, establece que todas las autoridades deben concebirlos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, invisibilidad y progresividad.

³ Planiol, M. y Ripert, G., *Derecho civil*, trad. de Leonel Pérez Nieto (3a. ed., *Traité élémentaire de droit civil*, París, LGDJ, 1946), México, Harla, 1997, p. 465. El término *praescriptio* como parte de la fórmula se explica en Gai. 4, p. 130-137.

FERNANDO MARCIN BALSA

usucapión, y afirma que en virtud de una abstracción de los jurisprudenciales modernos, se ha reconocido en la usucapión un medio general de adquirir bajo el nombre de *praescriptio acquisitiva*.⁴

La tradición histórica de la prescripción adquisitiva de un bien por un poseedor de buena fe que adquirió la posesión bajo una justa causa proviene, a mi juicio, de la forma más antigua de *usucapio* del derecho romano; aquella a la que las XII Tablas (430 a. C.) se referían como uso para adquirir la propiedad (*usus auctoritas*), que a mi parecer, en tiempos clásicos, debe haber sido concebida como una *praescriptio*, parte inicial de la fórmula de una acción o excepción civil, otorgada al ciudadano romano poseedor civil de un bien, por tanto, poseedor bajo una justa causa y de buena fe a título de propietario (*usucapum petet*), llegando dicha modalidad de acción o excepción a considerarse modo de adquirir la propiedad de bienes, y que, original y/o principalmente, cumplía una función reparadora ante la falta de la *mancipatio* o *tradito*, un modo de purgar la falta de solemnidad o forma en la transmisión/adquisición de bienes y consecuente oponibilidad de la propiedad del bien adquirido, mediante el ejercicio de esta acción o excepción, para, entre otras cosas, ser reconocido por los demás ciudadanos como propietario civil y, por tanto, titular potencial de la *reivindicatio* sobre el mismo bien adquirido a través de *usucapio*, *actio* que en algunos casos se podía ejercer incluso ignorándolo el propietario (*dominus*).⁵

⁴ Savigny, F. C., *Sistema de derecho romano actual*, trad. del alemán de M. CH. Guenoux y vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley, F., Madrid, Góngora y Compañía Editores, 1879, t. III, pp. 193 y 194.

⁵ Tab. VI, 3. (cita tópica de Cicerón, Cic. Top. 4.23). “El uso autorizado [para adquirir la propiedad] de un fundo es de dos años, y de todas las demás cosas es de un año”. *Ley de las XII Tablas*, 7a. ed. (de Bruns, cuidada por Grandenwitz), en VV. AA., *Textos de derecho romano*. Navarra, Aranzandi, 2002. p. 56. Gai. 2, pp. 40-42 y 4, 130-137, *idem*, pp. 88 y 231-233. D.6,2,1 pr. 1. “Ulpiano, comentario al Edicto, Libro XVI. pr., dice el pretor: si alguno pidiere lo que por justa causa le fue entregado por quien no era dueño y aún no fue usucapido, daré acción. 1. Con razón dice el pretor, aún no ha usucapido, tiene la acción civil, y no solicita la honoraria”. D.41,3,8 pr. Paulo, comentario al edicto, libro XII. pr. “Labeón y Neracio respondieron, que lo que los siervos adquirieron por razón de peculio, se puede usucapir; porque esto también se puede usucapir aun ignorándolo los dueños, como escribe el mismo Juliano”. Para un estudio en español panorámico y completo del *usucapio* en derecho romano referimos a Adame Goddard, Jorge, *Curso de derecho romano clásico I (Introducción, historia, acciones, bienes y familia)*, México, 2009, pp. 94-119 (publicación electrónica); D’Ors, A., *Derecho privado romano*, 9a. ed.

SELECCIÓN Y BREVE COMENTARIO A ALGUNA JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN LA PRÁCTICA FORENSE...

Un concepto general de la usucapión en derecho romano se puede advertir desde su etimología, *usus capere*, que significa adquirir (*capere*) por uso (*usus*). De acuerdo con Shulz, podemos definir la *usucapio* clásica como la adquisición de una propiedad quiritaria sobre una cosa corporal mediante la posesión de ésta durante cierto tiempo (el tiempo establecido para tal efecto era de un año para cosas muebles y dos para inmuebles). En principio, parece corto el tiempo fijado en ambos casos, lo que se explica por el régimen original contenido en las XII Tablas, y desde el cual no estaba permitida la adquisición por usucapión de bienes muebles hurtados (*res furtiva*) o inmuebles adquiridos por la fuerza (*res vi possessa*). La usucapión originalmente tenía lugar cuando el propietario había enajenado una cosa sin conferir al adquirente la condición de dueño quiritario. Y los dos casos típicos eran: 1) un propietario quiritario enajenaba una *res Mancipi* por *traditio*, y 2) un extranjero peregrino enajenaba una *res Mancipi* a un ciudadano romano mediante *traditio*. Tal fue la función originaria de la usucapión, y en este contexto, los plazos de uno y dos años más bien resultaban largos.⁶

De acuerdo con Adame, la usucapión en derecho romano se convirtió en un modo de regularizar cualquier tipo de propiedad defectuosa, sea por falta de la formalidad o porque se recibió de quien no era su propietario. Pero para la prueba de la usucapión era necesario el reconocimiento de una justa causa de la usucapión, una causa que justifique la posesión, pues quien detenta una cosa ajena no puede convertirse en propietario por su sola voluntad.⁷

Si revisamos las fuentes romanas, percibimos que la usucapión tuvo una función originaria sobre la cual se fueron tipificando distintas usucapiones, o, más bien, se fueron tipificando distintas justas causas de la usucapión, títulos en donde descansaba la posesión civil de la cosa susceptible de ser adquirida en propiedad civil mediante *usucapio*. Justas causas de la usucapión son: por pago, por compra, por donación, por dote, por derelicto, por legado, por herencia, por

revisada, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1997, pp. 232-243, y Shulz, F., *Derecho romano clásico*, trad. de José Santa Cruz Teigeiro, España, BOSCH Casa Editorial, 1960, pp. 341-346.

⁶ Shulz, F., *op. cit.*, p. 341. Gai. 2, 41-45.

⁷ *Ibidem*, p. 117.

FERNANDO MARCIN BALSA

poseer como si fuera propio (*pro suo*), por *nox*, o incluso por decreto del magistrado.⁸

Dentro de los problemas de las singulares *iustae causa usucapionis*, están los problemas de la buena fe, su relación con el error excusable o no y el llamado título putativo, lo cual atestigua la aparente contradicción entre Gayo en su comentario sobre la usucapición en *Instituciones*, Gai. 2,43. “Por lo demás, también podemos usucapir las cosas que nos fueron entregadas por quien no era dueño de ellas, ya sean *res Mancipi* o *res nec Mancipi*, con tal de que las hubiéramos recibido con buena fe, creyendo (*crederemus*) que el que las entregaba era su dueño”. Y el principio, *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet* “Nadie puede transferir a otro más derecho que el que tiene”, contenido en D.50,17,54, adjudicado a Ulpiano.⁹

Esta progresiva historia de distintas usucapiones a la que nos hemos referido se percibe y deduce desde la lectura del comentario de Gayo, al tratar la *usucapio* en *Instituciones*.¹⁰ Asimismo, de la lectura del *Cor-*

⁸ El régimen jurídico de la usucapición contenido en el *Digesto* de Justiniano se encuentra particularmente en el libro 41, del título III al XI. La mención del nombre o contenido de los títulos de este libro 41 del *Digesto* nos da una visión en conjunto, una teoría del régimen jurídico de la usucapición, o, más bien, de las usucapiones en tiempos de Justiniano. El título I se denomina “De la adquisición del dominio de las cosas”; el II “De la adquisición o pérdida de la posesión”; el III “De las usurpaciones y usucapiones”; el título IV trata de las usucapiones *pro emptore*; el V de las usucapiones *pro herede, vel pro possessore*; el VI de las usucapiones *pro donato*; el VII de las usucapiones *pro derelicto*; el VIII de las usucapiones *pro legato*, el IX de las usucapiones *pro dote*, y el título X de las usucapiones *pro suo*.

⁹ Problemas que son exhaustivamente desarrollados por Bonfante en “La *iusta causa* dell’usucapione e il suo rapporto con la *bona fides*”; “Le singole *iustae causae usucapionis* e il titolo putativo”; “I limiti originari dell’usucapione”; “Essenza della *bona fides* e suo rapporto con la teorica dell’errore”, y “Note ulteriori sul giusto titolo e sulla buona fede”. Todos en Bonfante, P., *Scritti giuridici varii II. Proprietà e Servitù*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1918, pp. 469-758.

¹⁰ Gai. II, 40. “Hemos de advertir que entre los extranjeros sólo hay una clase de propiedad, pues se entiende que o son dueños o no los son. Ya antiguamente el pueblo romano se regía por esta norma, pues uno o era dueño según el derecho de los ciudadanos romanos (*ex iure Quiritum*) o no se le consideraba propietario (*dominus*). Pero posteriormente se estableció una división en la propiedad, de modo que uno puede ser dueño civil por derecho de los quirites y otro obtener la propiedad bonitaria o pretoria. 41. Pues si no te transmito una *res Mancipi* por *Mancipatio* o por cesión ante el magistrado, sino que simplemente te la entregó (*tradidero*) aquella cosa se hace de tu propiedad bonitaria, pero sigue siendo mía según el derecho de los ciudadanos romanos hasta que tú, poseyéndola, la adquieras por usucapición, pues una vez que se ha cumplido la

SELECCIÓN Y BREVE COMENTARIO A ALGUNA JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN LA PRÁCTICA FORENSE...

pus iuris civilis se desprende que Justiniano se concibió, como otros antes que él, como un gran reformador en la materia, y las innovaciones que trajo las advierte él mismo en el tratamiento que da a la *usucapio* y a la *longi temporis praescriptio* desde sus *Instituciones* en J.2,6pr., en virtud de lo establecido por sus Constituciones imperiales que abolieron el derecho de los quirites y la distinción entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi* contenidas en C.7,25,1 y C.7,31,1.¹¹

usucapición, se hace tuya de pleno derecho, es decir, en propiedad bonitaria y civil a la vez, como si te hubiera sido transmitida por mancipación o por cesión ante el magistrado. 42. La usucapición de los bienes muebles se cumple al año, la del fundo o de una casa, en dos años. Así está dispuesto en la Ley de las XII Tablas. 43. Por lo demás, también podemos usucapir las cosas que nos fueron entregadas por quien no era dueño de ellas, ya sean *res Mancipi* o *res nec Mancipi*, con tal de que las hubiéramos recibido con buena fe, creyendo (*crederemus*) que el que las entregaba era su dueño”.

¹¹ Este no es el lugar para agotar este pozo inagotable de debates, pero su mención y cita merecen la pena, por un lado, como advertencia de interpolaciones al momento de interpretar fuentes justinianeas, y por otro lado, para hacer visible la adaptabilidad/adaptación a los tiempos de nuestra institución. En *Instituciones*, Justiniano dice: J.II,6pr. DE LAS USUCAPIONES Y DE LAS POSESIONES DE LARGO TIEMPO. “Se había establecido por el derecho civil, que el que de buena fe hubiere comprado o por donación u otra cualquier justa causa recibido una cosa, de aquel que no era dueño, pero a quien hubiere creído que lo era, adquiriese aquella cosa, si era mueble, por el uso de un año en todas partes, y si inmueble, por el de dos tan solo en el suelo de Italia, a fin de que el dominio de las cosas no quedase en la incertidumbre. Y hallándose esto establecido, por juzgar los antiguos que los mencionados plazos bastaban a los dueños para inquirir sus propiedades, se fijó en nosotros una opinión mejor, para que ni los dueños sean despojados tan pronto de sus bienes, ni este beneficio se limite a cierta localidad. Y por ello promulgamos sobre el particular una constitución, en la que se dispuso, que los bienes se usucapian si son muebles por tres años, y si inmuebles, por la posesión de largo tiempo, (esto es, de diez años entre presentes, y de veinte entre ausentes), y que de estas maneras no solamente en Italia, sino en toda la tierra que por nuestro imperio se gobierna, se adquiriera el dominio de las cosas, precediendo una justa causa de posesión”. La constitución a la que hace referencia Justiniano en *Instituciones* es la siguiente: C.7,31,1. DE LA TRANSFORMACIÓN DE LA USUCAPIÓN Y DE LA SUPRESIÓN DE LA DIFERENCIA ENTRE COSAS MANCIPI Y NEC MANCIPI. El emperador Justiniano. “Habiendo suprimido la previsión de nuestra inteligencia el nombre y la esencia de «derecho de los quirites», y siendo válidas en todo lugar las excepciones de diez, o de veinte, o de treinta años, o las que haya que contengan la prolijidad de mayor tiempo, es bastante inútil admitir la usucapición ciertamente respecto a los bienes raíces de Italia y denegarla en cuanto a los de las provincias. Mas también si alguno poseía de buena fe por dos años bienes ajenos, pero en de Italia, eran excluidos los míseros dueños de los bienes, y no se les reservaba ningún regreso a ellos. Lo cual era procedente aun ignorándolo los dueños; y nada era inhumano como que un hombre ausente y que lo ignoraba decayera de sus posesiones en tan corto tiempo”. La previsión a la que hace referencia respecto a la supresión del derecho de los quirites se encuentra

FERNANDO MARCIN BALSA

De acuerdo con Adame, la diferencia entre la usucapión, propia de los ciudadanos romanos, y la *longi temporis praescriptio* accesible a los *peregrini* por el *ius honorarium*, comienza a desdibujarse y confundirse desde el siglo III d. C., con el otorgamiento de la ciudadanía romana a todo el imperio por Caracala y por una reforma de Dioclesiano, que consideró a la península itálica otra provincia más. Causando estos dos hechos, por un lado, que los habitantes de imperio pudieran adquirir por usucapión, y por otro, que los fundos itálicos que antes se podían adquirir por usucapión, al ser fundos provinciales, se adquirieran por prescripción. Justiniano consolidó la evolución de la usucapión y la prescripción, establecido que la usucapión es un modo de adquirir la propiedad exclusivamente de bienes muebles, y las *longi* y *longissimi temporis praescriptio* para la adquisición exclusiva de inmuebles.¹²

La antigüedad, continuidad y transformación de esta acción y su conexión con otras instituciones jurídicas, hace de su estudio una veta estelar del derecho privado, cuya apreciación permite la mejor comprensión, adecuación a los tiempos y constante mejoramiento de esta antiquísima institución y de todas otras aquellas instituciones jurídicas tan principales como la propiedad, la posesión, la obligación, el hecho, el acto, el negocio jurídico y el contrato con los que la usucapión de buena fe con justo título se relaciona de manera eminentemente práctica.¹³

en la siguiente Constitución imperial de Justiniano: C.7,25,1. DE LA ABOLICIÓN DEL NUDO DERECHO DE QUIRITES. Justiniano. “Repeliendo por esta decisión el ludibrio de una antigua sutileza, no consentimos que haya diferencia alguna entre los dueños, en quienes una cosa se halla o nuda «por derecho de Quirites», o solamente en sus bienes, por qué no queremos que exista semejante distinción, ni la frase «por derecho de quirites», que en nada se diferencia de un enigma, ni nunca se ve ni aparece en las cosas, sino que en frase vacía y superflua y perturbada por ella la inteligencia de los jóvenes, que asisten a las primeras lecciones de leyes, aprende en sus primeros comienzos inútiles disposiciones de la ley antigua. Mas sea cada cual plenísimo y legítimo dueño, ya del esclavo, ya de los demás bienes que a él le pertenezcan”.

¹² Adame Goddard, Jorge, *op. cit.* p. 119.

¹³ A mi juicio, el más actualizado y completo estudio sobre la usucapión en México está en Arredondo Elías, J. M., *Prescripción adquisitiva de mala fe. El caso del Código Civil de Guanajuato*, México, Instituto de la Judicatura Federal, 2015. También se ha publicado una buena colección de jurisprudencia en Arriaga Escobedo, H. R. y Arriaga Escobedo, R. M., *Usucapión y jurisprudencia. Su aplicación en el juicio ordinario civil*, 3a. ed., México, Porrúa, 2009.

SELECCIÓN Y BREVE COMENTARIO A ALGUNA JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN LA PRÁCTICA FORENSE...

Para el orden expositivo de los criterios jurisprudenciales escogidos y comentados hemos dividido el desarrollo de nuestro estudio en tres capítulos: *i)* Objeto, efectos, naturaleza y carácter de orden público de la acción de usucapión; *ii)* Legitimación activa, requisitos de procedencia y probatorios de la acción de prescripción adquisitiva por un poseedor de buena fe con justo título o justa causa de la posesión, y *iii)* Legitimación pasiva y allanamiento de la parte demandada en el juicio de usucapión.

2. Objeto, efectos, naturaleza y carácter de orden público de la acción de usucapión

Para este apartado se han escogido ocho tesis, una obligatoria de la novena época que establece que la prescripción positiva debe ejercerse mediante acción y no puede ser admitida como excepción; cuatro (dos de la novena y dos de la décima época) que tratan sobre el objeto, la naturaleza, los efectos y el carácter de orden público de la acción de prescripción positiva; dos jurisprudencias de la sexta época del *Semanario Judicial* que, supuestamente desde entonces, deberían haber dejado en un estado pacífico la discusión forense sobre la necesidad de demandar o no demandar al Registro Público de la Propiedad, derivada de la discutida naturaleza de la acción de prescripción positiva como acción que impugna el dominio sobre inmuebles, y una última de la novena época que trata sobre los principios que rigen el Registro Público de la Propiedad de Inmuebles en México. En fin, para entrar sin más rodeos a nuestro estudio, a continuación los criterios jurisprudenciales escogidos:

1. Prescripción positiva o adquisitiva. Debe deducirse mediante el ejercicio de la acción o reconvención correspondientes, sin que pueda prosperar a través de una excepción. Desde un punto de vista general el término “excepción” consiste en un derecho de defensa, y constituye la facultad legal que tiene el demandado de oponerse a la pretensión que el actor ha aducido ante los órganos jurisdiccionales. Cabe precisar, que las excepciones que opone el demandado en el juicio natural, tienden a destruir la acción que se ejerce, pero no pueden constituir un derecho, es decir, no conducen a obtener una declaración a favor de la excepcionante. Ahora bien, de la lectura de

FERNANDO MARCIN BALSA

los artículos 1157 y 1155, del Código Civil para el Distrito Federal y Código Civil del Estado de Sinaloa, respectivamente, se advierte que la prescripción adquisitiva sólo puede deducirse como acción, porque esos numerales aluden al caso de que sea procedente la acción, y no, cuando se declara procedente la excepción, por lo que no puede ampliarse el contenido de dichos preceptos legales, para incluir esta última hipótesis. La excepción de prescripción como tal, no debe confundirse con la facultad que otorga la ley al demandado de reconvenir a su contraria, en tanto que la figura jurídica de la reconvencción es la actitud que adopta el demandado, en la que aprovechando que la relación procesal ya se encuentra establecida, formula nuevas pretensiones contra el actor. Siguiendo este orden de ideas, exigir que la prescripción se deduzca como acción o en vía reconvenccional y no como simple excepción, es sencillamente respetar el derecho de defensa de la parte actora, en virtud de que con las excepciones que se opongan no se corre traslado al actor para que dentro de un plazo a su vez oponga excepciones y ofrezca pruebas. En cambio, cuando se ejerce un derecho como acción o en vía reconvenccional, sí se corre traslado a la contraria para que pueda excepcionarse, es decir, de este modo la contraria tendría la oportunidad de contradecir. Lo expuesto no implica que el demandado forzosamente tenga que hacer valer la reconvencción, ya que el hecho de omitirla, no hace que precluya su derecho, para ejercer, en juicio por separado, alguna acción derivada de la misma causa o título que dio origen a la demanda principal. Contradicción de tesis 70/97. Aprobada en aclaración de sentencia en la contradicción de tesis 70/97, por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veintiocho de marzo de dos mil uno, por unanimidad de cinco votos de los señores ministros: presidente José de Jesús Gudiño Pelayo, Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Localización: [J], Jurisprudencia, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, t. XIII, mayo de 2001, p. 170. 1a./J. 9/2001.

La parte medular de esta tesis se encuentra en el razonamiento que dicta al exigir que la prescripción se deduzca como acción o en vía reconvenccional y no como excepción, es respetar el derecho de defensa de la parte actora en el juicio natural y demandada en vía reconven-

SELECCIÓN Y BREVE COMENTARIO A ALGUNA JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN LA PRÁCTICA FORENSE...

cional, ya que de otra manera no tendría momento procesal oportuno y equitativo para oponer, a su vez, excepciones a la usucapión ejercida en su contra.

Una vez esclarecido este tema, es decir, que hoy en día en México la prescripción adquisitiva debe hacerse valer en vía de acción o reconvenzional y no de excepción, podemos pasar a la lectura de la siguiente tesis de jurisprudencia, escogida respecto del objeto de la usucapión:

2. Prescripción. Su objeto. La figura de la prescripción está regulada en el título séptimo del Código Civil para el Distrito Federal, aplicable para la Ciudad de México, el cual la define como el medio para adquirir bienes o de librarse de obligaciones, mediante el transcurso de cierto tiempo y bajo las condiciones establecidas por la ley. Dicho ordenamiento dispone dos tipos de prescripción: 1. La positiva que es la adquisición de bienes en virtud de la posesión, y 2. La negativa que es la liberación de obligaciones por no exigirse su cumplimiento. En este sentido, la prescripción es una institución de orden público, porque es un mecanismo a través del cual el Estado impide que los gobernados afecten intereses fundamentales de la sociedad y no puede dejarse al arbitrio de los particulares. Ahora, si bien por una parte la legislación ha querido sancionar el abandono o desinterés en el ejercicio de un derecho, también ha procurado describir en lo posible, los casos en que no cabe suponer desinterés, indiferencia o abandono de un derecho por parte de su titular. Esto último cobra sentido, si se considera que la voluntad legislativa no es premiar o incentivar el incumplimiento de las obligaciones o el apoderamiento de bienes ajenos, sino cuando sea claro que el titular de esos derechos ningún interés guarde en conservarlos. De modo que, cuando existan actos o circunstancias que hagan suponer que el poseedor de esos derechos conserva interés en mantenerlos, deben estimarse interrumpidos los términos para que opere la prescripción, siempre y cuando esos actos o circunstancias se lleven a cabo en forma previa a que hubiera transcurrido el plazo de prescripción establecido por la ley pues, en caso contrario, y a pesar de la intención del titular del derecho reclamado de hacerlo valer, una vez configurada la prescripción por el paso del tiempo, no es dable dejarla sin efectos. Tesis aislada. Tercer tribunal colegiado en materia civil del primer circuito. Localización: [TA], Tesis aislada,

FERNANDO MARCIN BALSA

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, décima. época, t. IV, diciembre de 2017, p. 2234. I.3o.C.290 C (10a.).

De esta tesis destaca que brinda una concepción restringida del objeto de la acción de prescripción positiva y su carácter de orden público, afirma que el objeto de la acción de prescripción positiva es de orden público porque es un mecanismo a través del cual el Estado impide que los gobernados afecten intereses fundamentales de la sociedad y no puede dejarse al arbitrio de los particulares. Interpreta la legislación afirmando que el legislador ha querido sancionar el abandono de un derecho por parte de su titular; considera que la voluntad legislativa no es premiar o incentivar el apoderamiento de bienes ajenos, sino cuando sea claro que el titular de esos derechos no guarde ningún interés en conservarlos. Por otro lado, destaca también al afirmar que, una vez configurada la prescripción por el paso del tiempo, no es dable dejarla sin efectos.

La lectura de esta tesis de jurisprudencia mexicana hace pensar en las referencias a la esencia de la usucapión que hace Cicerón en la *Oratio pro caesina*; al objeto de la usucapión como recurso jurisdiccional que hace Neracio en el libro V de sus *Papiros*, y al carácter de orden público que Gayo le reconoce a la *usucapio* en *Instituciones* y en su *Comentario al Edicto Provincial*.

Cicerón, *Pro caecina*. XXVI, 74. “Usucapión es el fin de inquietudes y riesgos de los litigios”.

D.41,10,5 pr. Neracio, *Pergaminos*, libro 5. “Se estableció la usucapión de las cosas también por otras causas, concedida interinamente por razón de lo que poseemos estimándolo nuestro, a fin de que tuviesen algún término los litigios”.

Gai. 2. 44. “Esto parece que se ha admitido para que la propiedad de las cosas (*rerum dominia*) no permaneciera incierta por mucho tiempo, bastándole al dueño uno o dos años para recuperar lo que era suyo, tiempo éste asignado al poseedor para adquirir por usucapión”.

D.41,3,1. Gayo, libro 21 del *Comentario al Edicto Provincial*. “La usucapión se introdujo en beneficio público, para que los dominios de algunas cosas no fuesen inciertos por mucho tiempo, o casi siempre, bastándoles a los señores para recuperar sus cosas el espacio de tiempo determinado”.

SELECCIÓN Y BREVE COMENTARIO A ALGUNA JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN LA PRÁCTICA FORENSE...

Digo, hace pensar en estas fuentes de derecho romano clásico inicial, alto y tardío, porque si bien los juristas romanos sí hacen mención al abandono, no restringen el objeto ni el carácter de orden público de la usucapión a la sanción del mismo, sino que el carácter de orden público, esencia y objeto de la usucapión, se ven desde una perspectiva más amplia, que incluye el que los litigios tengan un término, según Cicerón y Neracio, y que los dominios respecto de las cosas no sean inciertos por mucho tiempo, según Gayo. Un aspecto primordial que debe ser tomando en cuenta respecto del carácter de orden público de la usucapión en derecho romano es que, con el ejercicio de la usucapión, no se lesione el derecho de otra persona. El romanista que ha puesto el mayor acento en este aspecto ha sido Bonfante, quien habla de las *iusta causa usucapionis* y su relación con la buena fe como el principal límite a la eficacia adquisitiva del *usus* o *possessio*. En este sentido, habla del papel de la *usucapio* en la evolución histórica del principio de la no lesión al otro (*alterum non ledere*).¹⁴ Y yo agregaría, a la constante y voluntad perpetua de reconocer lo que es de cada uno.

El carácter de orden público de la acción de prescripción adquisitiva mencionado nos lleva a la siguiente tesis de jurisprudencia escogida respecto de la naturaleza de la acción de usucapión:

3. ACCIÓN DE USUCAPIÓN EJERCITADA POR EL COMPRADOR EN CONTRA DEL VENDEDOR (TITULAR REGISTRAL). SU PROCEDENCIA. Si bien es cierto que puede obtenerse un documento susceptible de inscripción mediante el ejercicio de la acción *pro forma*, también lo es que ello no excluye la posibilidad de que, si el comprador tiene la legitimación activa para ejercerla, así como para ejercer la acción de usucapión (por tener una posesión pública, pacífica, continua y en concepto de propietario), éste pueda elegir esta acción en contra del vendedor, si considera que le es más fácil acreditar los requisitos de la usucapión. Esta posibilidad contribuye a solucionar algunos problemas que surgen en la práctica, ya que mientras más tiempo carezca el propietario de un título susceptible de inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, más inseguridad jurídica se presenta, no sólo para las par-

¹⁴ Bonfante, P., "La iusta causa dell'usucapione e il suo rapporto con la bona fides." *Scritti giuridici varii II. Proprietà e Servitù*, cit., pp. 470-551.

FERNANDO MARCIN BALSA

tes (en especial para el comprador), sino también ante terceros, de manera que al no cumplir con el efecto de oponibilidad y, por tanto, padecer de una ineficacia funcional, da lugar a que concurren situaciones de excepción al principio *res inter alios acta*. Esto es, permitir que el comprador ejerza la acción de usucapión en contra del vendedor, para contar con un documento susceptible de inscribirse, que avale su derecho de propiedad y pueda oponerse a terceros, no se contrapone al ejercicio de la acción pro forma, ya que ésta, además de ser diversa en los diferentes sujetos legitimados para ejercerla pasiva o activamente, tiene un fin distinto, que es el otorgamiento de firma y escritura pública, título que, al igual que la sentencia que declara la usucapión es un instrumento inscribible, el cual permite al comprador que puedan concurrir en su persona ambas legitimaciones, de manera que le sea posible accionar de la forma que más convenga a sus intereses y a la celeridad con la que pueda obtenerse dicho título, a fin de inscribirse y no permanezca más el estado de inseguridad jurídica que genera su falta de inscripción. Además, negarle a un sujeto que cuenta con ambas legitimaciones activas, una vía para obtener un documento inscribible no permite que éste sea plenamente eficaz, toda vez que no surte efectos contra terceros, aunado al hecho de que se estaría estableciendo un procedimiento más lento, el cual resultaría contrario a lo establecido por el segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Esta posibilidad no trae como consecuencia que se faculte al comprador para que, mediante la acción de usucapión, deje de cubrir al vendedor el precio pactado. Toda vez que, en estos casos, se deben distinguir los aspectos reales (esto es, la transmisión de propiedad, como efecto principal) de los obligacionales (es decir, el pago del precio, como primera obligación del comprador) del contrato. El hecho de reunir los requisitos legales de la usucapión, y que, por dicha causa, se adquiera un nuevo título de propiedad, es totalmente independiente de lo que sucede a nivel obligacional, ya que el propietario, derivado de este nuevo título que avala su derecho real, sigue estando obligado al pago total del precio adeudado. Contradicción de tesis 236/2009. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha siete de julio de dos mil diez. Localización: [J], Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXXIII, abril de 2011, p. 5. 1a./J. 61/2010.

SELECCIÓN Y BREVE COMENTARIO A ALGUNA JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN LA PRÁCTICA FORENSE...

De esta tesis destaca la consideración sobre la naturaleza de la acción de prescripción positiva al compararla con la acción *pro forma*, ya que las considera de naturaleza distinta, pero admite que las dos tienen como objeto que el actor obtenga un documento inscribible, válido y oponible frente a terceros para demostrar la titularidad del derecho de propiedad sobre inmuebles, y afirma que estimar lo contrario, implicaría una transgresión al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, lo cual ha sido ratificado por esta otra tesis de jurisprudencia por contradicción de la décima época del *Semanario Judicial de la Federación*:

4. ACCIÓN DE PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA. EL COMPRADOR DE UN BIEN INMUEBLE QUE OBTUVO SENTENCIA FAVORABLE EN LA ACCIÓN *PRO FORMA* TIENE LEGITIMACIÓN PARA EJERCER AQUÉLLA, SI EXISTE IMPOSIBILIDAD JURÍDICA Y/O MATERIAL PARA EJECUTARLA, O BIEN, UN ALTO GRADO DE DIFICULTAD PARA ESCRITURAR. EN CONGRUENCIA CON LO DETERMINADO POR LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, EN LA JURISPRUDENCIA 1a./J. 61/2010, DEL RUBRO: “ACCIÓN DE USUCAPIÓN EJERCITADA POR EL COMPRADOR EN CONTRA DEL VENDEDOR (TITULAR REGISTRAL). SU PROCEDENCIA”, EN EL SENTIDO DE QUE, NO OBSTANTE QUE LA ACCIÓN *PRO FORMA* Y LA ACCIÓN DE PRESCRIPCIÓN POSITIVA SON DE NATURALEZA DISTINTA, LAS DOS TIENEN COMO OBJETO QUE EL ACTOR OBTenga UN DOCUMENTO INSCRIBIBLE, VÁLIDO Y OPONIBLE FRENTE A TERCEROS PARA DEMOSTRAR LA TITULARIDAD DEL DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE INMUEBLES, POR LO QUE LAS CITADAS ACCIONES NO SON CONTRADICTORIAS ENTRE SÍ; DE AHÍ QUE EL COMPRADOR DE UN BIEN INMUEBLE TENGA LEGITIMACIÓN PARA EJERCER LA ACCIÓN DE PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA CUANDO OPTA POR EJERCER LA ACCIÓN *PRO FORMA* Y OBTIENE SENTENCIA DEFINITIVA FAVORABLE A SUS INTERESES, PERO EXISTE IMPOSIBILIDAD JURÍDICA Y/O MATERIAL PARA EJECUTARLA, O BIEN, UN ALTO GRADO DE DIFICULTAD PARA ESCRITURAR ACORDE CON EL PRUDENTE ARBITRIO DEL JUZGADOR Y, POR CONSECUENCIA, PARA OBTENER UN DOCUMENTO VÁLIDO E INSCRIBIBLE CON LA FINALIDAD DE DEMOSTRAR LA TITULARIDAD DEL DERECHO DE PROPIEDAD ADQUIRIDO SOBRE EL BIEN INMUEBLE OBJETO DE LA COMPRAVENTA, QUE RESULTE OPONIBLE FRENTE A TERCEROS; ESTIMAR LO CONTRARIO, IMPLICARÍA UNA TRANSGRESIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, RECONOCIDO POR EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EL CUAL ES CONCORDANTE CON LAS PRERROGATIVAS CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS 8, NUMERAL 1 Y 25 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, ASÍ

FERNANDO MARCIN BALSA

como 14, numeral 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. PLENO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Jurisprudencia por contradicción de tesis 6/2017, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, t. III, octubre de 2017, p. 1327. PC.I.C. J/53 C (10a.).

Una vez expuestas las tesis escogidas sobre la naturaleza de la acción de prescripción positiva, a continuación la siguiente tesis sobre los efectos de la usucapión:

5. PRESCRIPCIÓN POSITIVA. LA SENTENCIA QUE LA DECLARA PROCEDENTE SURTE EFECTOS RETROACTIVAMENTE A LA FECHA EN QUE SE ENTRÓ EN POSESIÓN DEL BIEN, PUES ESA RESOLUCIÓN CONSOLIDA EL TÍTULO DE PROPIEDAD EXHIBIDO PARA ACREDITARLA. La prescripción adquisitiva o usucapión es un medio de adquirir la propiedad a título personal mediante la posesión pacífica, continua, pública, cierta y en concepto de dueño, por el tiempo que establezca la normatividad aplicable. Sin embargo, dicha figura no tiene únicamente el efecto de adquirir la propiedad por el transcurso del tiempo y cumpliendo ciertos requisitos legales, sino que también tiene una función reparadora, ya que subsana un acto jurídico que, en principio, es traslativo de dominio, pero que, por alguna causa, esa traslación no se completa o completada adolece de algún vicio. Así, la sentencia que declara procedente la propiedad por usucapión surte efectos retroactivamente a la fecha en que se entró en posesión del bien pues, como se dijo, esa resolución consolida el título de propiedad exhibido. TESIS AISLADA. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO CON RESIDENCIA EN CIUDAD NEZAHUALCÓYOTL, ESTADO DE MÉXICO. Localización: [TA], tesis aislada, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, t. IV, septiembre de 2016, t. IV, p. 2859. II.1o.42 C (10a.).

De esta tesis, aparte del tan importante reconocimiento de efectos retroactivos de la usucapión, destaca la explicación de la función reparadora de la acción de prescripción positiva, ya que subsana un acto jurídico que, en principio, es traslativo de dominio, pero que, por alguna causa, esa traslación no se completa, o completada, adolece de algún vicio. Así, la sentencia que declara procedente la propiedad por usucapión surte efectos retroactivamente a la fecha en que se entró en

SELECCIÓN Y BREVE COMENTARIO A ALGUNA JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN LA PRÁCTICA FORENSE...

posesión del bien, pues, como se dijo, esa resolución consolida el título de propiedad exhibido.

Una vez expuestos el objeto, la naturaleza, el carácter de orden público y los efectos de la acción de prescripción positiva, estos temas nos llevan a exponer las problemáticas disposiciones contenidas en los artículos 3010 (originalmente 3008) del Código Civil para el Distrito Federal, y 14 de la Ley Registral para el Distrito Federal, que precisamente tienen relación tanto con el objeto, la naturaleza y los efectos de la acción de prescripción positiva.

Un problema al que se enfrenta un poseedor de buena fe a título de propietario que pretende ejercer la acción de prescripción positiva en la Ciudad de México para adquirir, regularizar, convalidar, hacer suya de pleno derecho y oponible a terceros la propiedad de un bien inmueble que posee de buena fe con una justa causa a título de propietario, es lo establecido en el segundo y tercer párrafo del hoy artículo 3010 del Código Civil para el Distrito Federal, casi idénticamente replicado en el artículo 14 de la Ley Registral para la Ciudad de México, que a la letra dicen:

Artículo 3010.

...

No podrá ejercitarse acción contradictoria del dominio del inmueble o derechos reales sobre los mismos o de otros derechos inscritos o anotados a favor de la persona o entidad determinada, sin que previamente a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción en que conste dicho dominio o derecho.

En el caso de cualquier procedimiento judicial o administrativo en el que se pretenda afectar o se afecten bienes, derechos reales sobre los mismos o sus frutos, tal afectación quedará sin efecto, una vez que conste manifestación auténtica del Registro Público, que indique que dichos bienes o derechos están inscritos a favor de persona distinta de aquella contra la cual se dictó la ejecución y también quedará sin efecto, si hay nota de presentación de aviso preventivo y/o aviso de otorgamiento en términos del artículo 3016 del presente Código y/o la anotación preventiva a que se refiere la fracción V del artículo 3043 de este Código, a no ser que se hubiere dirigido contra esa persona la acción, como causahabiente del que aparece como titular en el Registro Público.

FERNANDO MARCIN BALSA

...

Artículo 14. El derecho registrado se presume que existe y que pertenece a su titular en la forma expresada en el asiento respectivo. Se presume también que el titular de una inscripción de dominio o de posesión, tiene la posesión del inmueble inscrito. No podrá ejercitarse acción contradictoria de dominio del inmueble o derechos reales sobre el mismo o de otros derechos inscritos o anotados a favor de persona o entidad determinada, sin que previa o concomitantemente, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción en que conste dicho dominio o derecho. En el caso de cualquier procedimiento judicial o administrativo en el que se afecten bienes, derechos reales sobre los mismos o sus frutos, tal afectación quedará sin efecto, una vez que conste manifestación auténtica del Registro Público, que indique que dichos bienes o derechos están inscritos a favor de persona distinta de aquella contra la cual se dictó la ejecución, a no ser que se hubiere dirigido contra ella la acción, como causahabiente del que aparece como titular en el Registro Público. Todo lo inscrito o anotado goza de la presunción de autenticidad, veracidad, legalidad y exactitud. En tanto no se declare judicialmente la falsedad o nulidad de un asiento del Registro Público, en cuanto se refieran a derechos inscribibles o anotables, producen todos sus efectos. Los errores materiales o de concepto, se rectificarán en términos del Código y de la presente Ley.

Acá son dos temas: si la acción de usucapión es o no una acción que impugna el dominio de inmuebles, y el caso de que la ejecución dictada sea contra persona distinta a la que aparece inscrita en el Registro Público como propietario, a no ser que se hubiera dirigido contra esa persona la acción, como causahabiente del que aparece como titular en el Registro Público. Pero pasemos a los criterios jurisprudenciales escogidos:

6. ACCIONES QUE IMPUGNAN EL DOMINIO DE INMUEBLES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 3008, EN RELACIÓN CON EL 3009, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. La regla del artículo 3008 del Código Civil, en el sentido de que no pueden ejercitarse acciones que impugnen el dominio de inmuebles, sin que, previamente o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción relativa, no es un requisito esencial en el ejercicio de la acción de prescripción adquisitiva, que se

SELECCIÓN Y BREVE COMENTARIO A ALGUNA JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN LA PRÁCTICA FORENSE...

da contra la persona que en el registro aparece como dueña, porque en estos casos, la sentencia que declara propietario al actor, es el título que debe inscribirse, según el artículo 1157, y no pudiendo los bienes raíces aparecer inscritos a la vez en favor de dos o más personas que no sean copartícipes, forzosamente deberá ordenarse por el juez, en acatamiento al artículo 3009 del propio ordenamiento, la cancelación de la inscripción relativa al anterior propietario, aun cuando esto no le haya sido solicitado. Localización: [J], Jurisprudencia, sexta época, 3a. Sala, Ap. 1995, t. IV, p. 16. 24.

7. PRESCRIPCIÓN. LA ACCIÓN QUE SE ESTABLECE EN EL ARTÍCULO 1156 DEL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL, NO ES CONTRADICTORIA DE DOMINIO. En varias ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia, al analizar el artículo 1156 del Código Civil del Distrito Federal, se concluye que la acción que en él se establece no es contradictoria de dominio. El alto cuerpo considera que si la prescripción está doctrinalmente clasificada como uno de los medios de perder involuntariamente el dominio, pues que por ministerio de la ley el derecho de propiedad pasa de la persona del titular a la persona del poseedor, la acción que ejercita con base al artículo 1156 del Código Civil del Distrito Federal, no contradice o niega el dominio; que, ciertamente, el poseedor prescribe contra el dueño, y por virtud de la usurpación, de él adquiere la propiedad sobre la cosa; pero que en ningún caso la reivindica, ni el litigio comprende cuestión alguna sobre nulidad del título precedente o la anotación registral; y que con el criterio anterior se logra evitar la duplicidad de inscripciones, cuyo fin persigue el artículo 3008 del código civil aludido, toda vez que si la acción prospera, tendrá que inscribirse en el registro la sentencia relativa y habrán de hacerse las anotaciones correspondientes. Amparo directo 217/63. Gabriel Mendoza Cristallino. 29 de abril de 1964. Cinco votos. Ponente: Rafael Rojina Villegas. Localización: [TA], Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, sexta época, 3a. Sala, vol. LXXXII, cuarta parte, p. 131.

8. REGISTRO PÚBLICO DE LA PROPIEDAD. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES QUE LO RIGEN. El Registro Público de la Propiedad no genera, por sí mismo, la situación jurídica a la que da publicidad, esto es, no constituye la causa jurídica de su nacimiento, ni tampoco es el título del derecho inscrito, sino que se limita por regla general a declarar, a ser “un reflejo” de un derecho nacido extraregistralmente mediante un acto jurídico que fue celebrado con anterioridad por las partes contratantes,

FERNANDO MARCIN BALSA

y la causa o título del derecho generado es lo que realmente se inscribe o se asienta en la anotación relativa con la finalidad de hacerlo del conocimiento de terceros, se declara así para que sea conocido por quienes acudan a consultar sus folios y adquieran certeza jurídica del estado que guardan los bienes sobre los que muestran interés. Por las razones aludidas, en el Registro Público de la Propiedad existen una serie de principios fundamentales, a saber: El de publicidad, conforme al cual el público además de tener acceso a las inscripciones, también tiene el derecho de enterarse de su contenido; el de inscripción, por el que los derechos nacidos extraregistralmente pueden ser oponibles a terceros; el de especialidad, que exige determinar en forma precisa el bien o derecho de que se trate; el de consentimiento, en virtud del cual sólo puede modificarse una inscripción, con la voluntad de la persona titular, y el titular del registro debe consentir la modificación de ese asentamiento; el de tracto sucesivo, que impide el que un mismo derecho real esté inscrito al mismo tiempo a nombre de dos o más personas, a menos que se trate de copropiedad, puesto que toda inscripción tiene un antecedente y debe extinguirse para dar lugar a una nueva; el de rogación, que prohíbe al registrador practicar inscripciones de motu proprio, pues es necesario para ello que quien lo solicite se encuentre legitimado, esto es, debió ser parte en el acto o bien tratarse del notario autorizante de la escritura o el Juez del conocimiento; el de propiedad, que es uno de los pilares del registro, y conforme al cual ante la existencia de dos títulos contradictorios, prevalece el primero que se hubiese inscrito; el de legalidad, que impide se inscriban en el registro títulos contrarios a derecho o irregulares y faculta al registrador para calificar estas circunstancias; el de tercero registral, conforme al cual, para efectos del registro, se entiende por tercero a quien sin ser parte en el acto jurídico que originó la inscripción, tiene un derecho real sobre el bien inscrito; y finalmente, el de fe pública registral o legitimación registral, cuyo efecto es que se tenga por verdad legal en relación con un derecho real inmobiliario, lo que aparece asentado en el Registro Público; principios todos ellos que se encuentran contenidos en los artículos 3001, 3003, 3009, 3010, 3013, 3015, 3030, 3031, 3064 del Código Civil para el Distrito Federal. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 780/2006. Aurora Rosales Gaytán. 1o. de febrero de 2007. Mayoría de votos. Disidente: Neófito López Ramos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos.

SELECCIÓN Y BREVE COMENTARIO A ALGUNA JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN LA PRÁCTICA FORENSE...

Secretaría: Ana Lilia Osorno Arroyo. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXV, marzo de 2007, p. 1757. I.3o.C.600 C.

Los criterios jurisprudenciales arriba expuestos parecerían ofrecer un estado pacífico y dejar claro que el ejercicio de la acción de prescripción positiva no implica el ejercicio previo o concomitante de una acción de nulidad de inscripción en contra del Registro Público de la Propiedad. Sin embargo, las disposiciones siguen vigentes y las autoridades judiciales exigen se demande la nulidad de inscripción al Registro Público, y cuando no lo exigen, y se pretende inscribir, sea preventiva o definitivamente, la usucapión ante el Registro Público, la autoridad registral niega la inscripción fundando su respuesta en los artículos ya expuestos, dejando al interesado, ahora legitimado quejoso, con la opción de solicitar un amparo contra la negativa de la autoridad registral y que ordene su inscripción un juez federal. Razón por la cual hay otra opción, que es demandar, oír y vencer al Registro en juicio, para, precisamente, evitar caer en el supuesto de una fundada negativa a la inscripción de la adquisición/consolidación de la propiedad ante el Registro Público de la Propiedad.

Dejando a un lado el problema de la demanda de nulidad de inscripción, está el otro problema que planteábamos. Pensemos en el caso del comprador poseedor de buena fe a título de propietario bajo un contrato de compraventa de un inmueble, entre él, una persona física y un fideicomiso representado por una institución bancaria como fiduciario y vendedor. Ya que la propiedad del bien inmueble está inscrita en el Registro Público a favor de esta institución bancaria como fiduciaria, se pactó en el contrato de compraventa que la transmisión de la propiedad se ordenaría inscribir una vez que se saldara el precio en los plazos pactados por la compraventa. Pasado el plazo y pagado el precio, resulta que la institución fiduciaria, aún titular registral del inmueble adquirido, desapareció por fusión con otra institución bancaria. Entonces, el título base de la acción, el contrato de compra-venta, se celebró con una persona moral que ya no existe, pero que aún aparece como titular registral del inmueble adquirido. Por tanto, en cumplimiento a lo establecido en los artículos 1156, 3010 del Código Civil y 14 de la Ley Registral de la Ciudad de México, se puede enderezar la demanda en contra del titu-

FERNANDO MARCIN BALSA

lar registral como dice el artículo 1156, y contra la institución bancaria causahabiente por fusión del titular del contrato base de la acción, ya que será esta última la que será notificada, oída en juicio y condenada en caso de prosperar la usucapión.

Por lo que respecta a la publicidad de las transmisiones de propiedad en derecho romano, de acuerdo con Shulz, los juristas clásicos no se preocuparon de ésta y se fiaron de los cinco testigos y el *libripens* de la *mancipatio*, y de la publicidad propia de la *in iure cessio* en derecho romano, no existió algún registro público de la propiedad inmobiliaria.¹⁵

3. Legitimación activa, requisitos de procedencia y probatorios de la acción de usucapión.

Posesión apta para usucapir de buena fe con justo título o justa causa de la posesión

El titular de la acción de usucapión de buena fe sobre un inmueble en México es el poseedor de un bien inmueble a título de propietario que ha poseído en el mismo concepto de propietario por cinco años ininterrumpidos de manera pacífica y pública. Ante la renuncia del titular de la acción, también estarían legitimados los acreedores y todos aquellos que tuvieren legítimo interés en que la prescripción persistiera.¹⁶

Para este apartado se han escogido 14 tesis, de las cuales aquellas de la décima época del *Semanario Judicial de la Federación* constituyen el estado de un amplio, prolongado y, en algunos casos, sorprendentemente pendular devenir interpretativo jurisprudencial sobre diversas cuestiones fundamentales sobre la legitimación activa y los requisitos de procedencia y/o probatorios de la acción de usucapión. La primera de esas tesis de jurisprudencia de la décima época que representan dicho devenir interpretativo sobre la usucapión es la siguiente:

¹⁵ Shulz, F., *op. cit.*, p. 338 y 339.

¹⁶ Libro segundo, “De los bienes”; título tercero, “De la posesión”, artículos 790-828, y título séptimo, “De la Prescripción”, artículos 1135-1180 del Código Civil Federal.

SELECCIÓN Y BREVE COMENTARIO A ALGUNA JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN LA PRÁCTICA FORENSE...

1. PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA. AUNQUE LA LEGISLACIÓN APLICABLE NO EXIJA QUE EL JUSTO TÍTULO O ACTO TRASLATIVO DE DOMINIO QUE CONSTITUYE LA CAUSA GENERADORA DE LA POSESIÓN DE BUENA FE, SEA DE FECHA CIERTA, LA CERTEZA DE LA FECHA DEL ACTO JURÍDICO DEBE PROBARSE DE FORMA FEHACIENTE POR SER UN ELEMENTO DEL JUSTO TÍTULO (INTERRUPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA 1a./J.9/2008). Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia citada, estableció que para la procedencia de la acción de prescripción positiva de buena fe es indispensable que el documento privado que se exhiba como causa generadora de la posesión sea de fecha cierta, porque: a) se inscribió en el Registro Público de la Propiedad; b) fue presentado ante algún funcionario por razón de su oficio; o, c) alguno de sus firmantes falleció. Ahora bien, una nueva reflexión sobre el tema lleva a apartarse de ese criterio y, por ende, a interrumpir dicha jurisprudencia, ya que, tanto la certeza de la fecha como la celebración misma del acto jurídico traslativo de dominio, incluyendo la autenticidad del documento, pueden acreditarse con diversos medios de prueba que deben quedar a la valoración del juzgador, además de que el cumplimiento con alguno de los tres requisitos señalados no es óptimo para acreditar el “justo título”. En efecto, el justo título es un acto traslativo de dominio “imperfecto”, que quien pretende usucapir el bien a su favor cree fundadamente bastante para transferirle el dominio, lo que implica que esa creencia debe ser seria y descansar en un error que, en concepto del juzgador, sea fundado, al tratarse de uno que “en cualquier persona” pueda provocar una creencia respecto de la validez del título. Por tanto, para probar su justo título, el promovente debe aportar al juicio de usucapición las pruebas necesarias para acreditar: 1) que el acto traslativo de dominio que constituye su justo título tuvo lugar, lo cual debe acompañarse de pruebas que demuestren que objetivamente existían bases suficientes para creer fundadamente que el enajenante podía disponer del bien, lo cual prueba cierta diligencia e interés en el adquirente en conocer el origen del título que aduce tener su enajenante; 2) si el acto traslativo de dominio de que se trata es oneroso, que se hicieron pagos a cuenta del precio pactado; en caso contrario, tendrá que probar que la transmisión del bien se le hizo en forma gratuita; y, 3) la fecha de celebración del acto jurídico traslativo de dominio, la cual deberá acreditarse en forma fehaciente, pues constituye el punto de partida para el cómputo del plazo necesario para que opere la prescripción adquisitiva de buena fe; además

FERNANDO MARCIN BALSA

de probar que ha poseído en concepto de propietario con su justo título, de forma pacífica, pública y continua durante cinco años, como lo establecen los Códigos Civiles de los Estados de México, de Nuevo León y de Jalisco. De manera que todo aquel que no pueda demostrar un nivel mínimo de diligencia, podrá prescribir, pero en el plazo más largo de diez años, previsto en los códigos citados, ya que, de otra forma, se estará ampliando injustificadamente el régimen especial que el legislador creó para aquellas personas que puedan probar que su creencia en la validez de su título es fundada, con base en circunstancias objetivas, y no apreciaciones meramente subjetivas ajenas a la realidad. Así, la procedencia de la prescripción adquisitiva que ejerce un poseedor que aduce ser de buena fe, tendrá que cimentarse en la convicción que adquiera el juzgador de la autenticidad del propio título y de la fecha a partir de la cual se inició la posesión en concepto de propietario, con base en la valoración de los diversos medios de convicción que ofrezca la parte actora para demostrar que es fundada su creencia en la validez de su título, debiendo precisar que la carga de la prueba recae en la parte actora. Tesis de jurisprudencia 82/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, t. I, diciembre de 2014, p. 200.

Esta jurisprudencia obligatoria dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia interrumpió la aplicación de este otro criterio jurisprudencial:

2. PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA. EL CONTRATO PRIVADO DE COMPRAVENTA QUE SE EXHIBE PARA ACREDITAR EL JUSTO TÍTULO O LA CAUSA GENERADORA DE LA POSESIÓN, DEBE SER DE FECHA CIERTA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN). De los artículos 806, 826, 1136, 1148, 1149, 1151 y 1152 del Código Civil del Estado de Nuevo León se advierte que son poseedores de buena fe tanto el que entra en la posesión en virtud de un título suficiente para darle derecho de poseer como quien ignora los vicios de su título que le impiden poseer con derecho; que la posesión necesaria para prescribir debe ser en concepto de propietario y con justo título, pacífica, continua y pública; y que sólo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño de la cosa poseída puede producir la prescripción. De manera que si para que opere la prescripción adquisitiva es indispensable que el bien a usucapir se

SELECCIÓN Y BREVE COMENTARIO A ALGUNA JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN LA PRÁCTICA FORENSE...

posea en concepto de propietario, no basta con revelar la causa generadora de la posesión para tener por acreditado ese requisito, sino que es necesario comprobar el acto jurídico o hecho que justifique ese carácter, esto es, el justo título, entendiéndose por tal el que es o fundadamente se cree bastante para transferir el dominio. Ahora bien, los documentos privados adquieren certeza de su contenido a partir del día en que se inscriben en un registro público de la propiedad, se presentan ante un fedatario público o muere alguno de los firmantes, pues si no se actualiza uno de esos supuestos no puede otorgarse valor probatorio frente a terceros. Así, se concluye que si el dominio tiene su origen en un instrumento traslativo consistente en un contrato privado de compraventa, para acreditar el justo título o la causa generadora de la posesión es indispensable que sea de fecha cierta, pues ese dato proporciona certidumbre respecto de la buena fe del acto contenido en el referido documento y otorga eficacia probatoria a la fecha que consta en él, para evitar actos fraudulentos o dolosos, ya que la exhibición del contrato tiene como finalidad la acreditación del derecho que le asiste a una persona y que la legitima para promover un juicio de usucapión; de ahí que la autoridad debe contar con elementos de convicción idóneos para fijar la calidad de la posesión y computar su término. Contradicción de tesis 27/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXVII, abril de 2008, p. 315.

El fondo del argumento de las jurisprudencias apenas transcritas es la discusión sobre si exigir o no “fecha cierta” del documento privado que contiene el acto jurídico traslativo de dominio que ha sido ofrecido como justo título de la posesión originaria y base de la acción de usucapión. La connotación jurídica de la “fecha cierta” es utilizada en la práctica forense civil mexicana con la finalidad de otorgar eficacia probatoria a los documentos privados y evitar actos fraudulentos o dolosos en perjuicio de terceras personas. Dicha connotación tiene origen en lo establecido en la fracción III del artículo 2034 del Código Civil Federal y las siguientes jurisprudencias por reiteración de la sexta y novena época:

3. DOCUMENTOS PRIVADOS, FECHA CIERTA DE LOS. Solamente puede considerarse que los documentos privados tienen fecha cierta cuando

FERNANDO MARCIN BALSA

han sido presentados a un Registro Público, o ante un funcionario en razón de su oficio, o a partir de la fecha de la muerte de cualquiera de sus firmantes. Sexta Época. Localización: [J]; Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación*, sexta época, 3a. Sala, Ap. 2000, t. IV, Civil, p. 180. 220.

4. DOCUMENTOS PRIVADOS DE FECHA CIERTA. Es verdad que conforme a lo dispuesto por el artículo 2034, fracción III del Código Civil, y las tesis de jurisprudencia emitidas, respectivamente, por la otrora Tercera Sala y la actual Primera Sala, ambas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyos rubros son: “DOCUMENTOS PRIVADOS, FECHA CIERTA DE LOS” E “INTERÉS JURÍDICO EN EL AMPARO, INEFICACIA DEL CONTRATO PRIVADO DE COMPRAVENTA DE FECHA INCIERTA, PARA ACREDITARLO”, los hechos que hacen cierta la fecha en un documento privado, son: la inscripción en el Registro Público de la Propiedad; la entrega del documento a un funcionario público en razón de su oficio, y la muerte de cualquiera de los que lo firmen. Sin embargo, la circunstancia de que el documento privado en sí no tenga alguna de esas características, no veda a quien lo exhibe de su derecho para acreditar, por cualquier otro medio, su certeza; pero esos hechos que se invoquen y demuestren deben ser tales, que de ello surja como consecuencia necesaria la existencia del documento al tiempo en que se verificaron, es decir, deben ser capaces de eliminar la posibilidad de que sea de una fecha diversa. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Localización: [J]; Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXI, mayo de 2005, p. 1279. I.4o.C. J/20.

Para determinar la exposición respecto a la certeza de la fecha como elemento del justo título base de la acción de usucapión, a continuación dos tesis que muestran un par de casos particulares; la compraventa y la donación verbales:

5. PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA. CUANDO SE INVOCA UN CONTRATO VERBAL DE COMPRAVENTA COMO CAUSA GENERADORA DE LA POSESIÓN, CUYA EXISTENCIA PRETENDE ACREDITARSE CON PRUEBA TESTIMONIAL, LOS TESTIGOS DEBEN MANIFESTAR LA FECHA EXACTA EN QUE AQUÉL SE CELEBRÓ (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN). De una interpretación armónica de los artículos 806 y 1176 del Código Civil para el Estado de Nuevo León se concluye

SELECCIÓN Y BREVE COMENTARIO A ALGUNA JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN LA PRÁCTICA FORENSE...

que para la procedencia de la acción de prescripción adquisitiva es necesario acreditar la fecha exacta en que se entró a poseer el bien en disputa, ya que es a partir de entonces cuando empieza a correr el término de cinco años para que opere la prescripción de buena fe; pues si bien es cierto que el numeral 1173 de la propia codificación, establece que la prescripción se cuenta por años y no de momento a momento, ello constituye la regla general que no aplica a la prescripción adquisitiva, porque el mismo precepto en su segunda parte señala: "...excepto en los casos en que así lo determine la ley expresamente"; y si en este tipo de acción, la posesión se cuenta a partir de que la persona entra a poseer el bien, es inconcuso que debe mencionarse la fecha exacta de ese acontecimiento, entendida como tal, el día, mes y año; por ende, el actor debe precisarla en los hechos de la demanda, ya que éstos son los que se encuentran sujetos a prueba en términos del diverso artículo 223 del Código de Procedimientos Civiles del Estado. Por tanto, si se invoca como causa generadora de la posesión un contrato verbal de compraventa, cuya existencia se pretende acreditar mediante la prueba testimonial, es menester que los declarantes manifiesten las circunstancias de tiempo (día, mes y año), modo y lugar en que se concertó ese acuerdo de voluntades. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL CUARTO CIRCUITO. Amparo directo 498/2009. Isidro Mata Cortez. 24 de marzo de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Pedro Pablo Hernández Lobato. Secretaria: María Guadalupe Campa Molina. Amparo directo 452/2009. Florentino Maldonado Salazar, su sucesión. 7 de abril de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Eduardo Ochoa Torres. Secretaria: Daniela Judith Sáenz Treviño. Localización: [TA], novena época, T. C. C., tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXII, julio de 2010, p. 2043. IV.3o.C.40C.

6. PRESCRIPCIÓN POSITIVA. EL JUSTO TÍTULO NECESARIO PARA DEMOSTRAR EL ACTO TRASLATIVO DE DOMINIO NO SE ACREDITA CON UNA DONACIÓN VERBAL. De acuerdo con el artículo 1151 del Código Civil para el Distrito Federal, aplicable para la Ciudad de México, la posesión necesaria para prescribir positivamente debe ser en concepto de propietario, pacífica, continua y pública. En ese sentido, para colmar el primer requisito, es decir, demostrar que se posee en calidad de dueño, debe acreditarse el origen de la posesión mediante un justo título que se considere objetiva o subjetivamente válido para trasladarse el dominio. Por ello,

FERNANDO MARCIN BALSA

lo que esencialmente requiere la ley, es revelar y demostrar el origen de la posesión, lo que supone que el usucapiente entró en posesión del inmueble en virtud de un título, que desde su óptica (subjetiva u objetiva), en principio, era suficiente para transmitirle el dominio, pero que por diversas causas desconocidas por el adquirente, sólo alcanzó a transmitirle la posesión, como también lo determina la jurisprudencia 3a./J. 18/94, de la otrora Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo rubro es: “PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA. PARA QUE SE ENTIENDA SATISFECHO EL REQUISITO DE LA EXISTENCIA DE LA «POSESIÓN EN CONCEPTO DE PROPIETARIO» EXIGIDO POR EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y POR LAS DIVERSAS LEGISLACIONES DE LOS ESTADOS DE LA REPÚBLICA QUE CONTIENEN DISPOSICIONES IGUALES, ES NECESARIO DEMOSTRAR LA EXISTENCIA DE UN TÍTULO DEL QUE SE DERIVE LA POSESIÓN”. Con base en lo anterior, debe considerarse que los bienes inmuebles no son susceptibles a usucapirse por un contrato de donación verbal, puesto que el diverso artículo 2342 determina que no puede realizarse dicha donación verbal más que tratándose de bienes muebles. De tal manera que cuando quien ejerza la prescripción positiva sobre un bien inmueble, y ofrece como prueba para acreditar la posesión, en calidad de propietario, la donación verbal de aquél tiene que estar acompañada de su posterior perfeccionamiento por escrito pues, de otra manera, no se acredita el justo título necesario para demostrar que existió un acto traslativo de dominio. Tesis aislada, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, t. III, abril de 2018, p. 2267. I.3o.C.319 C (10a.).

La tesis centro de esta parte de nuestro comentario, es decir, la enumerada bajo el número uno de este apartado, y que lleva como rubro PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA. AUNQUE LA LEGISLACIÓN APLICABLE NO EXIJA QUE EL JUSTO TÍTULO O ACTO TRASLATIVO DE DOMINIO QUE CONSTITUYE LA CAUSA GENERADORA DE LA POSESIÓN DE BUENA FE, SEA DE FECHA CIERTA, LA CERTEZA DE LA FECHA DEL ACTO JURÍDICO DEBE PROBARSE DE FORMA FEHACIENTE POR SER UN ELEMENTO DEL JUSTO TÍTULO, también enumera tres probanzas que califica de necesarias para acreditar el justo título: 1) que el acto traslativo de dominio que constituye su justo título tuvo lugar, lo cual debe acompañarse de pruebas que demuestren que objetivamente existían bases suficientes para creer fundadamente que el enajenante podía disponer del bien, lo cual prueba cierta diligencia e interés en el adquirente en

SELECCIÓN Y BREVE COMENTARIO A ALGUNA JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN LA PRÁCTICA FORENSE...

conocer el origen del título que aduce tener su enajenante; es decir, escrituras públicas, inscripciones en Registro Público, pago de impuestos, documentos privados, testigos... en fin, pruebas que demuestren que el accionante se preocupó por saber que el enajenante estaba legitimado para transmitir el bien y su propiedad; 2) si el acto traslativo de dominio de que se trata es oneroso, que se hicieron pagos a cuenta del precio pactado. En caso contrario, tendrá que probar que la transmisión del bien se le hizo en forma gratuita, y 3) la fecha de celebración del acto jurídico traslativo de dominio, la cual deberá acreditarse en forma fehaciente, pues constituye el punto de partida para el cómputo del plazo necesario para que opere la prescripción adquisitiva de buena fe, además de probar que ha poseído en concepto de propietario con su justo título, de forma pacífica, pública y continua durante cinco años.

Aparte de lo arriba anotado, también destaca la definición de justo título que la jurisprudencia centro de nuestro comentario ofrece, que a la letra reza:

El justo título es un acto traslativo de dominio “imperfecto”, que quien pretende usucapir el bien a su favor cree fundadamente bastante para transferirle el dominio, lo que implica que esa creencia debe ser seria y descansar en un error que, en concepto del juzgador, sea fundado, al tratarse de uno que “en cualquier persona” pueda provocar una creencia respecto de la validez del título.

El alcance y significado jurisprudencial de esta definición de justo título que ofrece la Primera Sala sólo se aprecia leyendo estas anteriores tesis de las octava, sexta y quinta épocas del *Seminario Judicial de la Federación* y que son representativas del devenir interpretativo jurisprudencial de nuestra institución:

7. PRESCRIPCIÓN POSITIVA. DOCUMENTO TRASLATIVO DE DOMINIO VICIADO INVOCADO COMO CAUSA DE LA POSESIÓN EN CONCEPTO DE PROPIETARIO, HACE FACTIBLE QUE PROSPERE LA ACCIÓN, SI SE IGNORAN LOS VICIOS DEL TÍTULO Y SE PRUEBAN LOS DEMÁS REQUISITOS LEGALES. El artículo 1151, fracción I, del Código Civil para el Distrito Federal, no emplea, como lo hacía la legislación anterior, la denominación de justo título, sino únicamente se refiere a la posesión en concepto de dueño, que admite la pose-

FERNANDO MARCIN BALSA

sión con título objetiva o subjetivamente válido. Así, en ambos casos, se podría estar en el supuesto normativo que exige que se acredite la posesión en concepto de propietario. En el primer supuesto, relativo al título objetivamente válido, no hay duda de que la posesión será en concepto de propietario, dada la validez plena del documento. En el segundo, correspondiente al título subjetivamente válido, también se da el “*animus domini*”, o sea, la posesión en concepto de propietario, cuando hay creencia fundada respecto de la validez del título, aun en los casos de error de hecho o de derecho, si el interesado ignora que su título es putativo o imaginario. En esa virtud, resulta incuestionable que, de acuerdo con el precepto legal citado, es posible que prospere la acción de prescripción adquisitiva incluso fundada en un documento traslativo de dominio viciado, como causa generadora de la posesión, siempre y cuando se ignoren los vicios del título y se reúnan los demás requisitos que al efecto enumera la ley; al no haberlo considerado así la Sala responsable, su fallo es ilegal. QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 1775/94. Eduardo Torrijos González. 29 de abril de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis Caballero Cárdenas. Secretaria: Marcia Claudia Torres Quevedo. Localización: [TA], Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. XIII, junio de 1994, p. 627. I.5o.C.553 C.

8. POSESIÓN, EFECTOS DEL TÍTULO PUTATIVO DE LA. La posesión fundada en la creencia por parte del poseedor de que posee en concepto de dueño, no puede generar una posesión apta para prescribir por tratarse de un título putativo, entendiéndose por tal aquel que no existe más que en la mente del poseedor, pero con razón fundada para creer que existe. Amparo directo 2195/58. Carlos Canales. 17 de agosto de 1960. Cinco votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. Localización: [TA], Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, sexta época, vol. XXXVIII, p. 239.

9. PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA, JUSTO TÍTULO EN LA POSESIÓN, COMO REQUISITO DE LA. De la doctrina expuesta por Felipe Serafini, en su tratado de Derecho Romano, se desprende que en este derecho el justo título en la posesión, como requisito de la prescripción adquisitiva, no era sino la causa o motivo de la adquisición de la posesión de la cosa a usucapir. Las legislaciones contemporáneas adoptaron sobre el particular, los principios de la romana, y los tratadistas enseñan que título,

SELECCIÓN Y BREVE COMENTARIO A ALGUNA JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN LA PRÁCTICA FORENSE...

para los efectos de la prescripción, es el hecho que sirve de causa a la posesión; que para ser apto para la usucapión, ha de ser justo, verdadero y válido; que por justo título debe entenderse el que legalmente basta para transferir el dominio de la cosa de cuya prescripción se trate, es decir, el que produciría la transmisión y adquisición del dominio, a no mediar el vicio o defecto que la prescripción está llamada a subsanar y que, por tanto, serán eficaces a ese respecto, la compraventa, la permuta, la donación, la herencia, el legado etcétera, y no el depósito, el comodato o el arrendamiento; que título verdadero es el de existencia real y no es simulado ni el putativo, que es el apoyado en un error, y que el requisito de la validez hay que interpretarlo en el sentido de que no se puede exigir que el título sea perfectamente válido, esto es, que reúna todas las condiciones necesarias para producir la transmisión del dominio, porque de lo contrario, no haría falta la usucapión. Por tanto, es erróneo afirmar que un contrato privado de compraventa, no puede constituir la justa causa o el justo título de la posesión necesaria para la prescripción, cuando la ley exige, dadas la naturaleza y cuantía de la operación, que ésta se consigne en escritura pública, ya que de haberse consignado en esta forma dicho convenio de compraventa, el comprador habría adquirido desde entonces, plena e indiscutiblemente, la propiedad, y con tal criterio, la posesión positiva estaría llamada a desaparecer, como medio de adquisición no convencional. Amparo civil directo 1082/40. Aburto Felipe y coagraviado. 23 de octubre de 1941. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente. Localización: [TA], quinta época; 3a. Sala, tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. LXX, p. 4868.

10. TÍTULO PUTATIVO. NO ES APTO PARA ADQUIRIR POR PRESCRIPCIÓN. Cuando un contrato es declarado falso no puede constituir título traslativo de dominio que pueda generar una posesión apta para prescribir, por tratarse de un título putativo, entendiéndose por tal aquél que no existe más que en la mente del poseedor, pero con razón fundada para creer que existe; en la especie, el esposo de la demandada, al adquirir mediante contrato falsificado, no adquirió sino en apariencia e indujo a su mujer a creerse propietaria; mas la ley no exige para la usucapión que haya solamente título putativo, sino requiere la realidad del título aun cuando no esté ausente de vicios. Amparo directo 9321/50. Margarita de la Rosa viuda de Destenave, sucesión de. 20 de marzo de 1952. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Felipe

FERNANDO MARCIN BALSA

Tena Ramírez. La publicación no menciona el nombre del ponente.
Localización: [TA], Tesis aislada, Informe 1952, quinta época, p. 91.

Estas antiguas tesis de jurisprudencia que ilustran el alcance de la definición de justo título contenido en la actual jurisprudencia obligatoria, que lleva como rubro PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA. AUNQUE LA LEGISLACIÓN APLICABLE NO EXIJA QUE EL JUSTO TÍTULO O ACTO TRASLATIVO DE DOMINIO QUE CONSTITUYE LA CAUSA GENERADORA DE LA POSESIÓN DE BUENA FE, SEA DE FECHA CIERTA, LA CERTEZA DE LA FECHA DEL ACTO JURÍDICO DEBE PROBARSE DE FORMA FEHACIENTE POR SER UN ELEMENTO DEL JUSTO TÍTULO, nos llevan a esta otra reciente tesis de jurisprudencia, cuyo conocimiento es necesario para determinar los alcances de las probanzas calificadas de necesarias para demostrar el justo título base de la acción de usucapión y la posesión ininterrumpida en concepto de propietario durante el tiempo necesario para que se declare judicialmente que ha ocurrido la prescripción adquisitiva:

11. PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA. EL JUSTO TÍTULO O TÍTULO SUBJETIVAMENTE VÁLIDO ES SUFICIENTE PARA ACREDITAR PRESUNTIVAMENTE (PRESUNCIÓN HUMANA) QUE LA POSESIÓN SE ADQUIRIÓ PRESUNTIVAMENTE (PRESUNCIÓN HUMANA) QUE LA POSESIÓN SE ADQUIRIÓ EN FORMA PACÍFICA, PERO PARA DEMOSTRAR QUE SE HA CONSERVADO ASÍ POR EL TIEMPO QUE EXIGE LA LEY PARA QUE AQUÉLLA OPERE, ES NECESARIO ADMINICULARLO CON OTROS MEDIOS DE PRUEBA. Conforme a los artículos 281 y 282 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal aplicable para la Ciudad de México, las partes asumirán la carga de probar los hechos constitutivos de sus pretensiones, a menos que éstos sean negativos. Así, el que afirma ser poseedor en concepto de propietario en forma pacífica tiene la carga de demostrar, en lo que interesa, que adquirió el bien a usucapir de forma pacífica, y que lo ha poseído con esa cualidad por el tiempo exigido por la ley. Respecto a la cualidad pacífica de la posesión no existe base legal para considerar que la demostración de la causa generadora de la posesión, a través de un título subjetivamente válido o justo título, genere la presunción legal de que el poseedor adquirió de forma pacífica o que ha mantenido en forma pacífica esa posesión por el tiempo necesario para que opere la prescripción, pues lo dispuesto en el artículo 827 del Código Civil para el Distrito Federal aplicable para la

SELECCIÓN Y BREVE COMENTARIO A ALGUNA JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN LA PRÁCTICA FORENSE...

Ciudad de México, en el sentido de que se “presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, a menos que se pruebe que ha cambiado la causa de la posesión”, está referido a la causa generadora de la posesión; es decir, conforme a esa disposición se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió (originaria o derivada), a menos de que se pruebe que ha cambiado la causa de la posesión, esto es, que el poseedor derivado aduzca ser poseedor originario con la intención de convertirse en propietario, por ejemplo. Por tanto, para acreditar la posesión pacífica, el que pretende usucapir puede valerse de cualquier medio de prueba directo o indirecto; en ese sentido, acreditada la existencia de un justo título o título subjetivamente válido, como causa generadora de la posesión, es dable jurídicamente inferir a través de una presunción humana, que el bien fue adquirido de forma pacífica, pues la demostración del justo título, que cumple con las características señaladas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para considerarlo como prueba apta para demostrar la propiedad, evidencia la certeza de la celebración del acto jurídico que le dio origen, la autenticidad del documento en que se consigna el acto traslativo de dominio, y que quien transmitió al adquirente la posesión podía disponer del bien, por lo que puede presumirse que la adquisición se realizó sin violencia. Sin embargo, para probar que la posesión se ha mantenido en forma pacífica durante el plazo exigido para que opere la prescripción, el justo título genera sólo un indicio de dicha circunstancia y será necesario adinricularlo con otros medios de prueba que generen la convicción plena al juzgador de que quien entró a poseer en forma pacífica la ha conservado con tal cualidad durante el lapso necesario para usucapir; elementos de prueba que deberán analizarse concatenadamente para determinar, en cada caso en concreto, que nadie se la ha discutido o perturbado, ni ha mediado violencia y, por ende, que ha sido pacífica. Tesis de jurisprudencia, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, t. III, octubre de 2017, p. 1910.

Una vez determinado el alcance probatorio de un justo título subjetivamente válido, a continuación las siguientes tres tesis relevantes relacionadas con los requisitos probatorios para la procedencia de la acción de usucapión.

FERNANDO MARCIN BALSA

12. PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA, EL REQUISITO DE PUBLICIDAD EN LA POSESIÓN QUE REQUIEREN LAS FRACCIONES I Y III DEL ARTÍCULO 1152 DEL CÓDIGO CIVIL PARA LA, SE PRUEBA CON LA TESTIMONIAL Y NO EN BASE A PRESUNCIONES. El requisito de publicidad en la posesión que para la prescripción adquisitiva establece el artículo 1152, fracciones I y III, del Código Civil, no se demuestra a base de presunciones, dado que sólo mediante los sentidos puede percibirse la forma en que se ha poseído un bien, por lo que la prueba adecuada es la testimonial, porque son los testigos quienes pueden declarar cómo han percibido el desarrollo de esa situación concreta a lo largo del tiempo. NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 4849/98. Agustina Martínez Guzmán. 4 de junio de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: José Castro Aguilar. Secretario: Antonio Rebollo Torres. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. VIII, julio de 1998, p. 383.

13. PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA. LA PRUEBA TESTIMONIAL NO ES EL ÚNICO MEDIO PARA DEMOSTRAR LOS ELEMENTOS DE LA ACCIÓN CONSISTENTES EN LA POSESIÓN PACÍFICA, PÚBLICA Y CONTINUA. Si bien es cierto que de acuerdo con la naturaleza de cada prueba, hay unas más aptas que otras para demostrar el hecho que se pretende acreditar, también lo es que las partes tienen la oportunidad de escoger y decidir con cuál de ellas pretenden acreditar el hecho concreto a conocer e, incluso, aportar distintos medios probatorios complementarios entre sí para dar mayor certidumbre legal. Entonces, cuando en el juicio de prescripción adquisitiva o positiva son ofrecidos diversos medios de convicción, sin que sean contrarios a la moral o al derecho, deben estudiarse de manera concatenada para determinar si permiten justificar los elementos de la acción. Por tal motivo, a pesar de que la testimonial goza de mayor idoneidad para aportar elementos de convicción sobre la posesión, ello no lleva al extremo de tomar esa prueba como exigencia absoluta, porque existe la posibilidad de que la pluralidad de probanzas allegadas al juicio, sometidas a una apreciación valorativa consistente y exhaustiva, pueda generar en el juzgador la convicción plena de la posesión con las características exigidas. En conclusión, para acreditar la posesión pacífica, pública y continua, aunque la prueba idónea sea la testimonial, pues de ella se desprende la observación de hechos a través del tiempo; sin embargo, también pueden desahogarse otro tipo de pruebas que resulten aptas para ese

SELECCIÓN Y BREVE COMENTARIO A ALGUNA JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN LA PRÁCTICA FORENSE...

fin. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SÉPTIMO CIRCUITO. Amparo directo 96/2013. 9 de mayo de 2013. Mayoría de votos. Disidente: José Manuel de Alba de Alba. Ponente: Ezequiel Neri Osorio. Secretario: Mario de la Medina Soto. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, t. 3, septiembre de 2013, p. 2640. VII.2o.C.52 C (10a.).

14. ACCIÓN DE PRESCRIPCIÓN. PARA ACREDITAR LAS CALIDADES ESPECÍFICAS DE LA POSESIÓN PARA PRESCRIBIR INMUEBLES, AUN ANTE LA DESESTIMACIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL, LAS MISMAS SE PUEDEN DEMOSTRAR CON DOCUMENTALES, VALORADAS EN SU CONJUNTO Y DE MANERA ADMINICULADA (LEGISLACIÓN APLICABLE PARA LA CIUDAD DE MÉXICO). Si bien la prueba testimonial es la idónea para acreditar las calidades específicas de la posesión que invoca quien pretende prescribir un inmueble; lo cierto es que la legislación procesal local no establece limitación probatoria alguna para ello. Por lo que cuando se exhiben pruebas documentales diversas de cuya valoración conjunta y adminiculada pudieran llegar a demostrar de manera indirecta, que quien pretende prescribir ha poseído sin violencia (de manera pacífica), que no ha sido interrumpido en esa posesión (continuidad) y que se ha ostentado como poseedor de manera conocida por todos (publicidad); corresponde al juzgador pronunciarse con plenitud de jurisdicción sobre los alcances valorativos que en su convicción puedan crearle o no dichas pruebas documentales, y no desestimarlas bajo el argumento de que solamente acreditan lo que en los propios documentos se contiene y que, por ser la posesión una situación de hecho, ésta se demuestra con otros elementos de prueba distintos a las documentales, incluso, asumir el criterio de la responsable llevaría al extremo de sostener que la única prueba con la que se pueden acreditar las calidades que se requieren para prescribir un bien inmueble —conforme al artículo 1151 del Código Civil para el Distrito Federal, aplicable para la Ciudad de México— sería la testimonial y ninguna otra; postura legal que resulta contraria al principio de libertad probatoria que establecen los artículos 278 al 289 del Código de Procedimientos Civiles local, conforme al cual las partes asumirán la carga de la prueba de los hechos constitutivos de sus pretensiones y/o excepciones, sin más limitación que estén permitidas por la ley y puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos, al haber sido cuestionados por los litigantes. OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO

FERNANDO MARCIN BALSA

EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 349/2019. Karla Vanessa Valencia Morales. 7 de agosto de 2019. Unanimidad de votos. Ponente: Ma. del Refugio González Tamayo. Secretario: Jesús Julio Hinojosa Cerón. Localización: [TA], décima época, T. C. C.; Tesis aislada, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, t. IV, octubre de 2019, p. 3424. I.8o.C.76 C (10a.).

Una vez mostrado el estado de la discusión jurisprudencial actual en el ordenamiento jurídico mexicano respecto a la legitimación activa y los requisitos probatorios para la procedencia de la acción de usucapación, este parece ser el lugar adecuado para continuar con nuestras breves notas histórico-comparativas con el derecho romano.

De acuerdo con Adame, el poseedor que puede usucapir en derecho romano clásico es solamente el que posee a título de propietario de buena fe, aquel que actúa como propietario creyendo que con su posesión no lesiona el derecho de otro. Dicha creencia de no lesionar a otro no puede conocerse directamente, pero puede presumirse por la demostración de la justa causa para poseer.¹⁷

Para tocar los requisitos de procedencia y/o probatorios de la usucapación en derecho romano, acá vale la pena traer la siguiente cita de Paulo, contenida en D.41,3,4pr. Paulo, libro 54, comentario al Edicto: “Se sigue tratar de la usucapación. Lo cual ha de ser en este orden, quien puede usucapir, qué cosas se pueden usucapir, y por cuanto tiempo”.

Los requisitos para la procedencia y/o prueba de la *usucapio* en derecho romano fueron enunciados por los intérpretes medievales con la locución: *res habilis, titulus, fides, possessio, tempus, res habilis*; significa cosa susceptible de ser usucapida; *titulus*, justa causa de la posesión en concepto de propietario; *fides*, buena fe; *possessio*, la detentación material de la cosa de manera ininterrumpida bajo el mismo título de manera pacífica, y *tempus*, el tiempo determinado por la ley para que se reconozca la adquisición por usucapación.¹⁸

Res habilis, o cosa susceptible de ser usucapida, para determinar qué cosas son susceptibles de ser adquiridas por usucapación en dere-

¹⁷ *Ibidem*, p. 117.

¹⁸ Burdese, A., *Manuale di diritto privato romano*, Torino, UTET, 2003, pp. 319-316.

SELECCIÓN Y BREVE COMENTARIO A ALGUNA JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN LA PRÁCTICA FORENSE...

cho romano, diremos cuales no pueden ser usucapidas: 1) las cosas fuera del comercio (*res extra commercium*); 2) las cosas incorporeales como el usufructo, derivado de que la usucapión, es un modo de adquirir la propiedad de cosas a través de su posesión, y sólo las cosas susceptibles de ser poseídas son susceptibles de ser adquiridas, aclarando que la admisión de la usucapión de servidumbres prediales se llevó a cabo cuando éstas aún no eran consideradas derechos reales limitados; 3) las cosas muebles robadas (*res furtivae*) que no han vuelto a la posesión de quien fueron hurtadas, sin embargo, los frutos que éstas produzcan a favor de un poseedor de buena fe son adquiridos por éste; 4) las cosas inmuebles cuya posesión se adquirió de manera violenta (*res vi possessae*) que no han regresado a la posesión del propietario; 5) las cosas cuya enajenación está prohibida, como el fundo dotal o el del pupilo, y 6) las cosas donadas al magistrado provincial.¹⁹

¹⁹ *Ibidem*, p. 310. Gai. 2,45. Aulo Gellio, Noches Aticas, 17,7,19. *Legis veteris Atiniae verba sunt: "quod subruptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto"*. D.41,3,4,19. Paulo, *Comentarios al Edicto, libro LIV*. "La lana de las ovejas hurtadas, si verdaderamente fue esquilada en poder del ladrón, no puede ser usucapida; pero si en poder del comprador de buena fe, al contrario, porque está comprendida en los frutos, y no debe ser usucapida, sino que inmediatamente se hace del comprador. Lo mismo se ha de decir cuanto a los corderos, si hubieran sido consumidos; lo que es verdad". D.41,3,33pr. Juliano, *Digesto, libro XLIV*. "No solamente los compradores de buena fe, sino también todos los que poseen por causa por la que suele tener lugar la usucapión, hacen suyo con el uso el parto de una esclava hurtada; y opino que esto fue introducido por una razón de derecho; porque por la misma causa por la que uno usucapiría a una esclava, si no obstase la ley de las Doce Tablas, o la Atinia, es necesario que sea usucapido el parto, si hubiere sido concebido y dado a la luz en poder de él al tiempo en que ignoraba que su madre era hurtada". D.48,11,8pr. Paulo, *Comentarios al Edicto, libro LIV*. "Lo que contra la ley relativa a las concusiones fue donado al Proconsul o al Pretor, no podrá ser usucapido". D.41,3,4,6. Paulo, *Comentarios al Edicto, libro LIV*. "Mas lo que dice la ley Atinia, que la cosa hurtada no se adquiere por usucapión, si no volviere al poder de aquel a quien le fue sustraída, se entendió de modo que deba volver al poder de su dueño, no ciertamente al de aquel, a quien le fue hurtada. Así, pues, sustraída a un acreedor, y a aquel a quien le fue dada en comodato, debe volver a poder de su dueño". D.41,3,4,12. Paulo, *Comentarios al Edicto, libro LIV*. "Se ha de decir que la cosa volvió a poder del dueño, cuando haya adquirido justamente su posesión, de modo que no se le pueda quitar, sino como de cosa suya; porque si ignorando yo que la cosa me había sido hurtada, la comprare, no se considera que volvió a mi poder". Gai. 2,49. "Cuando se dice que la usucapión de las cosas robadas y poseídas por la fuerza está prohibida por la ley de las XII Tablas, esto quiere decir que solamente el mismo

FERNANDO MARCIN BALSA

Possessio, la posesión es el poder de hecho por parte del que pretende usucapir una cosa por tenerla como propia, sin lesionar a otro.²⁰

Tempus, el tiempo determinado por la ley para que se reconozca la adquisición por usucapión. El recurso del tiempo en la usucapión se calcula con el llamado cómputo civil continuo. La interrupción de la posesión (*usurpatio*) hace que el cálculo deba recomenzar *ex novo*. El heredero puede sumar el tiempo que duró la posesión del *de cuius* (*successio possessionis*) y aquel que dure mientras la herencia sea yacente.²¹

Bona fides, un cuarto requisito que, presumiblemente, se afirma en etapa republicada avanzada, es decir, en época preclasica o clásica inicial, es la buena fe del usucapiente, quien debe estar convencido que no lesiona el derecho de otro y que recibió la posesión de quien cree ser el propietario civil o pretorio, o de persona autorizada, o por causa de *derelecto* de persona legitimada. Se discute entre los juristas

ladrón o el que posee por la fuerza no las pueda usucapir, por otra razón, a saber, porque posee con mala fe, sino que tampoco ningún otro, aunque sea comprador de buena fe, tiene derecho de usucapirlas”.

²⁰ D.41,2,5. Paulo, *Comentarios al Edicto, libro LXIII*. “Si te debiese a Estico en virtud de estipulación, y no te lo entregase, y tú tomases posesión de él, cometes hurto. Lo mismo se dice si te vendiese alguna cosa, y no te la entregase, y tomases posesión de ella sin mi voluntad; porque no posees como comprador, sino como ladrón”. D.41,8,8. Papiniano, *Cuestiones, libro XXIII*. “Si el legatario entrara sin vicio en la posesión que no se le había entregado, le compete la usucapión de la cosa legada”. *Cfr.* Ihering, R., *La posesión*, 2a. ed., trad de Adolfo Posada, Madrid, Reus, 1926, y contrastar con Savigny, F. C., *Tratado de la posesión, según los principios del derecho romano*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, 1845.

²¹ Burdese, A., *op. cit.*, p. 312. D.41,3,6. Ulpiano, *Comentario al Edicto, libro XI*. “En las usucapiones no computamos el tiempo de momento a momento, sino todo el último día”. D.41,4,2,21. Paulo, *Comentarios al Edicto, libro LIV*. “Si yo hubiere comprado una cosa ajena, y al usucapirla yo, su dueño me pidiere la misma cosa, no se interrumpe mi usucapión con la contestación de la demanda. Pero si yo hubiere preferido pagar la estimación del litigio, dice Juliano que se cambia la causa de la posesión al que hubiere pagado la estimación del litigio; y que los mismo es, si el dueño le hubiese donado la cosa al que la hubiese comprado de quien no era dueño; y esta opinión es verdadera”. D.41,3,20. Javoleno, *Epístolas, libro IV*. “La posesión del testador le favorece al heredero, si la cosa no fue poseída por nadie en el tiempo intermedio”. D.41,3,31,5. Paulo, *Comentarios a Sabino, libro XXXII*. “El tiempo vacío, que transcurrió antes de adida la herencia, o después de adida, le favorece al heredero para la usucapión”. D.41,3,40. Neracio, *Reglas, libro V*. “Se estableció que aun antes de adida la herencia se podía completar la usucapión comenzada por el difunto”.

SELECCIÓN Y BREVE COMENTARIO A ALGUNA JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN LA PRÁCTICA FORENSE...

clásicos si la buena fe se requiere también, aunque objetivamente no exista lesión al derecho de otro; o sea, lesiona al usucapiente la errónea convicción de lesionar al propietario de la cosa, y la buena fe es un requisito inicial; se dice *mala fides superveniens, non nocet*.²²

Titulus, un último requisito que presumiblemente se afirmó al final de la etapa republicana, y que viene a constituirse como un límite a la *bona fides*, es el llamado justo título o *iusta causa usucapionis*, consistente en circunstancias de las cuales resulte que la posesión del usucapiente tiene base en una función económico social, una causa, considerada válida para justificar la adquisición. Las fuentes romanas, particularmente el *Digesto*, enuncian como justas causas de la usucapición: por pago, por compra, por donación, por dote, por derelicto, por legado, por herencia, por poseer como si fuera propio (*pro suo*), o incluso por decreto del magistrado. De acuerdo con Burdese, es muy difícil de definir y no es claro hasta qué punto los juristas de la época clásica requerían la existencia de un título efectivo y verdadero (*titulus verus*), y en tal sentido, la jurisprudencia clásica alta (Neracio) y clásica tardía de la época de los Severos y de la Cancillería Diocleciana parece orientada a admitir como justo título al llamado título putativo, cuya existencia y/o validez es meramente presunta por el usucapiente.²³ Coincidiendo con

²² Burdese, A., *op. cit.*, pp. 312 y 313. Gai. 2,43. D.41,4,7,6. Juliano, *Digesto, libro XLIV*. “Si el fundo que podía vender por cien áureos lo hubiere entregado tu procurador por treinta áureos con el único objeto de causarte perjuicio, ignorándolo el comprador, no se debe dudar que el comprador lo usucapirá con el transcurso de largo tiempo; porque cuando uno a sabiendas vendió un fundo ajeno al que lo ignora, tampoco se interrumpe la larga posesión. Mas si el comprador hizo colusión con el procurador, y corrompió a este con premio, para comprarlo por menos, no será considerado comprador de buena fe, ni usucapirá por el transcurso de largo tiempo; y si contra el dueño que reclama hubiere comenzado a utilizar la excepción de haber sido vendida la cosa con su voluntad, habrá la réplica útil de dolo”. D.41,7,5pr. Pomponio, *Comentarios a Sabino, libro XXXII*. “Si te hubiere comprado una cosa que poseías habiéndote tenido por abandonada, sabiendo yo que se hallaba en esta condición, es sabido que la usucapiré; y no obsta que no haya estado en tus bienes; porque el mismo derecho hay también si a sabiendas hubiere yo comprado una cosa a ti donada por tu mujer, porque esto lo harías como queriéndolo y concediéndolo su dueño”. D.50,16,109. Modestino, *Pandectas, libro V*. “Comprador de buena fe se dice aquel que ignoró que la cosa era ajena, o juzgó que podía venderla el que la vendió, creyéndolo procurador o tutor”.

²³ Burdese, A., *op. cit.*, pp. 315 y 316. La proclividad de la jurisprudencia clásica alta y tardía a reconocerle eficacia al título putativo se advierte en la calificación de la *usucapio pro suo*, al menos, desde Neracio.

FERNANDO MARCIN BALSA

Shulz, y toda vez que resulta difícil la definición de *titulus o iusta causa usucapionis*, para ilustrar este requisito de la usucapición es preferible mostrarlo de la siguiente manera:²⁴

- a) *Usucapio pro mancipatio o pro traditio*. Esta es la usucapición a la que nos hemos referido como originaria o principal; es decir, aquella destinada a purgar un vicio de solemnidad o forma, y no obstante, ni los juristas ni las fuentes romanas nos hablan de una *usucapio pro mancipatio o pro traditio*, sino de *usucapiones pro soluto* (D.41,3,46-49), *pro emptore* (D.41,4), *pro donato* (41,6) y *pro dote* (D.41,9). Éstas son simples abreviaciones de *usucapio pro mancipatio* (o *traditio*) *solutionis causa*, etcétera.²⁵ Como a continuación se ilustra: A entregó a B, con la simple *traditio*, una *res Mancipi*, porque había prometido dársela mediante una *stipulatio*. En estas circunstancias, B es poseedor de una *res Mancipi* por el pago (*pro soluto*) de una obligación de dar, cuya fuente fue una *stipulatio*. Otro caso de *usucapio solutionis causa* o *pro soluto* se da cuando A debe, por estipulación, una *res Mancipi* y la mancipa sin ser el dueño. En este caso el adquirente de buena fe también puede usucapir la cosa mediante *usucapio pro soluto*. Del mismo modo, tenía lugar la *usucapio pro dote* cuando una cosa era entregada por causa de dote por *mancipatio* o *traditio*. La *usucapio pro donato* si la cosa era entregada por causa de donación, y la *usucapio pro emptore* si la cosa había sido entregada *venditionis causa*.²⁶

²⁴ Shulz, F., *op. cit.*, pp. 342 y 343.

²⁵ *Idem*.

²⁶ *Idem*. Shulz explica, respecto de estas usucapiones, que la opinión de los juristas de los siglos segundo y tercero no exige en el título *pro soluto* que la deuda exista, o en el título *pro dote* que el matrimonio tenga lugar ni tampoco que en el título *pro emptore* el contrato de venta se hubiera celebrado realmente, aunque los juristas antiguos bien podrían haber opinado distinto. Sin embargo, esta observación de Shulz parece contradictoria con lo dicho por Celso y citado por Ulpiano D.41,3,27. Ulpiano, *Comentarios a Sabino, libro XXXI*. "Dice Celso en el libro treinta y cuatro que yerran los que juzgan que los que obtuvieron con buena fe la posesión de alguna cosa, la pueden usucapir con el título de propia (*pro suo*); y que nada importa que sea comprada o

SELECCIÓN Y BREVE COMENTARIO A ALGUNA JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN LA PRÁCTICA FORENSE...

- b) *Usucapio pro derelicto* (D.41,7). El dueño de un caballo (*res Mancipi*) lo abandona y X adquiere la posesión del caballo abandonado con la intención de hacerse dueño del mismo por *occupatio*, ya que no conoce al dueño. X no adquiere el dominio por ocupación porque la *derelictio* de una *res Mancipi* deja intacta la propiedad del *derelincuens*, pero X puede adquirir la propiedad quirritaria mediante *usucapio* pues la *derelictio* es una *iusta causa usucapionis*.²⁷
- c) *Usucapio pro legato* (D.41,8). Un testador lega un caballo (*res Mancipi*) a X mediante un *legatum per vindicationem*. X acepta el legado y toma posesión del caballo. En circunstancias normales, X habría adquirido la propiedad del caballo, pero resulta que el testador no era dueño del caballo. El legado era, por consiguiente, nulo, pero constituye una *iusta causa usucapionis*. Por tanto, X podía usucapir transcurrido el tiempo necesario, con tal de que tuviese buena fe y el caballo no fuera *res furtiva*.²⁸
- d) *Usucapio pro herede*. Gai. 2,52. “Por el contrario, puede suceder que el poseedor, sabiendo que la cosa es ajena, pueda usucapir; por ejemplo, si posee una cosa hereditaria de la que no ha tomado posesión el heredero, pues se le concede la usucapición siempre que la cosa sea susceptible de ella. Esta especie de posesión y de usucapición se llama a título de heredero (*pro herede*)” (D.41,5) (Gai. 2,52-58).
- e) *Usucapio pro suo*. D.41,10,4,1. Pomponio, *Comentarios a Sabino, libro XXXII*. “Si un padre ha repartido con sus hijos los bienes que él tenía y, después de morir el padre, ellos los retienen debido a que habían convenido entre sí mantener aquella división, procede a su favor la usucapición como propio (*pro suo*) en aquellos bienes que, siendo ajenos, se hallaban entre los del patrimonio paterno” (D.41,10).

donada, si se cree que se le vendió o donó; por que como legada, donada ni dada en dote. Lo mismo se dice respecto la estimación de la cosa litigiosa, si no la hubo, que no se puede usucapir”.

²⁷ *Idem*. Véase Gai. 2,51. *Fundi ...ex negligencia domini uacet...*

²⁸ *Ibidem*.

FERNANDO MARCIN BALSA

4. Legitimación pasiva y allanamiento de la parte demandada en el juicio de usucapión

Para entender este tema se deben tomar en cuenta dos cosas: el artículo 1156 del Código Civil Federal, replicado en códigos estatales y de la Ciudad de México, que establece que el que hubiera poseído bienes inmuebles por el tiempo y con las condiciones exigidas para adquirir por prescripción, puede promover juicio contra aquel que aparezca como propietario en el Registro Público. Y lo dispuesto sobre la problemática y enigmática llamada prescripción positiva por inmatriculación, contemplada en el artículo 3047 del Código Civil Federal, también replicado en códigos de los estados y la Ciudad de México.

Como bien dice Pallares, la prescripción de inmuebles en México constituye un título suficiente para ejercitar la *reivindicatio*, y nuestras leyes han creado dos acciones que antes no existían fundadas en ella: la primera, prevista en el ya mencionado artículo 1156, y la segunda en el 3047, también del Código Civil Federal. De estas acciones se desprende que en México la prescripción positiva otorga, al que ha prescrito, acción declarativa para obtener una sentencia en la que se establezca, defina claramente su derecho de propiedad y se le conceda un título (material) apto para ser inscrito en el Registro Público. Estas acciones no sólo tienen por objeto la inscripción del título, sino, principalmente, la declaración judicial de que la prescripción ha convertido al poseedor en propietario. Por esta circunstancia las dos acciones son en parte reivindicatorias, porque declaran propietario al demandante; para que lo fueran en su totalidad, sería necesario que tuvieran también por objeto la condena relativa a la entrega de la cosa y pago de frutos, daños y perjuicios, lo cual es imposible, ya que ambas acciones presuponen que quien las ejerce es poseedor del bien a usucapir.²⁹

Al respecto, hemos escogido nueve tesis: seis que ilustran la problemática actual sobre la legitimación pasiva en el juicio de usucapión, y tres tesis que ilustran la problemática actual ante el allanamiento de la parte demandada en el juicio de usucapión.

²⁹ Pallares, E., *Tratado de las acciones civiles*, 11a. ed. México, Porrúa, 2005, pp. 117 y 118.

SELECCIÓN Y BREVE COMENTARIO A ALGUNA JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN LA PRÁCTICA FORENSE...

1. PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA. LA ACCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 1156 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DEBE DIRIGIRSE CONTRA QUIEN APARECE COMO PROPIETARIO EN EL REGISTRO PÚBLICO Y TAMBIÉN EN CONTRA DEL VERDADERO PROPIETARIO, CUANDO NO COINCIDAN, SI EL POSEEDOR SABE DE ANTEMANO QUIÉN ES ESTE ÚLTIMO. El sistema del Código Civil en materia de prescripción adquisitiva sólo distingue, de manera expresa, dos hipótesis cuando se pretende adquirir por prescripción: a) un bien registrado o b) un bien sin registro (artículos 1156 y 3047). Sin embargo, no contempla la diversa hipótesis en la que el bien está registrado, pero a nombre de quien no es el verdadero propietario. Esto es correcto en la generalidad de los casos, pues en principio ambos sujetos deben coincidir y si así no ocurriera no hay por qué establecer una carga adicional y prácticamente irrealizable para el poseedor de investigar quién en verdad detenta la propiedad. Sin embargo, sería nugatorio del fin perseguido por la prescripción adquisitiva suponer que el artículo 1156 del Código Civil para el Distrito Federal limita el ejercicio de la acción respectiva sólo en contra del propietario que aparece en el Registro Público, cuando se sabe que el propietario real es otro. Ante esta circunstancia, el poseedor que quiera adquirir debe demandar a los dos sujetos mencionados, pues sólo así el estado de incertidumbre que entraña la posesión cesaría, aunque tomando en cuenta los derechos del auténtico dueño de la cosa y respetando su garantía de audiencia previa al acto privativo; además, así no se atribuiría el abandono del bien inmueble a quien no es realmente su propietario ni se sancionaría a quien puede imputársele la calidad de “propietario negligente”. Contradicción de tesis 153/2003-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Cuarto y Décimo, ambos en Materia Civil del Primer Circuito. 9 de junio de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Miguel Bonilla López. Tesis de jurisprudencia 58/2004. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veintitrés de junio de dos mil cuatro. Localización: Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XX, noviembre de 2004, p. 25. 1a./J. 58/2004.

2. PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA. LEGITIMACIÓN PASIVA EN EL JUICIO. Si el interesado en la usucapión sabe quién es el propietario del bien inmueble objeto de su pretensión pero en el Registro Público de la

FERNANDO MARCIN BALSA

Propiedad aparece como titular una persona distinta, no es válido considerar, sobre la base exclusiva de una aplicación gramatical del artículo 1156 del Código Civil para el Distrito Federal, que el juicio de prescripción adquisitiva deba dirigirse únicamente contra la persona cuyo nombre aparezca inscrito en el Registro Público, sino que conforme a una interpretación lógica y jurídica del mencionado precepto, en la hipótesis mencionada, la demanda debe enderezarse también contra el verdadero propietario del bien inmueble, con lo cual surge un litisconsorcio pasivo necesario, integrado por éste, como auténtico titular de los derechos de dominio, y la persona anotada en el Registro Público de la Propiedad, por figurar como titular de un derecho registral. La legitimación del primero obedece al fundamento de la usucapión, el cual, desde el punto de vista del sujeto activo, responde a la necesidad de poner fin a un estado de incertidumbre de derechos (los generados por la posesión apta para usucapir que tiene el actor y los de propiedad que le asisten al titular del dominio), en tanto que centrada la atención en el sujeto pasivo, la prescripción adquisitiva descansa en la inercia del auténtico propietario del bien, quien lo abandonó en manos de otro poseedor, inercia que da lugar a la usucapión, que constituirá la sanción impuesta al propietario negligente. Vistas así las cosas, es claro que el fundamento de la usucapión no tendría operancia, si la prescripción adquisitiva se demandara de alguien que no fuera el verdadero propietario, porque el estado de incertidumbre aludido no cesaría, al no haber sido tomados en cuenta los derechos del auténtico dominador de la cosa; además, no tendría sentido atribuir el abandono del bien inmueble a quien no es realmente su dominador; tampoco sería lógico sancionar a quien no puede imputársele la calidad de “propietario negligente”. Por estas razones, si está determinado quién es el propietario del bien inmueble que se pretende usucapir, tal titular del dominio está también legitimado pasivamente en la causa, aun cuando no aparezca inscrito en el Registro Público de la Propiedad, porque sólo su actitud de abandono y negligencia podrían constituir la causa para el acogimiento de la acción de prescripción y, por otra parte, la estimación de la demanda, en su caso, implicaría la privación de los derechos de dominio del original propietario, privación que se llevaría a cabo sin que hubiera sido llamado a juicio, con una manifiesta infracción a la garantía de audiencia, prevista en el artículo 14 constitucional. CUARTO TRIBUNAL

SELECCIÓN Y BREVE COMENTARIO A ALGUNA JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN LA PRÁCTICA FORENSE...

COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Localización: Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. III, enero de 1996, p. 178. I.4o.C. J/3 .

3. PRESCRIPCIÓN POSITIVA DE INMUEBLES. EL ARTÍCULO 1156 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL NO VULNERA EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA. El artículo citado, al establecer que la acción de prescripción puede promoverse en contra de quien aparezca como propietario del bien inmueble respectivo en el Registro Público de la Propiedad, sin prever expresamente algún otro supuesto, como el de que pueda demandarse a otro poseedor, no restringe o limita el derecho de acceso a la justicia. Lo anterior, porque considerando que el objeto de esa acción es declarar que la prescripción se ha consumado y se ha adquirido la propiedad sobre un bien por quien lo ha poseído de manera pacífica, continua, pública, a título de propietario y por el tiempo que marca la ley, resulta razonable considerar como sujeto a quien puede disputarse el derecho de propiedad y que podría verse afectado con la acción, al que aparezca como dueño en el Registro Público de la Propiedad, por ser el sujeto cierto al que se le puede atribuir esa calidad; además de que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al emitir la tesis de Jurisprudencia 1a./J. 58/2004, (1) admitió que la acción pueda enderezarse también contra algún otro propietario del conocimiento del actor. En ese sentido, no resultaría exigible al legislador que la acción procediera en contra de otro poseedor del bien, en primer lugar, porque ese carácter no le hace apto para disputarle el derecho de propiedad por medio de la acción de prescripción, ya que sólo ostenta un poder de hecho sobre el bien; en segundo lugar, porque si se demanda la prescripción a otro poseedor eso significaría que el actor fue desposeído del bien y eventualmente podría haberse interrumpido el plazo de prescripción si transcurrió más de un año desde la desposesión como lo dispone el artículo 1168, fracción I, del mismo Código. Asimismo, sería innecesario que el precepto en cuestión previera el caso en que no existe anotación registral del inmueble, por ser un supuesto ya regulado en los diversos preceptos 3046 y 3047 del Código Civil, que remiten al trámite de inmatriculación judicial para obtener el título de propiedad respectivo. Amparo directo en revisión 931/2017. Leobardo Díaz Bautista. 4 de octubre de 2017. Mayoría de cuatro votos de los ministros José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Alfredo Gutiérrez

FERNANDO MARCIN BALSA

Ortiz Mena y Norma Lucía Piña Hernández. Disidente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Mónica Cacho Maldonado. Localización: Tesis aislada, *Gaceta al Semanario Judicial de la Federación*, décima época, t. I, enero de 2017, p. 382. 1a. XII/2017 (10a.).

4. INMATRICULACIÓN. NO CONSTITUYE EL DERECHO DE PROPIEDAD, SOLAMENTE OTORGA LA FACULTAD PARA INSCRIBIR LA POSESIÓN DE UN INMUEBLE QUE NO TIENE ASIENTO REGISTRAL (ARTÍCULO 3046 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL). Conforme al artículo 3046 del Código Civil para el Distrito Federal, la inmatriculación es la inscripción de la propiedad o posesión de un bien inmueble en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio, que carece de antecedentes registrales. Por lo que, para cualquiera de los procedimientos de inmatriculación (ya sea por resolución judicial o por resolución administrativa), es requisito previo que el Registro Público emita un certificado que acredite que el bien inmueble de que se trate no se encuentre inscrito, en la inteligencia de que por la inmatriculación únicamente se inscribe la posesión de un bien inmueble que no tiene asiento registral, pero no tiene como efecto constituir un derecho de propiedad, sino única y exclusivamente dar efectos declarativos y publicitarios al acto jurídico. Por tanto, las resoluciones que se dicten con motivo de la inmatriculación de un bien inmueble, no constituyen un título de propiedad ni tienen valor para invocarse en un juicio contencioso en los que se controvierte la propiedad de un bien inmueble, sino que aquélla es preferente para adquirir la propiedad por prescripción positiva o usucapión a la luz de los preceptos legales 3055 y 3056 del Código Civil para el Distrito Federal, los cuales determinan que quien haya obtenido judicial o administrativamente la inscripción de la posesión de un bien inmueble, una vez que hayan transcurrido cinco años, si la posesión es de buena fe, podrá ocurrir ante el director del Registro Público de la Propiedad y de Comercio, para que éste ordene la inscripción de la propiedad adquirida por prescripción positiva, quien la ordenará siempre y cuando el interesado acredite fehacientemente haber continuado en la posesión del bien inmueble con las condiciones para prescribir, sin que exista asiento alguno que contradiga la posesión inscrita. Por lo que el efecto de la inmatriculación es reconocer a las personas que la soliciten, la calidad de poseedores preferentes, con la opción de obtener la propiedad a través de la prescripción positiva (acción de usucapión),

SELECCIÓN Y BREVE COMENTARIO A ALGUNA JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN LA PRÁCTICA FORENSE...

surtiendo dicha inscripción como prueba plena de la inscripción del bien inmueble. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 665/2011. Francisco Benítez Soriano. 26 de enero de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretaria: Ana Lilia Osorno Arroyo. Localización: Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, t. 2, junio de 2013; p. 1266. I.3o.C.103 C (10a.).

5. PRESCRIPCIÓN POSITIVA O USUCAPIÓN FUNDADA EN INMATRICULACIÓN. CORRESPONDE AL REGISTRO PÚBLICO DE LA PROPIEDAD Y DE COMERCIO ORDENAR LA INSCRIPCIÓN DE LA PROPIEDAD (ARTÍCULOS 1151, 1152, 3055 Y 3056 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL). Conforme a los preceptos citados con antelación, la prescripción positiva o usucapión debe reunir los requisitos siguientes: a) Debe tenerse en concepto de propietario; b) Debe ser pacífica; c) Continua, y d) Pública. Los bienes inmuebles se prescriben en cinco años, cuando se poseen reuniendo los requisitos anteriores; en cinco años cuando los inmuebles hayan sido objeto de una inscripción de posesión, o en diez años cuando se poseen de mala fe, si la posesión es en concepto de propietario, pacífica, continua y pública. Por tanto, la prescripción positiva o usucapión constituye un derecho que el propietario de un bien inmueble puede adquirir, siempre y cuando haya obtenido mediante resolución judicial o administrativa la inscripción de la posesión de un bien inmueble, una vez que hayan transcurrido cinco años, siempre y cuando se reúnan los requisitos para la prescripción. Si la posesión es de buena fe, podrá acudir el interesado ante el Registro Público de la Propiedad y de Comercio para que éste ordene la inscripción de la propiedad adquirida por prescripción positiva, quien la ordenará siempre y cuando el interesado acredite fehacientemente haber continuado en la posesión del bien inmueble, sin que exista asiento alguno que contradiga la posesión inscrita. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 665/2011. Francisco Benítez Soriano. 26 de enero de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretaria: Ana Lilia Osorno Arroyo. Localización: Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, t. 2, junio de 2013, p. 1288. I.3o.C.104 C (10a.).

6. INMATRICULACIÓN DE BIENES. EL REQUISITO DE PRESENTAR LA INFORMACIÓN DE TRES TESTIGOS PARA ACREDITAR LA POSESIÓN A TÍTULO DE DUEÑO NO ES VIOLATORIO DEL DEBIDO PROCESO NI DEL DERECHO A LA JUSTICIA. La inter-

FERNANDO MARCIN BALSA

pretación sistemática y funcional de los artículos 122, fracción III, del Código de Procedimientos Civiles, en relación con los artículos 3046, 3047 y 3050 del Código Civil, ambos del Distrito Federal, conduce a determinar que no resulta violatorio del debido proceso ni del derecho a la justicia, el hecho de que en el primero de tales preceptos se exija como prueba de la posesión de un inmueble a título de dueño, a efectos de lograr su inmatriculación por resolución judicial, la información de cierto número de testigos, que consiste en tres, preferentemente colindantes o, en su caso, que tengan bienes raíces en el lugar de ubicación del predio de que se trata. Lo anterior, ya que en atención a la naturaleza y finalidad de la inmatriculación de dar inicio a la vida registral de un inmueble a favor de una persona, se encuentra razonable que el procedimiento para obtenerla esté sujeto a mayores requisitos que los exigidos para la acción de prescripción adquisitiva, con el fin de lograr certeza suficiente sobre el dominio del bien ejercido por el solicitante, así como reducir las posibilidades de afectación a derechos de terceros, es decir, otros posibles propietarios del bien a inmatricular, tomando en cuenta que la particularidad de este trámite es que el inmueble no cuenta con antecedentes registrales ante el Registro Público de la Propiedad, a diferencia de la prescripción adquisitiva, en la que se requiere del antecedente registral para enderezar la demanda contra quien aparezca en éste como titular del bien; y porque el testimonio de testigos tradicionalmente se ha considerado como el medio más idóneo para acreditar un hecho continuado, como es la posesión de un bien a título de dueño. Amparo directo en revisión 2882/2015. Amparo Espinosa Rugarcía. 16 de marzo de 2016. Mayoría de tres votos de los ministros José Ramón Cossío Díaz, Norma Lucía Piña Hernández y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Disidentes: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Jorge Mario Pardo Rebolledo, quienes formularon voto de minoría. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Mónica Cacho Maldonado. Localización: Tesis aislada, *Gaceta al Semanario Judicial de la Federación*, décima época, t. I, enero de 2017, p. 382. 1a. XII/2017 (10a.).

7. PRESCRIPCIÓN POSITIVA. EL ALLANAMIENTO A LA DEMANDA NO ES APTO PARA DEMOSTRAR LOS “ATRIBUTOS DE LA POSESIÓN” (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIHUAHUA). La prescripción positiva es una institución del derecho civil de orden público, que dota de seguridad jurídica a los poseedores de un bien que acrediten los “atributos de la posesión”,

SELECCIÓN Y BREVE COMENTARIO A ALGUNA JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN LA PRÁCTICA FORENSE...

en términos de los artículos 1153 y 1154 del Código Civil del Estado de Chihuahua, esto es, de manera pública, pacífica, continua de buena fe y en un lapso suficiente; de modo que, si al contestar la demanda el enjuiciado se allana a las pretensiones del actor, ese reconocimiento sólo produce el acreditamiento de la causa generadora de la posesión a título de dueño, pero no es apto para demostrar los atributos de la posesión, pues las cualidades de ésta no son hechos propios del demandado, por lo que no se releva al actor de probar los hechos intrínsecos y fundatorios de su pretensión; de ahí que le corresponda probar los demás elementos constitutivos de su acción, para no afectar derechos de terceros. TESIS DE JURISPRUDENCIA. PLENO DEL DECIMOSÉPTIMO CIRCUITO. Localización: Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación*, décima época, PC.XVII. J/17 C (10a.); publicación: viernes 30 de noviembre de 2018, 10:41 h.

8. USUCAPIÓN. EL ALLANAMIENTO DE LOS ENJUICIADOS A LA DEMANDA, ES INSUFICIENTE PARA EVIDENCIAR LOS ATRIBUTOS O CUALIDADES DE LA POSESIÓN REQUERIDOS PARA LA PROCEDENCIA DE ESA ACCIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO ABROGADA). La usucapión es un medio de adquirir la propiedad de los bienes mediante la posesión de los mismos, durante el tiempo y con las condiciones establecidas en la ley; no obstante, la posesión requerida para efectos de la procedencia de dicha acción, en términos de los artículos 910 y 911 del Código Civil del Estado de México abrogado, requiere de cualidades específicas y concretas, como es que se tenga en concepto de propietario, de manera pacífica, continua, pública y de buena fe. Si se trata de bienes inmuebles, la posesión en concepto de propietario debe de ser por un lapso de cinco años. En esa virtud, el allanamiento de los enjuiciados a la demanda de usucapión, es insuficiente para evidenciar los atributos o cualidades de la posesión requeridos en esa acción pues, en su caso, con éste se robustece la causa generadora de la posesión a título de dueño, pero no resulta apta para demostrar las cualidades de la posesión, puesto que el allanamiento se traduce en una confesión, la que para ser apta y trascender procesalmente debe ser de hechos propios, en términos del artículo 1.271, fracción III, del Código de Procedimientos Civiles local, no así sobre cuestiones ajenas, como es lo relativo a que se tenga una posesión pacífica, continua, pública y de buena fe; por ende, pese a existir el allanamiento, debe abrirse el juicio a prueba, a fin de que la actora esté en condiciones de demostrar las cualidades de la posesión ya referidas, en caso contrario, la acción resultará im-

FERNANDO MARCIN BALSA

precedente. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO. Amparo directo 890/2018. Agueda Hernández Rebollar. 11 de abril de 2019. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Sánchez Calderón. Secretario: Antonio Salazar López. Localización: Tesis aislada, *Gaceta al Semanario Judicial de la Federación*, décima época, t. III, septiembre de 2019, p. 2267. II.4o.C.30 C (10a.).

9. USUCAPIÓN EN LA VÍA SUMARIA. EL ALLANAMIENTO DE LA DEMANDADA SÓLO GENERA QUE SE PRONUNCIE SENTENCIA, MAS NO QUE LA ACTORA QUEDE RELEVADA DE ACREDITAR LOS HECHOS CONSTITUTIVOS DE SU ACCIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). El artículo 2.325.10 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México establece que si el demandado se allana o confiesa expresamente los hechos de la demanda, el Juez de oficio turnará el expediente para dictar sentencia; no obstante, el allanamiento y la disposición de que no se abra el juicio a prueba no genera, necesariamente, que la actora quede relevada de acreditar los hechos constitutivos de su acción, sino sólo que una vez allanada la demandada, se pronuncie la sentencia sin que medie periodo probatorio en el juicio, porque los efectos del allanamiento únicamente se traducen en la renuncia del demandado a ofrecer pruebas y a desvirtuar las ofrecidas por su contraria, y también tiene el efecto de renunciar a oponer excepciones y defensas, y a estar a las resultas de la ponderación judicial de las pruebas ofrecidas por el actor conjuntamente con su demanda. En esos términos, aun allanado el demandado, prevalece la carga de demostrar los elementos de la acción de quien pretende usucapir en la vía sumaria. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO. Amparo directo 716/2018. Geraldine Jennifer Ruiz Rojas. 7 de marzo de 2019. Unanimidad de votos. Ponente: Noé Adonai Martínez Berman. Secretaria: Rocío Castillo García. Localización: Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, décima época, II.2o.C.25 C (10a.); publicación: viernes 13 de diciembre de 2019, 10:25 h.

5. Conclusiones

Después de leer las tesis de jurisprudencia recopiladas y nuestras notas de derecho romano, destaca que aspectos tan sustanciales de la prescripción adquisitiva o usucapición, como su definición o concepto,

SELECCIÓN Y BREVE COMENTARIO A ALGUNA JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN LA PRÁCTICA FORENSE...

las diferentes especies, función y efectos, sean, hoy en día, objeto de controversias de interpretación.

De acuerdo con Planiol y Ripert, quienes, coincidiendo con los redactores del *Code Civil*, afirman que la usucapión es *de todas las instituciones del derecho civil, la más necesaria para el orden social*, ya que de otra forma la prueba de la propiedad sería imposible si la usucapión no existiera. ¿Cómo he llegado a ser propietario? Porque adquirí la cosa por compra, por donación o por sucesión; pero sólo he podido adquirir la propiedad si el poseedor anterior la tenía con este título. Entonces, el mismo problema se plantea para los poseedores sucesivos de la cosa, y si uno en la serie no ha sido propietario, todos los que le han seguido no lo serán tampoco. La prescripción adquisitiva suprime esta dificultad, que sería insoluble sin la usucapión. Por tanto, la usucapión juega un papel social importante, ya que sin ella cualquier patrimonio estaría expuesto a reivindicaciones imprevistas, aunque es verdad que a veces la usucapión puede favorecer a un poseedor sin título y de mala fe y encubriría una expoliación. Pero este hecho es raro, y sería más raro que el propietario permitiera ser despojado por efecto de la usucapión sin ser negligente. ¿Por qué ha permanecido tanto tiempo sin efectuar actos posesorios sobre su cosa sin reclamarla? Se le deja un plazo suficiente para conocer la usucapión que se produce en su contra para reclamar.³⁰

El segundo apartado de este artículo muestra aspectos muy interesantes respecto del objeto y naturaleza de la usucapión y su carácter de orden público. Mostrando una tendencia de interpretación restringida en la actualidad que deja fuera la consideración favorable de la usucapión.

El tercer apartado nos muestra los requisitos de procedencia y/o probatorios de la usucapión; se puede apreciar una continuidad en la problemática respecto de la idea de un título viciado, susceptible o no de ser purgado dicho vicio o vicios, y la idea de un título subjetivamente válido o putativo, sustentado en un error excusable, susceptible de ser base de una acción de usucapión que prospere.

El cuarto apartado muestra, al menos, tres problemas de actualidad importantes: i) considera la figura del “verdadero propietario” en el con-

³⁰ *Ibidem*, p. 465.

FERNANDO MARCIN BALSA

texto de la usucapión de inmuebles inscritos en el registro público; *ii*) la falta de determinación de la parte demanda en la llamada prescripción por inmatriculación, y *iii*) el papel del juzgador al momento de determinar si ha ocurrido o no la usucapión, fundamentalmente la actitud del juzgador ante hechos no controvertidos por las partes, derivado del allanamiento de la parte demandada.

Por qué no pensar en perfeccionar las acciones contempladas en nuestra legislación desde una perspectiva que divida géneros y especies de usucapiones, considerando, por ejemplo, para el caso de la que se ejerce en contra de quien aparece inscrito en el Registro Público, una nueva *usucapio pro forma* y una revitalización de la *usucapio pro soluto*. Y por otro lado, para el caso de la llamada prescripción adquisitiva por inmatriculación, una *usucapio pro suo longi temporis* de buena fe y *longissimi temporis* de mala fe; con el Registro Público y el Ministerio Público participando como coadyuvantes en el juicio de usucapión correspondiente.

6. Bibliohemerografía

ALVARADO CHACÓN, Joaquín Rafael, “La usucapión como modo de adquirir de la propiedad en el derecho romano y su influencia en la legislación civil latinoamericana. Primera parte”, *Revista Anuario del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Carabobo*, Venezuela, núm. 23, 2003.

ADAME GODDARD, Jorge, *Curso de derecho romano clásico I (Introducción, historia, acciones, bienes y familia)*, México, 2009.

ARREDONDO ELÍAS, J. M., *Prescripción adquisitiva de mala fe. El caso del Código Civil de Guanajuato*, México, Instituto de la Judicatura Federal, 2015.

ARRIAGA ESCOBEDO, H. R. y ARRIAGA ESCOBEDO, R. M., *Usucapión y jurisprudencia. Su aplicación en el juicio ordinario civil*, 3a. ed., México, Porrúa, 2009.

BONFANTE, P., *Scritti giuridici varii II. Proprietà e Servitù*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Tori-nese, 1918.

BURDESE, A., *Manuale di diritto privato romano*, Torino, UTET, 2003.

SELECCIÓN Y BREVE COMENTARIO A ALGUNA JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN LA PRÁCTICA FORENSE...

- D'ORS, A., *Derecho privado romano*, 9a. ed. revisada, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1997.
- GARCÍA DEL CORRAL, Ildelfonso, *Cuerpo del derecho civil romano*, Barcelona, Jaime Molinas Editor, 1889.
- IHERING, R., *La posesión*, 2a. ed., trad de Adolfo Posada, Madrid, Reus, 1926.
- PALLARES, E., *Tratado de las acciones civiles*, 11a. ed. México, Porrúa, 2005.
- PLANIOL, M. y RIPERT, G., *Derecho civil*, trad. de Leonel Pérez Nieto (3a. ed., *Traité élémentaire de droit civil*, París, LGDJ, 1946), México, Harla, 1997.
- RODRIGUEZ DE FONSECA, Bartolomé, *El Digesto del emperador Justiniano*, Madrid, Imprenta de Ramón Vicente, 1874.
- SAVIGNY, F. C., *Sistema de derecho romano actual*, trad. del alemán de M. CH. Guenoux y vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley, F., Madrid, Góngora y Compañía Editores, 1879, t. III.
- SAVIGNY, F. C., *Tratado de la posesión, según los principios del derecho romano*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, 1845.
- SHULZ, F., *Derecho romano clásico*, trad. de José Santa Cruz Teigeiro, España, BOSCH Casa Editorial, 1960.
- VV. AA., *Textos de derecho romano (XII Tablas, Instituciones de Gayo)*, España, Aranzandi, 2002.

Revista de Derecho Privado, Cuarta Época,
año VII, núm. 17, enero-junio de 2020

El nuevo derecho de familia en México: configuración y casos emblemáticos

The New Family Law in Mexico: Outline and Emblematic Cases

Miguel Carbonell

RDP

Resumen

En el estudio de derecho familiar llevado a cabo como labor propia de los civilistas, se ha tomado prestado el método de categorías del derecho privado, sin embargo, al llevarse varios de los temas con lo que tiene estrecha relación a rango constitucional, se ha hecho necesario replantearse los enfoques desde los cuales ha sido abordado históricamente para comulgar con el estado del arte actual en materia de la doctrina imperante sobre derechos humanos.

PALABRAS CLAVE: constitucionalización, sociología, tratados internacionales, derechos humanos y comaternidad.

Abstract

In the field of study of family law, the main achievements had until present times, been carried out historically in Civil law jurisdictions as part of the work by jurists who specialize in its Private law branch, the same method of categories used in the analysis of private law has been consistently borrowed for this endeavor, however, with the taking several of its closely related issues to constitutional rank, it has since become a

MIGUEL CARBONELL

necessity to rethink the approaches from which it has been commonly dealt with in order to commune with the current state of the art of Human Rights doctrine.

KEYWORDS: constitutionalization, sociology, international treaties, human rights and co-maternity.

Sumario:

1. La constitucionalización del derecho de familia.
2. Los derechos fundamentales frente a los particulares.
3. El desarrollo jurisprudencial del nuevo derecho de familia mexicano.

1. La constitucionalización del derecho de familia

El tema del derecho de familia ha sido tradicionalmente estudiado por los especialistas en derecho civil, los cuales —como es comprensible— han aplicado en su análisis las categorías propias del derecho privado. Sin embargo, al haberse producido en los años recientes un intenso proceso de constitucionalización,¹ el enfoque cambia radicalmente y requiere de una mirada desde los derechos fundamentales.² Esto supone que algunos de los conceptos con los que tradicionalmente se ha estudiado a la familia en el derecho civil se deban adaptar o, de plano, no sean aplicables en este nuevo contexto.

La *familia* es un concepto que antes de ser jurídico es, sobre todo, sociológico.³ Desde esa perspectiva, Anthony Giddens explica que una

¹ Una explicación general sobre el concepto de *constitucionalización* del derecho en los ordenamientos jurídicos contemporáneos puede verse en Guastini, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2009, así como en Carbonell, Miguel y Sánchez Gil, Rubén, “Constitucionalización”, en VV. AA., *Diccionario jurídico básico*, 3a. ed., 5a. reimp., México, Porrúa-UNAM, 2019, pp. 26-29.

² Ver al respecto las muy interesantes aportaciones contenidas en la obra colectiva *La constitucionalización del derecho de familia. Perspectivas comparadas*, México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019.

³ Ingrid Brena lo explica con las siguientes palabras: “La familia no es, desde luego, una creación jurídica, sino un hecho biológico, derivado de la procreación, reconocido,

EL NUEVO DERECHO DE FAMILIA EN MÉXICO: CONFIGURACIÓN Y CASOS EMBLEMÁTICOS

familia “es un grupo de personas directamente ligadas por nexos de parentesco, cuyos miembros adultos asumen la responsabilidad del cuidado de los hijos”. De acuerdo con el mismo autor, se puede hablar de “familia nuclear”, que “consiste en dos adultos que viven juntos en un hogar con hijos propios o adoptados”, y de “familia extensa”, en la cual, “además de la pareja casada y sus hijos, conviven otros parientes, bien en el mismo hogar, bien en contacto íntimo y continuo”.⁴

La organización de la familia ha sufrido importantes variaciones en las últimas décadas, que cambian, en parte, por lo señalado por Giddens:⁵ el aumento de los divorcios, la disminución de la tasa de natalidad en los países más desarrollados, el crecimiento de las familias monoparentales, la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, una renovada comprensión de la igualdad y la no discriminación han sido fenómenos que han contribuido al cambio de las pautas organizativas del núcleo familiar.

Los intensos movimientos sociales surgidos en los años sesenta y setenta, formados en alguna medida por estudiantes y militantes feministas, expusieron una visión más cruda de las relaciones familiares tradicionales, que dejaron de verse rodeadas de romanticismo para empezar a ser notablemente cuestionadas. Se desató entonces lo que algunos analistas definieron como una “guerra contra la familia”.⁶

Con guerra o sin ella, lo que parece cierto es que en la actualidad tanto en el campo de la política como en la academia y en la vida diaria, es muy difícil saber quién es parte de una familia o incluso qué es una familia, sobre todo para el efecto de poder determinar qué realidad debe de ser tutelada por el derecho. Las fronteras del núcleo familiar

diseñado social y culturalmente, al que se le han atribuido diversas funciones políticas, económicas, religiosas y morales”. “Personas y familia”, *Enciclopedia jurídica mexicana*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, t. XII, p. 743. Una exposición de la visión tradicional de la familia puede encontrarse en Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil. Primer curso. Parte general. Personas. Familia*, 21a. ed., México, Porrúa, 2002.

⁴ *Sociología*, Madrid, Alianza Editorial, 1998, p. 190.

⁵ Una visión global muy completa de los cambios que ha sufrido la familia puede verse en Beck-Gernsheim, Elisabeth, *Reinventing the Family. In Search of New Lifestyles*, Cambridge, Polity Press, 2002.

⁶ *Ibidem*, p. 1.

MIGUEL CARBONELL

parecen estarse difuminando y las definiciones devienen inciertas.⁷ A ello ha contribuido, incluso, el avance médico, que hoy permite nuevas formas de reproducción que modifican nuestro tradicional concepto de parentesco; por un lado, las pruebas genéticas nos permiten contradecir la máxima que decía que *pater semper incertus*, pero por otra parte se pueden dar casos en los que lo que no se puede definir con certeza es el concepto de madre, como ha ocurrido en algunos supuestos en los que se ha concebido a través de técnicas de maternidad subrogada que han dado lugar a interesantes debates jurídicos, entre otros asuntos.

Lo que sucede, entonces, es que los conceptos de parentesco social y de parentesco biológico se han separado, ya que no se autoimplican necesariamente.⁸ Se habla incluso de una “comaternidad” —lo cual ha sido reconocido por la Suprema Corte, como lo podrá ver el lector más adelante—, que no deriva necesariamente de vínculos biológicos, sino de una voluntad procreacional que ha sido reconocida como elemento decisivo para establecer un vínculo de filiación (ver la sentencia del Amparo Directo en Revisión 852/2017).⁹

Parecería que la familia está destinada a desaparecer en el futuro; los estudiosos de los procesos familiares, sin embargo, no lo creen así, sino que, más bien, anuncian una modificación profunda de las estructuras familiares que se dará a través de la introducción de familias extendidas, de familias alternativas, de arreglos para los que se han divorciado, vuelto a casar, vuelto a divorciar y así por el estilo.¹⁰ Ya abundan las familias que implican la convivencia estable sin matrimonio (con o sin hijos), las familias monoparentales, las familias integradas por personas del mismo sexo, las familias que viven en varios hogares,

⁷ *Ibidem*, p. 2.

⁸ *Ibidem*, p. 4. Ver los criterios jurisprudenciales que sobre este tema citan Ibarra Olguín, Ana María y Treviño Fernández, Ana Sofía, “Constitución y familia en México: nuevas coordenadas”, *La constitucionalización del derecho de familia. Perspectivas comparadas...*, cit., pp. 379 y ss.

⁹ Ver la sentencia del Amparo Directo en Revisión 852/2017 de la SCJN, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=221970>.

¹⁰ Beck-Gernsheim, Elisabeth, *op. cit.*, p. 8.

o incluso en varias ciudades, etcétera. Con toda probabilidad, la familia tradicional (hombre y mujer casados, viviendo en la misma casa con sus descendientes inmediatos) seguirá perdiendo el monopolio que en el pasado tuvo dentro de las formas de organización familiar, dando lugar a esas nuevas pautas que se acaban de mencionar.¹¹

Todo lo anterior significa que el legislador, al dar cumplimiento al mandato constitucional que le ordena regular y proteger lo relativo a la organización y desarrollo de la familia, debe tener en cuenta las nuevas realidades sociológicas.

Ingrid Brena distingue cuatro distintos ámbitos a través de los que las nuevas pautas de organización de la familia han impactado en el derecho que la regula:¹² a) la reducción de la familia a la llamada *familia nuclear*, formada por la pareja y los hijos que conviven con ella, o ahora la del cónyuge divorciado o madre soltera con hijos; b) los poderes familiares están sometidos cada vez más a controles legales, por ejemplo, el ejercicio de la patria potestad o de la tutela. Se avanza hacia la desaparición de los vínculos autoritarios, con la disolución del sistema jerárquico y la construcción del grupo familiar con base en el reconocimiento de la igualdad entre sus miembros; c) el pluralismo jurídico, pues el legislador no debe implantar un modelo o sistema único de familia, sino que debe admitir la coexistencia de múltiples posibilidades, y d) la participación del Estado en asuntos familiares es subsidiaria cuando los integrantes de la familia no cumplen con sus deberes de protección y respeto que se deben entre ellos.

¹¹ *Ibidem*, p. 10. Para dar una idea de la complejidad que están adquiriendo las nuevas estructuras familiares basta tener en cuenta la tipología de “familias monoparentales” que ha citado algún autor. Dentro de ese tipo de familia se pueden distinguir: a) las vinculadas a la natalidad, formadas principalmente por madres solteras; b) las vinculadas a la relación matrimonial, cuando se produce un abandono de familia, anulación del matrimonio, separación de hecho de los cónyuges, separación legal y divorcio; c) vinculadas al ordenamiento jurídico, cuando se produce la adopción de un menor por una persona soltera, y d) vinculadas a situaciones sociales, cuando se produce por causa de hospitalización de uno de los cónyuges, por emigración, por trabajo de un cónyuge en lugares distanciados o por encarcelación. Al respecto, Mora Temprano, Gotzone, “Familias monoparentales: desigualdades y exclusión social”, en Tezanos, José Félix (ed.), *Tendencias en desigualdad y exclusión social. Tercer foro sobre tendencias sociales*, Madrid, Sistema, 1999, p. 382.

¹² “Personas y familia”, *cit.*, p. 752.

MIGUEL CARBONELL

En sentido parecido, autores como Göran Therborn destacan las siguientes pautas de cambio en el ámbito de la familia:¹³ a) las familias tienen muchos menos hijos, sobre todo en los países más desarrollados; b) se ha erosionado sensiblemente el “patriarcado” que existía en el interior de las familias, de forma que el poder del padre y del marido ha ido disminuyendo en favor de una mayor igualdad entre los miembros del núcleo familiar, lo cual ha permitido la emancipación de los niños, los jóvenes y las mujeres, y c) se ha secularizado la sexualidad, alejándola de los tabúes religiosos y no haciéndola dependiente de la existencia de vínculos familiares.

Desde luego, ninguna de estas tendencias puede representarse linealmente ni se generan con la misma intensidad en todos los países, pero pueden servir para orientar los cambios legislativos o jurisprudenciales del futuro, particularmente en lo que tiene que ver con el cumplimiento del mandato constitucional de protección de la familia.

En este orden de ideas, quizá sea la materia familiar en la que más se note la separación y la tensión que existe entre el derecho y la moral. En materia familiar, el ordenamiento jurídico debe renunciar a imponer un “modelo” de familia o de comportamiento familiar y limitarse a dar cobertura a las opciones que puede tomar toda persona en uso de su autonomía moral. Esto incluye el respeto a la forma en que conciben a la familia las distintas culturas, sin restringir las posibilidades legales de organizarse conforme a sus propias creencias.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU reconoce que la tutela de la familia, que está prevista en el propio Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23), exige que se reconozcan los diversos tipos de organización familiar que puede haber, conforme a las siguientes ideas:¹⁴

¹³ Therborn, Göran, “Entre el sexo y el poder: pautas familiares emergentes en el mundo”, en Tezanos, José Félix (ed.), *Clase, estatus y poder en las sociedades emergentes. Quinto foro sobre tendencias sociales*, Madrid, Sistema, 2002, pp. 287 y 288.

¹⁴ ONU, Comité de Derechos Humanos, Protección de la familia, derecho al matrimonio e igualdad de los esposos (artículo 23). Observación General No. 19. HRI/GEN/1/Rev.7, 27 julio 1990, párrafo 2, disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/5d7fbd2fa.html>.

EL NUEVO DERECHO DE FAMILIA EN MÉXICO: CONFIGURACIÓN Y CASOS EMBLEMÁTICOS

El comité observa que el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto. Sin embargo, el comité destaca que, cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, éste debe ser objeto de la protección prevista en el artículo 23... Cuando existieran diversos conceptos de familia dentro de un Estado, “nuclear” y “extendida”, debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia (en los informes que los Estados rindan ante el Comité), con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados Parte deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros.

Pese a la postura atendible que se refleja en el párrafo anterior, también es cierto que el Comité adopta un criterio más restrictivo en otra de sus observaciones generales, en la que se afirma que “La poligamia atenta contra la dignidad de la mujer. Constituye, además, una discriminación inadmisibles a su respeto y debe en consecuencia, ser definitivamente abolida allí donde exista”.¹⁵ Lo que sí parece ser un punto de firme en los criterios del Comité es que el mandato de protección del artículo 23 del Pacto incluye a las familias conformadas por una pareja no casada y sus hijos, así como a las familias monoparentales y sus hijos.¹⁶

Tradicionalmente, el ordenamiento jurídico ha organizado a la familia —en cuanto realidad social en la que confluyen derechos y deberes— con base en el matrimonio, reprimiendo o ignorando a quienes no se plegaran a esa forma de convivencia.¹⁷ Por fortuna, estos puntos

¹⁵ ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 28 (General Comment): La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 29 de marzo de 2000, CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, párrafo 2, disponible: <https://www.refworld.org/es/docid/50ab8f7d2.html>.

¹⁶ *Ibidem*, párrafo 27.

¹⁷ “Durante mucho tiempo se ha presentado a la familia como una realidad convivencial fundada en el matrimonio, indisoluble y heterosexual, encerrado en la seriedad de la

MIGUEL CARBONELL

de vista ya han quedado atrás y ahora la protección a la familia se realiza con una visión más amplia, luego de muchos debates y de luchas sociales que han conquistado posturas garantistas de la forma en la que el derecho concibe la existencia de vínculos familiares entre las personas.¹⁸

En relación con el mandato constitucional de protección de la familia que tenemos en México (artículo 4o. de nuestra carta magna), es importante destacar el hecho de que la Constitución no concibe la formación de la familia a través del matrimonio; es decir, no es un requisito constitucional el haber celebrado un matrimonio para poder disfrutar de la protección al núcleo familiar. De ahí deriva, entre otras cosas, la prohibición de cualquier medida discriminatoria para las parejas o las familias extramatrimoniales. Cabe recordar que el artículo 1o. constitucional, en su párrafo quinto, prohíbe la discriminación por razón de “estado civil”, por lo tanto, la legislación ordinaria deberá, en línea de principio, reconocer los mismos derechos y obligaciones a los cónyuges y a los meros convivientes; por ejemplo, en materia de arrendamientos, de seguridad social, de pensiones, de sucesiones, de fiscalidad, etcétera.

Lo mismo puede decirse con relación al reconocimiento como familia de las uniones entre personas del mismo sexo.¹⁹ Si una persona decide vincularse sentimentalmente durante un cierto tiempo con otra que pertenezca a su mismo sexo, la ley no tendría motivo alguno para no otorgarle la protección que se le dispensa a una unión entre personas de distinto sexo.

finalidad reproductora. Este parecía ser el único espacio en la ley para el sexo protegido. Sus alternativas: la norma penal para castigarlo o la negación y el silencio”, Sánchez Martínez, M. Olga, “Constitución y parejas de hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 58, enero-abril de 2000, p. 45.

¹⁸ Ver al respecto los interesantes ejemplos que ponen Harris, Leslie Joan et al., *Family Law*, 5a. ed., Nueva York, Wolters Kluwer, 2014, capítulos 1-4.

¹⁹ Un panorama interesante sobre el tema, desde una óptica constitucional, puede verse en Sunstein, Cass R., *Designing Democracy. What Constitutions Do*, Oxford University Press, 2001, pp. 183 y ss., así como Celorio, Rosa, “Derechos, libertad, autonomía y matrimonio. El legado constitucional e internacional de *Obergefell v. Hodges*”, *La constitucionalización del derecho de familia. Perspectivas comparadas...*, cit., pp. 95 y ss. El debate en México se encuentra brillantemente expuesto en la obra colectiva *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario*, México, UNAM, 2017.

EL NUEVO DERECHO DE FAMILIA EN MÉXICO: CONFIGURACIÓN Y CASOS EMBLEMÁTICOS

La protección para las parejas homosexuales deriva directamente de la prohibición constitucional de discriminar entre los hombres y las mujeres, en el sentido de que una misma relación *de facto* de un hombre X tiene diversas consecuencias si se establece con otro hombre o con una mujer.

Por suerte, ya han quedado muy lejos los días en que Kant calificaba la homosexualidad como un innombrable vicio contra la naturaleza, que se opone “en grado sumo” a la moralidad y suscita tal aversión que es incluso “inmoral mencionar un vicio semejante por su propio nombre”. Sin embargo, a pesar del tiempo transcurrido siguen perdurando las consideraciones y argumentaciones morales cuando se trata de estudiar el tema de la relevancia jurídica de las uniones (matrimoniales o no) entre personas del mismo sexo. En vez de recoger puntos de vista que se basen en normas jurídicas, se suelen encontrar en ciertos análisis expresiones construidas sobre prejuicios morales o religiosos. En lugar de decir qué derechos se vulneran al dar cobertura y seguridad jurídica a las uniones homosexuales, se hace referencia a su imposibilidad para procrear, en el mejor de los casos, o simplemente a la promiscuidad, inestabilidad y amor al riesgo, en el peor.²⁰

Lo anterior no supone, en lo más mínimo, restar importancia a la forma “tradicional” de familia, sino abrir el ordenamiento jurídico para hacerlo capaz de tutelar a todas las personas —sin introducir discriminaciones basadas en criterios morales, culturales o étnicos—, lo cual es una demanda derivada directamente del carácter universal de los derechos fundamentales y, en particular, del derecho a la no discriminación.

La protección de la familia a nivel constitucional se relaciona con otros preceptos de la carta fundamental e incluso con otras disposiciones del mismo artículo 4o. Destacadamente, la protección de la familia se vincula con el derecho a la vivienda y con los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Por otro lado, la tutela “multicultural” de la familia, por lo que respecta a las personas integrantes de pueblos y comunidades indígenas,

²⁰ Ver Sánchez Martínez, M. Olga, *op. cit.*, así como la muy completa exposición de Stone, Geoffrey R., *Sex and the Constitution*, Nueva York, W. W. Norton, 2017, pp. 443 y ss.

MIGUEL CARBONELL

cuando menos, tiene una expresión directa en varias disposiciones del artículo 2o.

Además de lo previsto por el artículo 4o., es importante mencionar que el artículo 123 de la Constitución mexicana contiene otra disposición protectora de la familia. En la fracción XXVIII del apartado A establece que “Las leyes determinarán los bienes que constituyan el patrimonio de familia, bienes que serán inalienables, no podrán sujetarse a gravámenes reales ni embargos y serán transmisibles a título de herencia con simplificación de las formalidades en los juicios sucesorios”.

La protección de la familia se realiza en la práctica de muchas maneras; por ejemplo, a través de la implementación de una serie de políticas públicas sustantivas, que desde luego exigen regulaciones favorables al reconocimiento de formas familiares distintas de las tradicionales, pero que también requieren la implementación de otras medidas prácticas por parte de los poderes públicos. Un elenco orientativo sobre esas políticas públicas para ofrecer servicios en favor de las familias debería contener, entre otras, las siguientes cuestiones:²¹

- a) El compromiso del Estado en favor de las familias con hijos (por medio de subsidios familiares y de deducciones de impuestos).
- b) La cobertura de servicios públicos en favor de la infancia (guarderías para todos los niños menores de cuatro años, con independencia del carácter de trabajadores o no trabajadores que tengan los padres).
- c) La asistencia para adultos mayores (incluyendo atención domiciliaria para los mayores de 65 años que la requieran).

Si quisiéramos descomponer un poco los anteriores aspectos, podríamos afirmar que el Estado, para cumplir con el mandato constitucional de proteger a la familia, debería de proveer los siguientes servicios:²²

²¹ Carbonell, José, *Estado de bienestar, autonomía de la mujer y políticas de género: el déficit pendiente*, Barcelona, Mimeo, 2003, p. 20.

²² *Ibidem*, p. 28.

EL NUEVO DERECHO DE FAMILIA EN MÉXICO: CONFIGURACIÓN Y CASOS EMBLEMÁTICOS

- a) Crear una red de asistencia domiciliaria para todas las personas que no puedan valerse por sí mismas.
- b) Crear una red de estancias infantiles públicas para los niños de cero a cuatro años que cubra la demanda actual.
- c) Crear residencias para personas adultas mayores o que tengan alguna discapacidad, tanto permanentes como con atención solamente durante el día.
- d) Crear una red territorial de centros de atención familiar.
- e) Crear una red de atención específica para la mujer, por ejemplo, en materia de viviendas para madres jóvenes, madres solas o mujeres víctimas de violencia de género.
- f) Planes para mujeres con cargas familiares no compartidas y de escasos recursos, o que se encuentren dentro de ciertos indicadores de exclusión social.
- g) Adecuación de los horarios de las oficinas públicas para que las personas que desempeñan roles de cuidado familiar que trabajan puedan acudir a ellas sin descuidar ni su trabajo ni sus tareas domésticas.
- h) Introducir cierta flexibilidad laboral a través de esquemas originales que permitan acomodar de mejor forma el reparto del tiempo entre sus diferentes actividades; por ejemplo, a través de jornadas reducidas durante periodos de tiempo preestablecidos, por medio de los empleos compartidos, de la capitalización de horas de trabajo a lo largo de la semana, etcétera.

2. Los derechos fundamentales frente a los particulares

La constitucionalización del derecho de familia a la que hemos hecho referencia en el punto anterior exige que cambiemos también nuestra concepción general de los derechos fundamentales, puesto que ahora se hace necesario concebirllos como aplicables también a las relaciones entre particulares —como lo son las relaciones familiares— y no solamente como mecanismos de defensa de los individuos frente al Estado.

Como es de sobra conocido, tradicionalmente los derechos fundamentales se han entendido como posiciones jurídicas que los particula-

MIGUEL CARBONELL

res podían oponer a los poderes públicos. Esta idea es, en gran parte, deudora del contexto histórico y del desarrollo doctrinal en el que surge la idea de los derechos. Por lo que hace al contexto histórico, hay que recordar que las primeras declaraciones de derechos nacen como una reacción contra el “Estado absolutista”, contra los regímenes monárquicos que negaban a sus súbditos los más elementales derechos y que ejercían el poder de manera despótica; el enemigo a vencer, pues, era el aparato estatal y lo que se intentaba proteger era la sociedad civil.²³ Para esta visión, por tanto, no era concebible que las amenazas a los derechos pudieran venir justamente de la arena de los propios oprimidos, es decir, de los particulares.

Con el paso del tiempo, sin embargo, los análisis de los derechos fundamentales se han ido haciendo más refinados, lo que ha permitido desmontar algunas de las ideas tradicionales. Por un lado, hoy en día se entiende que, en efecto, muchas amenazas a los derechos siguen proviniendo de los poderes públicos, pero que también son estos mismos poderes los únicos que pueden contribuir a la satisfacción de nuestros derechos fundamentales; o sea, hoy en día el Estado no es visto tanto como un enemigo de los derechos, sino como un aliado de la sociedad para lograr la garantía completa y efectiva de los mismos, siempre que se trate de un gobierno democrático, desde luego.

Así por ejemplo, es obvio que la realización práctica de los derechos sociales (educación, vivienda, salud, trabajo, menores de edad, personas mayores, personas con discapacidad, etcétera) no puede quedar librada a lo que dispongan o quieran hacer las fuerzas de la sociedad civil, dominadas en muy amplia medida por la lógica del mercado (oferta, demanda, rendimientos, ganancias, intereses, rentabilidad, etcétera); en estos ámbitos, los intereses generales requieren de una acción amplia y decidida por parte del Estado, que se viene a convertir en el garante de los derechos.²⁴

²³ Una revisión histórica de los derechos fundamentales puede verse en Carbonell, Miguel, *Los derechos humanos. Génesis y desarrollo*, México, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, 2019.

²⁴ Ver, sobre las consecuencias de lo señalado, las reflexiones de Muñoz de Bustillo, Rafael, *Mitos y realidades del Estado de bienestar*, Madrid, Alianza Editorial, 2019,

EL NUEVO DERECHO DE FAMILIA EN MÉXICO: CONFIGURACIÓN Y CASOS EMBLEMÁTICOS

Por otro lado, también nos hemos dado cuenta de que no todo lo que se puede clasificar dentro del rubro “sociedad civil” es positivo para los derechos. Por el contrario, hoy en día muchas amenazas a nuestros bienes básicos provienen no tanto de la acción del Estado, sino de la acción de otros particulares —actuando, con frecuencia, en complicidad con las autoridades, como suele suceder en el caso de México—.

Pensemos, por ejemplo, en el derecho a un medio ambiente sano; ¿quién tiene mayor capacidad de destrucción del ambiente, las autoridades o las grandes empresas? Podemos poner un ejemplo distinto: el derecho a la igualdad; ¿la discriminación en nuestras sociedades (la exclusión de una persona por tener un determinado color de piel, por ser mujer, por pertenecer a un pueblo indígena, por tener una discapacidad) se produce por los órganos públicos o por los particulares? ¿Cuándo una persona se niega a alquilarle una vivienda a otra esgrimiendo como motivo las creencias religiosas del solicitante o cuando una mujer es despedida de su trabajo por estar embarazada, estamos o no frente a una discriminación y, en consecuencia, frente a una violación de derechos fundamentales realizada por particulares? Los ejemplos, como es obvio, podrían multiplicarse.

Frente a la visión tradicional de los poderes públicos como únicos sujetos pasivos posibles dentro de la relación jurídica derivada de los derechos fundamentales, hoy en día surge un punto de vista alternativo que nos llama la atención sobre los “poderes salvajes” que existen en las sociedades contemporáneas, tanto en la esfera del mercado como en los ámbitos sociales no regulados.²⁵

A partir de esta nueva realidad —que quizá ya no es tan nueva, pero que la teoría constitucional mexicana ha ido descubriendo con cierta lentitud— se ha desarrollado una concepción distinta de los derechos

pp. 259 y ss., en las que el autor estudia las tareas del Estado de bienestar frente a las desigualdades de género y los cambios en las formas que adoptan las relaciones sociales.

²⁵ En este sentido, Ferrajoli, Luigi, “Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de derecho privado”, en VV. AA., *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 99 y ss.; Ferrajoli, Luigi, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2013.

MIGUEL CARBONELL

fundamentales, desde la que se puede hablar de los “efectos horizontales” de los derechos fundamentales o de la “eficacia entre particulares” de estos mismos derechos.

Se trata de una cuestión bastante compleja que en los años recientes ha sido objeto de un número importante de estudios y monografías, cuyo número crece casi a diario.²⁶

A nivel internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido también la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. En concreto, la Corte considera que el Estado debe hacer valer los derechos fundamentales en las relaciones sujetas al derecho privado, pues de otra manera podrían darse violaciones de derechos que le acarrearán responsabilidad internacional.

La Corte afirma, a propósito de los derechos de los trabajadores, que

...en una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares.²⁷

²⁶ Las dos obras más importantes en la materia que se han publicado en español son Bilbao Ubillas, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC-BOE, 1997, y Julio Estrada, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000. También puede ser interesante consultar los ensayos de Hesse, Konrad, *Derecho constitucional y derecho privado*, Madrid, Civitas, 1995, y Münch, Ingo von, “*Drittwirkung* de derechos fundamentales en Alemania”, en Salvador Coderch, Pablo (coord.), *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid, Civitas, 1997. En la doctrina mexicana destaca la brillante aportación de Mijangos y González, Javier, *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, México, Porrúa, 2007.

²⁷ Opinión Consultiva OC-18/03, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, OC-18/03, párrafo 140, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de septiembre de 2003, disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/57f793d14.html>.

En el mismo sentido, la Corte considera que

La obligación impuesta por el respeto y garantía de los derechos humanos frente a terceros se basa también en que los Estados son los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por lo tanto, el derecho privado, por lo que deben también velar para que en esas relaciones privadas entre terceros se respeten los derechos humanos, ya que de lo contrario el Estado puede resultar responsable de la violación de esos derechos.²⁸

En México, la Suprema Corte ha reconocido los efectos entre particulares de los derechos fundamentales, por lo cual son plenamente aplicables al ámbito del derecho familiar. Esta visión moderna se proyecta tanto hacia cuestiones sustantivas sobre los derechos (igualdad y no discriminación entre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, igualdad de los cónyuges en el reparto del patrimonio familiar en caso de divorcio, inviolabilidad de comunicaciones privadas entre cónyuges, tutela del libre desarrollo de la personalidad, etcétera) como en cuestiones de interpretación (utilizando conceptos clave de los derechos fundamentales como lo pueden ser, por citar solamente dos ejemplos, el principio pro persona o el interés superior del niño).

3. El desarrollo jurisprudencial del nuevo derecho de familia mexicano

Los efectos de la “constitucionalización” del derecho de familia y de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales se han materializado en un conjunto de pronunciamientos recientes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que son, a la vez, reflejo y causa de la evolución de esa rama del derecho en México.

La visión progresista de los integrantes de la Primera Sala de la Corte —o de algunos de ellos, ya que no todos los asuntos se han resuelto por votación unánime de sus integrantes— ha permitido contar con un conjunto de criterios jurisprudenciales respecto de los que,

²⁸ *Ibidem*, párrafo 147.

MIGUEL CARBONELL

sin exageración, puede decirse que han venido a delinear un nuevo derecho de familia.

En los siguientes párrafos se analizan de manera breve 10 sentencias que reflejan lo que se acaba de apuntar y que tocan temas esenciales para la rama del ordenamiento jurídico mexicano que regula lo relativo a la vida y la convivencia familiar —o los efectos de la cesación de dicha convivencia, según sea el caso—. Se trata, como es obvio, de una selección y, en consecuencia, se dejaron fuera otros pronunciamientos igualmente importantes que, sin duda, también merecerían ser comentados.

Temas de tanta relevancia, como el matrimonio igualitario, los efectos de las pruebas ilícitamente obtenidas que quieren ser presentadas en juicios de divorcio, la reparación de un supuesto daño moral por causa de infidelidad sexual, el concepto y alcances de la filiación, la aplicación retroactiva de la obligación de proporcionar alimentos a los hijos, la determinación de la guarda y custodia de menores, el trabajo en el hogar, la violencia familiar, la pérdida de la patria potestad, los procedimientos de adopción internacional, el derecho a la identidad, el reconocimiento de paternidad y el derecho al contacto familiar transfronterizo, son algunas de las muchas cuestiones que se abordan en los fallos que se comentan a continuación.

Como podrá ver el amable lector, en las sentencias elegidas se desenrollan historias de una profunda humanidad, que reflejan, en muy buena medida, las complejidades de la vida moderna.

Personas que se quieren casar con otras de su mismo sexo y que se encuentran frente a la cerrazón burocrática (y legislativa) que sigue justificando la discriminación por preferencias sexuales, personas que son migrantes y de pronto se llevan a sus hijos de regreso a su país de origen sin permiso de su cónyuge, personas que buscan registrar a su hijo/a como descendiente de una unión de dos personas del mismo sexo, personas que descubren que su cónyuge les ha sido infiel y aportan pruebas de dicha infidelidad violando derechos fundamentales, personas que descubren que una hija que pensaban que era su hija en realidad no lo es y así por el estilo.

Si lo analizamos de forma objetiva, podremos ver que no es nada que no se haya presentado en el pasado de alguna u otra manera —con

EL NUEVO DERECHO DE FAMILIA EN MÉXICO: CONFIGURACIÓN Y CASOS EMBLEMÁTICOS

la salvedad de los casos que derivan el uso de los avances tecnológicos en materia de embarazo y maternidad, como es obvio—, pero lo que sí es una gran novedad es el conjunto de argumentaciones que la Suprema Corte construye para darle forma a la ya mencionada “constitucionalización” del derecho de familia. Dejando atrás décadas de criterios formalistas, la Suprema Corte nos presenta una óptica novedosa y enriquecedora para resolver esos grandes dilemas que afectan la vida cotidiana de las personas en la esfera más importante de toda su existencia: sus relaciones familiares.

Es evidente que los temas que se abordan en las sentencias elegidas no agotan el universo de cuestiones abiertas o interesantes en materia familiar, pero nos permiten obtener un buen panorama, cuya observación corroborará las ideas que ya hemos mencionado y repetido: en primer lugar, no cabe duda de que se ha producido un importante efecto de “constitucionalización” del derecho de familia, y en segundo término, es cada vez más notorio que los derechos fundamentales —con todas sus implicaciones— se están aplicando a las relaciones entre particulares. No es poca cosa, a eso hay que sumarle la enorme virtud de poder entender la complejidad de los casos que llegaron hasta conocimiento de nuestro máximo tribunal de la república y la fina argumentación con la que fueron resueltos.

Este texto busca servir a la difusión del conocimiento jurídico y contribuir a cambiar, en alguna medida, la manera en la que estudiamos el derecho. En México, a diferencia de lo que sucede en otros países, no acostumbramos a leer sentencias dictadas por nuestros tribunales.

De hecho, la educación jurídica sigue siendo, en muy buena medida, “legicéntrica”; es decir, se enfoca en el estudio y comentario de leyes y códigos que el profesor hace frente a los alumnos en la clase. Estudiar el derecho sobre la base de casos prácticos puede servir para desarrollar las capacidades argumentativas de los estudiantes, mejorar el uso de herramientas analíticas, así como observar “el derecho en acción”, más allá de los planteamientos teóricos —importantes para su formación, pero no suficientes—, que les refieran los docentes.

En este contexto, la selección que podrá ver enseguida el lector va dirigida a la difusión de sentencias que creo que son muy buenas y que merecen ser conocidas, así como a buscar un impacto en la

MIGUEL CARBONELL

enseñanza del derecho. Cada año nuestra Suprema Corte dicta miles de sentencias; algunas de ellas contienen criterios novedosos e interesantes, pero pasan un tanto desapercibidas por el resto de los operadores del derecho y tampoco son advertidas en las escuelas y facultades de derecho.

Con los siguientes comentarios se busca generar un efecto de “llamada de atención”, para poner a la vista de todos los interesados algunos de los pronunciamientos más interesantes de la Suprema Corte en materia de derecho de familia. Habrá valido la pena el esfuerzo si logramos que en alguna aula en la que se impartan clases de derecho se cite cualquiera de los pronunciamientos de la Corte que se mencionan enseguida o si la práctica de algún profesional del derecho se ve enriquecida por la revisión de los planteamientos argumentativos que se encuentran en las páginas siguientes.

Amparo en Revisión 581/2012

Esta sentencia aborda temas de la mayor relevancia para el derecho de familia, pero también para una adecuada comprensión global de los derechos humanos. En particular, analiza la forma en la que debemos comprender el derecho a la igualdad y a la no discriminación.

La primera sala de la Suprema Corte tenía que decidir si la legislación civil del estado de Oaxaca vulneraba los derechos de igualdad del artículo 1o. de la Constitución —y los correlativos artículos que, en tutela del mismo derecho, están previstos en tratados internacionales firmados y ratificados por México—, así como el mandato de protección a la familia del artículo 4o. de la misma carta magna. El artículo cuestionado concretamente era el 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca. Los quejosos también impugnaron un oficio del Registro Civil local que, en aplicación de dicho artículo, les negó la posibilidad de contraer matrimonio a dos personas del sexo femenino.

El litigio en defensa del derecho de las personas homosexuales a contraer matrimonio no es extraño en la experiencia comparada. En algunos países el matrimonio igualitario ha avanzado gracias a reformas legislativas y en otros han sido los tribunales los que han permitido la

tutela efectiva de los derechos de las parejas integradas por personas del mismo sexo.

Cuando una ley exige como requisito para contraer matrimonio que los contrayentes sean personas de distinto sexo, lo que está haciendo es tomar en cuenta una característica prohibida por el artículo 1o., párrafo quinto, de la Constitución mexicana, como lo es “preferencia sexual”. Esto significa que si los contrayentes tienen una preferencia sexual heterosexual sí se les permite contraer matrimonio, pero si tienen una preferencia homosexual ese derecho se les niega. Esto es, como lo afirma la Corte en la sentencia del Amparo en Revisión 581/2012,²⁹ totalmente violatorio del principio de igualdad y del mandato de no discriminación.

Un tema que se analiza en la sentencia es si el legislador de Oaxaca, al no prever más que el matrimonio entre personas de distinto sexo, había incurrido en una omisión. La Corte señala, atinadamente, que estamos más bien ante una exclusión, la cual genera, necesariamente, que el artículo 143 del Código Civil local sea declarado inconstitucional. La inconstitucionalidad se aplica a la porción normativa del artículo en cuestión, en la que se señala que la finalidad del matrimonio es la de “perpetuar la especie”, y se ordena llevar a cabo una interpretación conforme de la porción normativa que establece que el matrimonio es entre “un solo hombre y una sola mujer”. Esas dos determinaciones generan, como consecuencia, que se declare nulo el oficio del Registro Civil que les niega a las quejas el derecho a contraer matrimonio.

Es importante advertir la manera de argumentar de la Suprema Corte, ya que se hace un uso muy atinado del concepto de “categoría sospechosa” para ir construyendo un test muy exigente de validez normativa (el llamado “escrutinio estricto”).³⁰ Este criterio se empieza a construir desde el 2004 (ver el Amparo Directo en Revisión 988/2004)³¹ y ha sido retomado en sentencias posteriores con

²⁹ Sentencia del Amparo en Revisión 9/2016 de la SCJN, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=143969>.

³⁰ Pou Giménez, Francisca, “Los criterios de la Corte sobre discriminación por estado marital. Las piezas que faltan”, en Alterio, Ana Micaela y Niembro Ortega, Roberto (coords.), *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*, México, UNAM, 2017, pp. 233 y ss.

³¹ Sentencia del Amparo Directo en Revisión 988/2004 de la SCJN, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=66982>.

MIGUEL CARBONELL

mucho provecho (una de las más completas exposiciones sobre el concepto de “categorías sospechosas” puede verse en el Amparo en Revisión 152/2013).³²

También se toman en consideración los argumentos expresados en la sentencia que resolvió la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, en la cual se afirmó, por parte de la Suprema Corte, que la Constitución no limita la protección de la familia a la figura de la familia nuclear tradicional, construida sobre la base del matrimonio. La protección a la familia parte de una comprensión moderna de la realidad social y de las distintas formas de expresión de las relaciones familiares. Esa comprensión moderna desvincula la relación familiar de la función procreativa.

El reconocimiento del derecho de las parejas integradas por personas del mismo sexo a contraer matrimonio protege su derecho a la igualdad y a la no discriminación, pero al mismo tiempo es una herramienta para tener acceso a otros derechos legalmente establecidos, de los cuales derivan beneficios fiscales; beneficios de solidaridad; beneficios de propiedad; beneficios hereditarios; beneficios en la toma de decisiones médicas, y beneficios migratorios, en el caso de que alguno de los contrayentes sea extranjero. En la sentencia se detallan cada uno de estos beneficios y se cita el respectivo fundamento legal.

En una parte muy interesante de la sentencia, la Suprema Corte cita dos famosos pronunciamientos de la Suprema Corte de los Estados Unidos: *Plessy v. Ferguson*, de 1896, y *Brown v. Board of Education of Topeka*, de 1954. En la primera sentencia se estableció la doctrina de “iguales pero separados” para justificar el distinto acceso de personas blancas y de personas afrodescendientes a los servicios públicos (en el caso concreto se trataba del servicio de transporte por ferrocarril).³³ En

³² Sentencia del Amparo en Revisión 152/2013 de la SCJN, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=150476>.

Un comentario sobre la sentencia del AR 152/2013 se encuentra en García Sarubbi, David y Quintana Osuna, Karla, “El daño expresivo de las leyes. Estigmatización por orientación sexual. Su control constitucional”, en Alterio, Ana Micaela y Niembro Ortega, Roberto (coords.), *op. cit.*, pp. 107 y ss.

³³ Un análisis de la sentencia “Plessy” puede verse en Carbonell, Miguel, *Los derechos humanos. Génesis y desarrollo*, México, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, 2019, pp. 346 y ss., con bibliografía adicional.

la sentencia *Brown* se deja atrás ese criterio y se ordena la integración racial en las escuelas. Esta sentencia, probablemente, sea la más famosa de entre todas las emitidas por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el siglo XX, dada su gran trascendencia.

Nuestra Suprema Corte también cita el importante precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Atala Riffo contra Chile*, en el que el tribunal interamericano afirma el criterio de la no discriminación basada en las preferencias sexuales. Este punto de vista será luego ampliado por la misma Corte Interamericana en la muy relevante Opinión Consultiva 24/17.³⁴ La OC 24/17 es importante porque se suma a los esfuerzos realizados en los ordenamientos jurídicos internos de diversos países que han suscrito la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En dicha opinión consultiva la Corte Interamericana reconoce el derecho de todas las parejas integradas por personas del mismo sexo a tener protegidos sus vínculos familiares sin discriminación y el deber de los Estados de salvaguardar su derecho al acceso a todas las figuras existentes en el ordenamiento jurídico nacional a favor de la familia, incluyendo el matrimonio igualitario.³⁵

En conclusión, puede afirmarse que el AR 581/2012 es una sentencia de la mayor relevancia, que viene a reconfigurar nuestra comprensión de esa figura tradicional del derecho de familia que es el matrimonio.³⁶

³⁴ Para ampliar la información sobre el tema sugiero revisar el documento “Compendio sobre la igualdad y la no discriminación. Estándares interamericanos”, preparado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA/Ser.L/V/II.171), febrero de 2019, así como el “Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos núm. 14: igualdad y no discriminación”. Ambos documentos están disponibles en internet. El abordaje teórico de los derechos de igualdad puede verse en Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 6a. ed., 4a. reimp., México, Porrúa-CNDH-UNAM, 2019, pp. 167 y ss.

³⁵ Costa Rica: Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017. “Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, párrafos 200-229, Organización de los Estados Americanos, 24 de noviembre de 2017, disponible en: <https://www.refworld.org/docid/5d7fd1b4a.html>.

³⁶ Para abundar sobre el tema sugiero la revisión de los distintos ensayos que forman parte de la obra colectiva *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*, que ya fue citada.

MIGUEL CARBONELL

Amparo Directo en Revisión 1621/2010

Esta sentencia de la Suprema Corte es interesante porque nos permite observar la estrategia litigiosa de una persona que busca acreditar una causal para poder divorciarse. Es evidente que a partir de los criterios de la propia Corte sobre la inconstitucionalidad de las causales de divorcio previstas en la legislación civil, el tema de la acreditación de dichas causales ya no tiene interés para los litigios familiares planteados para obtener la disolución del vínculo conyugal, pero lo señalado por la sentencia es de gran interés y trascendencia para muchos otros temas.

El caso que resuelve la corte demuestra, entre otros elementos, la complejidad de los procesos judiciales en materia familiar, como consecuencia de la propia complejidad de las relaciones familiares. Llama la atención la problemática generada en la relación conyugal que da lugar al proceso judicial de origen, en la que se presentan infidelidades y supuestos adulterios, intromisión en la vida privada mediante la violación de correos electrónicos con apoyo en la fe pública notarial, supuestos perdones de un cónyuge al otro y demás cuestiones anecdóticas.

También merece ser puesto de manifiesto el punto de vista de alguna de las instancias inferiores que, haciendo a un lado la consideración de cómo fue obtenida la información, reprocha respecto a lo manifestado en unos correos electrónicos de uno de los cónyuges su contenido “obsceno, impúdico, libidinoso y lujurioso”.

Sobre la base de un anterior pronunciamiento de la propia Suprema Corte (ver la sentencia del Amparo en Revisión 2/2000),³⁷ se desarrolla una interesante argumentación sobre la violación de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, tema al que hemos hecho referencia en el estudio preliminar que encabeza esta obra, a cuyo contenido remitimos al lector.

El enfoque adoptado por la Corte es interesante porque aporta un paso decisivo dentro de una serie de pronunciamientos en los que se reconoce la teoría de los efectos horizontales de los derechos fundamentales, tema que en otros países se había asentado desde hacía

³⁷ Sentencia del Amparo Directo en Revisión 2/2000 de la SCJN, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=32482>.

EL NUEVO DERECHO DE FAMILIA EN MÉXICO: CONFIGURACIÓN Y CASOS EMBLEMÁTICOS

décadas. Este enfoque, a su vez, deja atrás la visión tradicional según la cual los derechos humanos —entonces llamados todavía “garantías individuales”— se aplicaban solamente en las relaciones entre particulares y autoridades. En otras palabras, se entendía que solamente una autoridad podía violar derechos fundamentales, pero no los particulares.

En pronunciamientos como el ADR 1621/2010 y otros, la Suprema Corte abandona esa visión tradicional y sostiene, atinadamente, que los particulares también pueden violar derechos fundamentales. Al hacerlo, incurren en un “ilícito constitucional” que es diferente a los clásicos y muy conocidos “ilícito penal” e “ilícito civil”.

En el caso concreto, se analiza la conducta de uno de los cónyuges, que, ante la presencia de una notaria pública del Estado de México, entra sin permiso en la cuenta de correo electrónico de su esposa, se impone del contenido de cientos de mensajes, los imprime y los presenta ante un juez de primera instancia para acreditar una causal de divorcio basada en las relaciones sexuales que su esposa había mantenido con un tercero y de las cuales daban cuenta los correos interceptados.

La Corte, a la vista de que quedó acreditado en juicio que el acceso al contenido de los correos se hizo de manera ilícita (puesto que no se contaba con el consentimiento de quien pudo haber dado la autorización para consultarlos), los declara nulos y aplica el mismo estándar a otras pruebas que se derivaban del análisis del contenido de los propios correos (pruebas periciales en materia de psicología, tendientes a acreditar que lo narrado en los correos permitía concluir que la infidelidad de la esposa se había consumado a través de relaciones sexuales reales y no había quedado como un conjunto de planteamientos románticos o puramente platónicos).

Aparte del efecto que el criterio de la corte tiene sobre el proceso judicial del que surge el problema, lo cierto es que lo que reviste el mayor interés es la construcción argumentativa que realiza la sentencia, ya que además de reconocer la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, se afirman otros criterios relevantes, como los siguientes:

- a) Se hace una clara distinción entre el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y el derecho a la intimidad.

MIGUEL CARBONELL

- b) Se establece que la protección de las comunicaciones privadas opera solamente frente a terceros y no en relación con quienes intervinieron en el intercambio de mensajes.
- c) Se protege no solamente el contenido de las comunicaciones privadas, sino también los llamados “datos externos” (es decir, la lista de llamadas, la duración de las mismas, los números a los que se hicieron tales llamadas, etcétera).
- d) Se precisa que las comunicaciones están protegidas en el momento mismo en el que se realizan, pero también con posterioridad en el caso de que hayan sido almacenadas (como fue el caso de los correos electrónicos).
- e) Se indica que la privacidad de las comunicaciones opera respecto a cualquier tipo de dispositivo o mecanismo de emisión del mensaje.
- f) Se establece que la inviolabilidad de las comunicaciones privadas que se lleven a cabo a través de correos electrónicos opera con independencia de la propiedad de la computadora desde la que se enviaron, entre otros aspectos precisados por la sentencia.

Por todo lo anterior, estamos frente a un fallo de gran trascendencia de la Suprema Corte.

Amparo Directo en Revisión 183/2017

El derecho de familia aborda temas que tienen que ver con la vida íntima de las personas. Dentro de esa intimidad, un asunto de la mayor relevancia tiene que ver con el ejercicio de nuestra sexualidad. Se trata de un ámbito personal, familiar y social en el que confluyen posturas filosóficas, religiosas, morales y, desde luego, jurídicas.

Las pautas de conducta sexual han cambiado de manera importante en las décadas recientes, por un conjunto de factores que van desde el más fácil acceso a métodos de anticoncepción hasta las nuevas pautas de convivencia entre las generaciones jóvenes y el impacto que sobre tales pautas están teniendo las nuevas tecnologías.

EL NUEVO DERECHO DE FAMILIA EN MÉXICO: CONFIGURACIÓN Y CASOS EMBLEMÁTICOS

Si revisamos el debate constitucional contemporáneo podremos observar que muchos de esos cambios de hábitos sexuales no se han producido sin luchas y tensiones. Por el contrario, con frecuencia a los tribunales han tenido que llegar temas que se podría pensar que deberían haber quedado resueltos en la intimidad de la vida familiar. Tomemos como ejemplo a los Estados Unidos. Los tribunales norteamericanos han tenido que resolver asuntos vinculados con temas como los métodos anticonceptivos, el matrimonio interracial, el aborto, la obscenidad, la pornografía, la sodomía, etcétera.

La literatura sobre los respectivos pronunciamientos judiciales, entre los que se incluyen las muy famosas sentencias de la Suprema Corte de los Estados Unidos en los casos *Griswold v. Connecticut* (uso de anticonceptivos), *Loving v. Virginia* (matrimonio interracial), *Miller v. California* (pornografía), *Roth v. United States* (obscenidad), *Roe v. Wade* (aborto), *Bowers v. Hardwick* y *Lawrence v. Texas* (sodomía), es interminable.³⁸

La sociedad norteamericana ha librado verdaderas “guerras culturales” alrededor de estos temas, los cuales, además, han formado parte del debate político-electoral con frecuencia, impactando de manera ostensible en la política de elección y nombramiento de jueces tanto a nivel estatal como federal. Se trata de un ejemplo que ilustra la agitación que puede darse en un país en torno a temas vinculados con lo que, en principio, se pensaría que corresponden exclusivamente a la esfera íntima de las personas, como lo es la sexualidad.

Es precisamente en ese ámbito en el que se inserta la sentencia del Amparo Directo en Revisión 183/2017,³⁹ en la que la Suprema Corte de Justicia de la Nación debe resolver un caso en el que una perso-

³⁸ Obras que pueden servir para revisar el debate sobre los temas anotados son: Stone, Geoffrey R., *Sex and the Constitution*, cit.; Garrow, David J., *Liberty and Sexuality*, Berkeley, University of California Press, 1994; Dworkin, Ronald, *Life's Dominion*, Nueva York, Vintage Books, 1994, y Strub, Whitney, *Obscenity Rules*, Lawrence, Kansas University Press, 2013. Algunas de las sentencias citadas se encuentran parcialmente traducidas al español en Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Madrid, CEPC, 2005.

³⁹ Sentencia del Amparo Directo en Revisión 183/2017 de la SCJN, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=209630>.

MIGUEL CARBONELL

na se entera —muchos años después— que su esposa le fue infiel y que de esa infidelidad nació una hija que durante décadas —más de 20 años— pensó que era su hija biológica. Esta persona reclama una indemnización de su, en ese momento ya ex esposa, y de su antiguo amante, ahora concubino de la ex esposa y padre biológico de quien suponía que era su hija.

La historia, como puede ver el lector, es enredada y toca algunas de las fibras más sensibles de la convivencia familiar, puesto que no se refiere —en el fondo— solamente a las relaciones entre dos cónyuges, sino también a la relación afectiva entre un padre y su supuesta hija.

Lo interesante es que la Corte hace una reflexión basada en la autonomía de la voluntad, el derecho al libre desarrollo de la personalidad —el cual, por cierto, ha sido objeto de una interesante construcción conceptual a partir de la seminal sentencia dictada para resolver el Amparo Directo 6/2008 y que posteriormente se ha aplicado a una cada vez más larga lista de temas— y el derecho a la libertad sexual (el concepto de este derecho se retoma de lo señalado por la Suprema Corte en la sentencia del Amparo Directo en Revisión 1260/2016 y en la sentencia que resuelve la Contradicción de Tesis 211/2016).

El punto de partida de la argumentación formulada en la sentencia del ADR 183/2017 es la comprensión de la tradicional responsabilidad civil, que puede ser de carácter contractual o extracontractual,⁴⁰ así como la idea de que el matrimonio no es un contrato del cual se puedan desprender recíprocos derechos y obligaciones entre los firmantes, sino un “acto-condición”, lo que a su vez permite entender que el incumplimiento de algún deber en el ámbito matrimonial da lugar a una sanción que puede consistir en el divorcio, pero no a una indemnización por daño moral, tal como lo pretendía el cónyuge afectado, actor en el juicio civil original.

La Suprema Corte afirma que la fidelidad sexual que los cónyuges se deben guardar responde a un deber moral que tiene su origen en una

⁴⁰ Un panorama general del tema se encuentra en Bernal Pulido, Carlos y Fabra Zamora, Jorge (eds.), *La filosofía de la responsabilidad civil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013. Sobre sus aspectos jurídicos específicos, recomiendo la lectura de Yzquierdo Tolsada, Mariano, *Responsabilidad civil extracontractual*, 5a. ed., Madrid, Cuatrecasas-Dykinson, 2019, y el clásico estudio de Díez-Picazo, Luis, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999.

EL NUEVO DERECHO DE FAMILIA EN MÉXICO: CONFIGURACIÓN Y CASOS EMBLEMÁTICOS

cierta comprensión social del tema, pero no se traduce en un deber jurídico que se pueda imponer de manera coactiva. En otras palabras, no se puede obligar a una persona a serle fiel a su pareja, cada persona debe decidir sobre su propia conducta sexual conforme al criterio con el cual quiera ejercer su derecho al libre desarrollo de la personalidad en su faceta de derecho a la libertad sexual. En todo caso, si a una persona casada no le parece correcta la moral sexual de su cónyuge, puede solicitar el divorcio, pero no tiene derecho a obtener una indemnización por daño moral.

No cabe duda de que se trata de un pronunciamiento judicial que generará mucho debate y no estará exento de polémica, pero me parece que los argumentos que la Corte ofrece en la sentencia son bastante sólidos si dejamos a un lado cuestiones morales o incluso religiosas. Desde un punto de vista jurídico, me parece que nos encontramos ante un criterio garantista y progresista que trata a las personas como adultos y les reconoce ámbitos de decisión que les son propios acerca del rumbo de su vida, de sus concepciones morales, de sus relaciones con los demás y del ejercicio de su sexualidad.

Es interesante observar que la Suprema Corte precisa en la sentencia que sus consideraciones se aplican solamente al caso concreto, sin pronunciarse sobre otro tipo de reclamaciones que pudiera llegar a conocer en el futuro sobre, por ejemplo, las consecuencias jurídicas de un “ocultamiento doloso” sobre la paternidad de un hijo que sea producto de una infidelidad o sobre el contagio de enfermedades de transmisión sexual como consecuencia de esa conducta. Son temas que no fueron planteados por las partes y respecto de los cuales la Corte no se pronunció en el ADR 183/2017. Es importante tenerlo en cuenta para no extrapolar los razonamientos de esta sentencia a casos en los que concurren circunstancias diferentes, los cuales, seguramente, ameritarán una argumentación también distinta por parte de los tribunales que deban resolverlos.

Amparo en Revisión 852/2017

La filiación, es decir, el vínculo jurídico existente entre padres e hijos, es uno de los temas tradicionales del derecho de familia. También

MIGUEL CARBONELL

es una de las causas de muchos procesos judiciales, debido a factores culturales propios de la sociedad mexicana.

En el caso de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que resuelve el AR 852/2017, el tema se enfoca bajo un prisma novedoso, que en buena medida hace a un lado la idea de que la filiación proviene de un origen biológico o se construye a partir de un procedimiento jurídico, como lo es, por ejemplo, la adopción.

En el caso concreto, la Corte atiende el reclamo de una pareja de dos mujeres que solicitan que se reconozca como hijo de ambas al descendiente al que dio a luz una de ellas. Los argumentos formulados por las quejas y recurrentes son muy interesantes, ya que involucran el tema de la igualdad y la no discriminación para parejas del mismo sexo (al que ya nos hemos referido en el comentario previo a la sentencia del Amparo en Revisión 581/2012, *supra*), pero agregan dos elementos de la mayor relevancia: el interés superior del niño y la forma en la que se debe concebir la filiación (incluyendo la manera en la que la autoridad verifica que la existencia del vínculo filial, en efecto, se corresponda con una realidad biológica).

El fallo de la corte aborda el tema de los deberes del Estado en la supervisión del reconocimiento de filiación, ya que las quejas argumentan que si una pareja heterosexual registra a un niño como suyo, la filiación respecto a la madre se acredita a través de la prueba del parto (normalmente por medio de una constancia médica de alumbramiento), y respecto del padre, se logra mediante una presunción legal si el nacimiento se produjo durante la duración de un vínculo matrimonial y por la simple manifestación de la voluntad del interesado o también por sentencia judicial (seguramente previo desahogo de una prueba pericial en materia genética). En cambio, cuando se trata de una pareja de dos mujeres, se solicita la acreditación del vínculo genético, condición imposible de cumplir dado que, como es obvio, tal vínculo solamente puede existir respecto de una de las dos integrantes de la pareja.

Lo anterior se debe al hecho, reconocido por la Corte en la sentencia, de que la filiación natural fue establecida en los códigos civiles a partir de una concepción parental heterosexual, excluyendo, en consecuencia, a las parejas homosexuales de la posibilidad de ejercer un

EL NUEVO DERECHO DE FAMILIA EN MÉXICO: CONFIGURACIÓN Y CASOS EMBLEMÁTICOS

doble vínculo de paternidad o de maternidad. Dado que esa exclusión se basa en una categoría prohibida por la Constitución (las preferencias sexuales), la Suprema Corte la considera inconstitucional y en su lugar reconoce el derecho de una pareja compuesta por dos mujeres a ejercer la “comaternidad” de su hijo o hija, la cual no es diferente de cualquier otro ejercicio de crianza parental.

Para responder al conjunto de planteamientos que figuran en los agravios de las recurrentes, la Corte desarrolla un concepto novedoso, y que tendrá mucha aplicación en el futuro, cuando se hayan desarrollado a plenitud las técnicas de reproducción asistida; me refiero al concepto de “voluntad procreacional” como principio bioético de las personas. Esa voluntad se convierte en el factor determinante para el establecimiento del vínculo filial con el menor, de manera que a partir de su existencia se generan los derechos y obligaciones que tiene cualquier progenitor en la relación paternofamiliar. La voluntad procreacional consiste en el deseo de asumir a un hijo como propio aunque biológicamente no lo sea, dice la Corte en la sentencia.

La Corte también desarrolla el concepto y alcances del llamado “derecho a la vida privada y familiar”, tema que igualmente puede resultar aplicable a un número considerable de asuntos de derecho familiar. El fallo reitera la comprensión de la familia como concepto social y dinámico que el legislador está obligado a proteger, y no como un concepto ideal que se corresponda con una cierta visión religiosa o moral de las relaciones familiares, siguiendo la línea de diversos precedentes establecidos con anterioridad por la misma Suprema Corte.

Todo lo anterior nos permite afirmar que estamos ante una sentencia novedosa, que incluye diversos conceptos vanguardistas y, a partir de su dictado, de notable relevancia jurídica para la comprensión del nuevo derecho familiar mexicano.

Amparo Directo en Revisión 2293/2013

El derecho de alimentos es otro de los grandes temas del derecho de familia. Su alcance, como se sabe, no se reduce a aquello que es indispensable para sobrevivir, sino a lo que el acreedor alimentario ne-

MIGUEL CARBONELL

cesita para desarrollarse y vivir con dignidad, abarcando lo relativo a alimentación, educación, vivienda, esparcimiento, etcétera.

El origen de la obligación alimentaria está en el vínculo de solidaridad que debe existir entre quienes son familiares. Normalmente la obligación de proporcionar alimentos surge del parentesco y se satisface mediante la entrega de una pensión, o bien, a través de la realización de actividades que permitan cubrir las necesidades del acreedor alimentario.

La sentencia mediante la que se resuelve el Amparo Directo en Revisión 2293/2017 trata precisamente del deber de cubrir los alimentos, desarrollando la relación entre ese deber y el interés superior del niño, así como explicando el alcance y contenido de la propia obligación alimentaria. Pero no se queda en eso, sino que va más allá y entra el estudio de la aplicación retroactiva del pago de alimentos. Como podrá suponer el lector, se trata de un punto de vista que tiene un impacto potencial altísimo en un país como México, en el que existe una serie de dinámicas familiares de enorme complejidad que a veces generan que muchas mujeres cuiden y críen solas a sus descendientes, sin la menor ayuda de los progenitores.

El caso analiza concretamente dos disposiciones legislativas del estado de Sonora, que limitan los efectos de la pensión de alimentos cuando la paternidad es producto de una declaración judicial, para que dicha pensión se reconozca a partir de la fecha en la que fue presentada la correspondiente demanda.

La Corte señala que el vínculo paternofilial surge desde el momento del nacimiento, y que la sentencia que lo reconozca no tiene más que efectos declarativos, pero no constitutivos. Por tanto, la obligación se puede reconocer con carácter retroactivo, sin importar la fecha en la que fue presentada la demanda respectiva.

Es interesante observar que la Corte no hace un pronunciamiento de inconstitucionalidad de los artículos 18 y 19 del Código de Procedimientos Civiles de Sonora, sino que determina una “interpretación conforme” de los mismos, para que su aplicación se ajuste a lo establecido en la propia sentencia.

La argumentación de la Suprema Corte también se basa en los principios de igualdad y de no discriminación sobre los que ya hemos hecho algunas observaciones en los comentarios anteriores. Aquí lo novedoso

EL NUEVO DERECHO DE FAMILIA EN MÉXICO: CONFIGURACIÓN Y CASOS EMBLEMÁTICOS

es que la igualdad se predica entre los derechos de los hijos que fueron reconocidos como tales por su progenitor desde el momento del nacimiento y aquellos que lo fueron en una etapa mucho más avanzada de su vida, mediante un proceso judicial y su correspondiente declaratoria de paternidad.

Si el mandato de igualdad se traduce en la obligación que tienen las autoridades, pero también los particulares, de no distinguir entre personas que están en situaciones iguales o muy semejantes, entonces no cabría establecer diferencias entre los hijos. Aquellos que fueron reconocidos como tales desde el momento del nacimiento seguramente nacieron de una relación matrimonial o de concubinato; quienes no lo fueron, es probable que hayan sido fruto de una relación extramatrimonial o de una unión no estable (en el caso que tuvo que resolver la Corte se trataba de lo primero: el padre estaba unido en matrimonio con una persona distinta a la madre del acreedor alimentario). Evidentemente, en aplicación del principio de no discriminación, se concluye que no existe ninguna razón válida para hacer distinciones entre los hijos, que lo son por igual y sin diferencia alguna de derechos respecto de su padre.

Lo anterior es importante en un país como México, en donde los hijos nacidos fuera del matrimonio o como resultado de relaciones extramatrimoniales han sufrido históricamente de una discriminación sistemática que, en ocasiones, ha producido incluso una especie de “invisibilización” o negación de su existencia. Por eso es que es positivo que la Corte afirme en la sentencia que en materia de filiación “rige un principio absoluto de igualdad”. En consecuencia, a ninguno de los hijos se le debe dar un trato inferior ni se le puede excluir de las oportunidades que tienen los demás.

Derivado de esa comprensión del principio de igualdad y no discriminación, es que la única conclusión admisible es la de retrotraer los efectos del reconocimiento de paternidad al momento del nacimiento, con todas las implicaciones que de dicho reconocimiento derivan en materia de pensión de alimentos.

Ahora bien, la Suprema Corte se da cuenta de las dificultades prácticas que dicha declaratoria judicial puede tener para hacerse efectiva, por lo que añade algunos matices importantes. Por ejemplo, la decla-

MIGUEL CARBONELL

ratoria de la obligación de alimentos retroactiva debe tomar en cuenta factores como si el padre sabía o no con anterioridad de la existencia de su descendiente, o incluso de su conducta procesal más o menos renuente al reconocimiento de sus obligaciones (lo que la Corte en la sentencia llama “buena o mala fe del deudor alimentario”). Esos elementos cobran relevancia para la determinación del *quantum* de la obligación alimentaria, de modo que se logre un equilibrio entre los factores relevantes para determinar el alcance de ésta.

En todo caso, la sentencia establece el deber del juzgador ordinario de analizar este tipo de casos bajo la metodología de la perspectiva de género, evitando incurrir en prejuicios o estereotipos respecto de los deberes maternos de crianza y cuidado. Esto significa, por ejemplo, que no puede entenderse que la madre hizo la aportación que le hubiera correspondido a ambos progenitores, ya que sobre ella no puede descansar el deber unilateral de manutención de los hijos. El juzgador debe darse cuenta de la especial situación de vulnerabilidad de las madres solteras y del contexto social que las rodea, tanto a ellas como a sus hijos nacidos fuera del matrimonio.

Como podrá imaginar el lector, los señalamientos de esta sentencia abren enormes posibilidades de nuevos planteamientos argumentativos en los procesos judiciales en los que se demande el reconocimiento de paternidad y la correspondiente satisfacción del derecho de alimentos.

Amparo Directo en Revisión 1958/2017

La sentencia del ADR 1958/2017⁴¹ aborda el tema de la guarda y custodia de menores en los casos de separación o divorcio de los padres. Pero trata también de otros asuntos, como por ejemplo, los prejuicios de género, la representación social del papel de padres y madres respecto a sus menores hijos y la forma en la que se deben argumentar decisiones tan relevantes para la vida de los hijos como lo es aquella que decide con cuál de sus padres van a vivir.

⁴¹ Sentencia del Amparo Directo en Revisión 1958/2017 de la SCJN, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=213507>.

EL NUEVO DERECHO DE FAMILIA EN MÉXICO: CONFIGURACIÓN Y CASOS EMBLEMÁTICOS

La idea que subyace a la sentencia y que es analizada por la Suprema Corte es la de que la madre es la más indicada para hacerse cargo de la crianza de los hijos. Pero dicha idea refleja, más bien, una serie de costumbres imperantes en el modelo tradicional de familia, que puede o no corresponder a la realidad de un caso concreto. Por eso es que el juzgador debe analizar caso por caso, y debe hacerlo, además, de manera desprovista de prejuicios, a fin de salvaguardar debidamente el interés superior del niño.

En el caso concreto, se dan algunas circunstancias que ameritan una observancia muy puntual de lo que se acaba de señalar, ya que ambos progenitores desplegaron sobre sus hijas conductas de violencia familiar (aunque en distinto grado) y ambas niñas estaban entrando en la etapa de la pubertad (cuestión que fue determinante para que en las instancias inferiores se decidiera que su desarrollo integral iba a estar mejor resguardado si la guarda y custodia se asignaba a la madre).

La protección del interés superior del niño exige tomar en cuenta las dinámicas del núcleo familiar de que se trate, en vez de realizar juicios abstractos o generales. Esto supone la obligación del juzgador de llevar a cabo un análisis de razonabilidad para determinar, a la luz de las circunstancias del caso concreto, qué es lo que más conviene para el bienestar de cada menor. El juez debe guiarse no por estereotipos o representaciones sociales de la idoneidad de cierto progenitor, sino que debe tener como elemento central de decisión el bienestar de los hijos solamente.

Decisiones como ésta son una llamada de atención sobre todo para los jueces de primera instancia, que en materia familiar están casi siempre saturados de trabajo y tienen una gran presión para resolver los asuntos sometidos a su consideración. El exceso de asuntos a veces tiene como consecuencia que decidan de forma atropellada, considerando los supuestos establecidos por la ley, pero sin añadir en su argumentación los elementos específicos del caso concreto que pudieran ser relevantes para tomar su decisión.

A partir de lo señalado por la Suprema Corte, los juzgadores que resuelvan asuntos familiares deberán ser más acuciosos en las argumentaciones de sus sentencias, incluyendo, desde luego, razonamientos basados en los derechos humanos de las partes, así como en

MIGUEL CARBONELL

principios de gran relevancia y de obligatoria observancia, como lo es el interés superior del niño.

Amparo Directo en Revisión 5490/2016

En esta sentencia la Suprema Corte aborda el tema de la violencia familiar, pero lo hace desde el punto de vista de la responsabilidad civil y no penal. El análisis judicial del contexto de violencia que se suscita en la dinámica de muchas relaciones familiares es de la mayor relevancia, ya sea para las determinaciones de responsabilidades penales o civiles.

Infelizmente, en México se producen millones de actos de violencia familiar, muchos de los cuales quedan en la más absoluta impunidad. Es importante que cada vez que llegue ante la mesa de un juzgador un asunto en el que pueda estudiarse el tema, no se deje pasar la oportunidad de ir más allá de formalismos y desarrollar a plenitud todas las competencias judiciales para remediar, en la medida de lo posible, el sufrimiento y aflicción de las víctimas.

Para hacerlo, dice la Suprema Corte en la sentencia mediante la que resuelve el ADR 5490/2016,⁴² que el juzgador debe tomar en cuenta la metodología de la perspectiva de género que le permite advertir la existencia de situaciones de poder o contextos de desigualdad estructural entre cónyuges o convivientes. También se debe realizar una interpretación de las normas aplicables que no extienda o permita un contexto de discriminación de género, ya que a veces una regulación normativa, aparentemente neutral, en realidad supone una discriminación *de facto* (también llamada “discriminación indirecta”). En tercer lugar, el juzgador, al emplear la perspectiva de género, amplía sus capacidades de dirección del proceso hacia las cuestiones probatorias, de modo que, si el caso lo exige, habrá de ordenar el desahogo de material probatorio que las partes no le allegaron o no fueron capaces de presentar.

⁴² Sentencia del Amparo Directo en Revisión 5490/2016 de la SCJN, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=204632>.

Una vez que la Suprema Corte construye la argumentación mediante la que se determina la aplicabilidad de la perspectiva de género al caso bajo análisis, la sentencia aborda el concepto de la figura de la “compensación” a la luz de la llamada “doble jornada” que muchas mujeres deben desarrollar en México.

La compensación busca, justamente, compensar el costo de oportunidad sufrido por la mujer que, habiéndose dedicado al hogar y a la crianza de los hijos, no pudo desarrollarse en el mercado convencional de trabajo dedicándole igual tiempo, intensidad y diligencia que su cónyuge. No se trata de una forma de sancionar al cónyuge que sí pudo trabajar a plenitud y obtener los correspondientes beneficios económicos, sino que el objetivo de la compensación es reparador y puede dictarse en beneficio de hombres o de mujeres en función de las circunstancias del caso concreto.

La sentencia también reconoce el valor del trabajo en el hogar, entendido no solamente como un trabajo material que hace de manera personal y directa cualquier persona, sino también como una labor de dirección y gestión del hogar a través de tareas organizativas y logísticas.

En el caso concreto, se trataba de una mujer que se había dedicado al hogar, pero también había incursionado en el mercado de trabajo. Ese hecho no la excluye de ser merecedora de la figura de la compensación, señala la Corte en su sentencia.

También se analizan —de manera vanguardista, desde mi punto de vista— los temas del derecho a una reparación integral y de la responsabilidad civil extracontractual por daño moral originado por hechos de violencia familiar.

En este último punto, la Corte aplica la doctrina tradicional de la responsabilidad civil extracontractual a la que ya nos referimos en el comentario de la sentencia que resuelve el ADR 183/2017, en el que se reclamaba una indemnización por daño moral originado por la infidelidad sexual de uno de los cónyuges.

Lo interesante es que la Corte considera que la violencia familiar sí puede dar lugar a una responsabilidad civil que se debe regir por los principios del derecho a recibir una justa indemnización. Esto abre la puerta a interesantes planteamientos argumentativos que podrán hacerse en

MIGUEL CARBONELL

casos futuros, en los que, dentro de asuntos que se tramiten ante una jurisdicción civil o familiar, se puedan acreditar elementos de violencia familiar.

La Corte señala que dicha responsabilidad civil se produce cuando se acredita la existencia de un hecho ilícito,⁴³ la generación de un daño y el nexo causal entre ese hecho y el daño producido.⁴⁴ Si se logran acreditar tales elementos, puede surgir el deber de otorgar una indemnización económica.

En el caso de violencia familiar, la Corte señala en su sentencia que se pueden producir daños indemnizables de carácter moral y patrimonial. Dichos daños pueden generarse en el cónyuge, en los hijos, o en ambos. En la sentencia se hacen algunos señalamientos para determinar el monto de la indemnización, lo cual es una tarea nada sencilla para los juzgadores que conocen de estos temas.⁴⁵

En todo caso, se trata de un pronunciamiento que nos permite observar líneas argumentativas novedosas que serán útiles para los lectores en la redacción de planteamientos para casos futuros, a la vez que nos ilustra sobre cuestiones complejas de la teoría tradicional del derecho civil (como lo es el tema de la responsabilidad civil) que se pueden aplicar perfectamente a los procesos familiares, junto con consideraciones que normalmente se formulan en procesos en los que se alegan violaciones de derechos humanos —me refiero, como es obvio, al derecho a la reparación integral, que se encuentra, como uno de sus fundamentos más conocidos, en el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos—.⁴⁶ Todo ello hace que esta sentencia sea una referencia indispensable en la moderna concepción del derecho familiar mexicano.

⁴³ Yzquierdo Tolsada, Mariano, *Responsabilidad civil extracontractual*, 5a. ed., Madrid, Cuatrecasas-Dykinson, 2019, pp. 155 y ss.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 211 y ss.

⁴⁵ Ver al respecto la obra colectiva *El daño moral y su cuantificación*, 2a. ed., Barcelona, Bosch-Wolters Kluwer, 2017.

⁴⁶ Para una exposición muy completa del tema de las reparaciones en materia de derechos humanos, sugiero la lectura de la obra de García Ramírez, Sergio y Benavides Hernández, Marcela, *Reparaciones por violación de derechos humanos. Jurisprudencia interamericana*, México, Porrúa, 2014.

Amparo en Revisión 518/2013

Cuando estudiaba el doctorado en España, a finales de los años noventa del siglo pasado, uno de los libros que más me impresionó fue *El derecho dúctil*, del profesor y magistrado constitucional italiano Gustavo Zagrebelsky, traducido al castellano por la profesora Marina Gascón y publicado por la prestigiosa editorial Trotta (la primera edición española es de 1995).⁴⁷ En la parte final del libro, Zagrebelsky narra un caso que llegó al conocimiento de los tribunales italianos y que generó una conmoción mediática: el caso *Serena*, que trataba de un complejo y muy disputado proceso de adopción internacional que, a la postre, fue anulado.

La niña Serena era de origen filipino, tenía tres años cuando acontece el debate judicial sobre su adopción, y había sido abandonada por sus padres biológicos en un cubo de basura de su ciudad natal. Fue adoptada por una familia humilde italiana que vivía en un pueblo cercano a Turín, pero en el proceso de adopción no se cumplieron los trámites que ordena la ley y que existen para evitar el nada deseable tráfico de infantes. A la postre los jueces italianos, en contra de la opinión pública mayoritaria y de la llamada de alarma de destacados personajes políticos (incluyendo al entonces presidente de la República), ordenaron devolver a Serena a su país de origen.⁴⁸

Se trataba de un caso trágico (Manuel Atienza ha escrito un conocido ensayo explicando el concepto de los casos “trágicos” y las dificultades de resolverlos), cuya solución hubiera obligado a prescindir de alguno de los principios aplicables: o se hacía prevalecer el interés superior de la niña Serena y se le dejaba con sus padres adoptivos a pesar de las violaciones que se produjeron en el proceso de adopción; o bien, se le daba mayor relevancia a las normas que impiden el tráfico de menores y se devolvía a Serena a Filipinas. No había punto medio, al parecer.⁴⁹

⁴⁷ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1995.

⁴⁸ Sobre el caso hay un pequeño ensayo de la notable escritora Natalia Ginzburg que está traducido al español: *Serena Cruz o la verdadera justicia*, Barcelona, Acantilado, 2010.

⁴⁹ En Colombia la Corte Constitucional tuvo que decidir sobre un caso relativamente parecido. Ver la sentencia dictada en el caso T-292, de 2004.

MIGUEL CARBONELL

Lo anterior viene a cuento porque el caso que la Suprema Corte debe resolver en el AR 518/2013⁵⁰ guarda cierta semejanza con el caso *Serena*. Se trata de un proceso de adopción internacional por medio del cual una pareja italiana se lleva a vivir a Italia a tres menores de edad mexicanos que vivían en un orfanato desde hacía años. Estos tres menores tenían un hermano más pequeño que fue adoptado por una pareja de Guadalajara y que, en consecuencia, se quedó a vivir en México. Los hermanos, que habían convivido desde su nacimiento, fueron separados.

Los cuatro hermanos vivían en una casa hogar del municipio de Arandas, Jalisco, desde que tenían tres años, dos años, un año y tres meses de edad, respectivamente. Llegaron a la casa hogar llevados por su madre, quien constaba como tal en las actas de nacimiento, sin que se supiera nada del padre. Las autoridades locales promovieron y desahogaron un proceso de pérdida de patria potestad. Terminado ese proceso, se inició otro para permitir que los menores fueran adoptados, lo cual, finalmente, sucedió como ya se dijo.

Luego de aparecer una noticia sobre el caso en la edición de Jalisco del periódico *Milenio*, el abuelo materno de los niños promovió un juicio de amparo que, luego de recorrer las instancias competentes, llegó a la Suprema Corte. Ese es el asunto que se resuelve mediante la sentencia del AR 518/2013.

Además de lo llamativas y dolorosas que pueden ser las circunstancias del caso concreto, creo que tienen un gran interés los argumentos de la Suprema Corte sobre la forma en la que deben llevarse a cabo las adopciones (en las que debe observarse siempre el principio del interés superior del niño) y si en su desahogo se deben llamar o no a algunos familiares de los niños para que intervengan de la manera en la que lo consideren oportuno. En particular, la Corte analiza con detalle la forma en la que deben realizarse las adopciones internacionales, ya que pueden tener consecuencias mucho más difíciles de reparar que las adopciones nacionales.

⁵⁰ Sentencia del Amparo en Revisión 518/2013 de la SCJN, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=157041>.

EL NUEVO DERECHO DE FAMILIA EN MÉXICO: CONFIGURACIÓN Y CASOS EMBLEMÁTICOS

Al final, la Corte decide hacer una ponderación a través de la cual decide si debe pesar más el bienestar de los niños que ya vivían en Italia con su familia adoptiva, o el principio de no separar a los hermanos.

La solución a la que llegan los ministros es interesante: le dan más peso a la realidad familiar en la que ya viven los menores, asegurando su bienestar emocional, de modo que los que viven en Italia se quedan allá y el menor que fue adoptado por una pareja de Guadalajara se mantiene con sus padres adoptivos.

Amparo en Revisión 121/2013

En esta sentencia la Suprema Corte analiza un proceso judicial en el que chocan el derecho a la identidad (particularmente el derecho de una persona a conocer su origen biológico) y el derecho al debido proceso (en su vertiente de acceder a una impartición de justicia pronta y expedita, en la que se observen las formalidades esenciales del procedimiento).

La sentencia es interesante porque nos permite obtener una visión clara y actualizada de un derecho poco estudiado, como lo es el derecho a la identidad (configurado por la Suprema Corte en anteriores pronunciamientos, como por ejemplo en el Amparo Directo en Revisión 2750/2010).⁵¹ El fallo que comentamos también aborda el contenido y alcance del derecho al debido proceso, que sí ha sido objeto de un desarrollo más amplio tanto a nivel doctrinal como en la jurisprudencia de nuestros tribunales federales y en la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁵²

En el caso concreto se aborda el análisis de un proceso que se origina por la pretensión de una persona mayor de edad para conocer su

⁵¹ Sentencia del Amparo Directo en Revisión 2750/2010 de la SCJN, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=122919>.

⁵² Ver sobre el tema Carbonell, Miguel, *El debido proceso*, México, Tirant, 2019. Para una visión sobre la jurisprudencia interamericana en la materia, ver García Ramírez, Sergio, *El debido proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana*, 2a. ed., México, Porrúa, 2014.

MIGUEL CARBONELL

origen biológico por línea paterna. Para tal efecto se ofrece en el juicio la prueba pericial en materia genética, la cual es admitida y se sigue el trámite normal en estos casos para permitir su correcto desahogo. Sin embargo, el día fijado para la realización de la prueba, la perito designada por la parte actora no acude a la realización de la diligencia, sin que exista justificación alguna sobre su ausencia.

Eso genera un interesante debate sobre la manera en la que se debe resolver una eventual colisión entre las pretensiones de la parte actora para conocer su origen biológico y el debido proceso del demandado, a quien se le causa un perjuicio por el mero hecho de tener que atender un proceso judicial que se prolonga en el tiempo por razones ajenas a su voluntad (más bien, como resultado de la falta de esmero y cuidado de la parte actora).

Dado ese contexto de discusión, la Corte lleva a cabo una “ponderación” de derechos de la que el lector seguramente mucho aprenderá.⁵³ La lectura de la sentencia permite advertir que el logro de los objetivos que persiguen principios esenciales del derecho de familia (como el ya referido conocimiento del propio origen biológico, considerando la gran relevancia que eso puede tener en la vida de una persona) no puede hacerse al margen de otros principios generales del ordenamiento jurídico, que además tienen rango constitucional y están contemplados como derechos fundamentales (el derecho al debido proceso, en el caso que nos ocupa).

Una importante lección de la sentencia es que se debe estar muy atento a que se cumplan de manera estricta las formalidades del procedimiento. No es algo de lo que deban ocuparse solamente los jueces, sino que creo que es un mensaje que se aplica también —y de manera preponderante— a los abogados. Algo tan aparentemente menor en el

⁵³ Sobre las técnicas argumentativas de la ponderación y la proporcionalidad existe una abundante literatura especializada. Ver, por ejemplo, Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, CEPC, 2007; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003; Barak, Aharon, *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Lima, Palestra, 2017; Montealegre Lynett, Eduardo et al. (comps.), *La ponderación en el derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014; Carbonell, Miguel (coord.), *Argumentación jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, 4a. ed., 3a. reimp., México, Porrúa-UNAM, 2019.

EL NUEVO DERECHO DE FAMILIA EN MÉXICO: CONFIGURACIÓN Y CASOS EMBLEMÁTICOS

marco de un proceso judicial de alta complejidad, como lo es que el perito acuda a la audiencia en la fecha y hora señaladas por el tribunal, puede arruinar los esfuerzos que se hayan hecho para construir una gran argumentación. Todo abogado debe tenerlo presente.

Juicio de Amparo Directo 9/2016

México tiene una intensa y larga historia de migraciones. Durante diversos momentos de su historia ha sido un país de llegada de inmigrantes, de expulsión de personas que se han ido a vivir a otros países (sobre todo a los Estados Unidos) y de tránsito de personas hacia terceros países (en especial de migrantes de Centroamérica en su paso hacia Estados Unidos).

El tema de esa humanidad migrante es el cuadro de fondo que aparece en la sentencia que estamos comentando, puesto que todo se origina por la disputa que una pareja mexicana que vive en Estados Unidos tiene sobre su hija menor de edad.

La Corte analiza, en la sentencia del AD 9/2016,⁵⁴ el tema de la sustracción internacional de menores, donde perfila en su pronunciamiento un novedoso “derecho al contacto transfronterizo”, que resulta aplicable a casos en los que se ejerce el derecho de visita de los menores cuando sus padres viven en dos países diferentes, así como el papel que deben jugar las autoridades administrativas y judiciales en la garantía efectiva de los derechos de todos los involucrados.

Es interesante observar la manera en que la Corte aplica el principio de restitución inmediata que rige en los casos de sustracción de menores, pero dejando a salvo el derecho de visita a favor del padre y de su hija menor de edad, así como la detallada aplicación que realiza la sentencia del Convenio de la Haya de 1980 en la materia.

Hay también un minucioso análisis de la técnica procesal del amparo y, en concreto, de la causal de improcedencia prevista en el artículo 61, fracción XVI, de la Ley de Amparo en el caso de actos que se hayan consumado de manera irreparable.

⁵⁴ Sentencia del Amparo Directo 9/2016 de la SCJN, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=194791>.

MIGUEL CARBONELL

La sentencia del AD 9/2016 nos permite observar las condiciones en extremo complicadas que pueden suponer el ejercicio de los derechos que derivan de una relación paternofamiliar en el marco de un divorcio o separación de los progenitores. En el caso particular, por las circunstancias de los padres, que viven en dos países diferentes.

También podrá ver el lector que decida revisarla, los planteamientos que la sentencia hace sobre el grado de adaptación de la niña al entorno familiar del padre y sus demás familiares en México, así como la forma en la que dicha adaptación debe ser acreditada ante la autoridad judicial.

Por último, creo que es interesante ver el papel de la Secretaría de Relaciones Exteriores, no solamente respecto a su participación en los procesos judiciales en los que exista sustracción de menores, sino en la compleja tarea de dar seguimiento al cumplimiento de obligaciones generadas a partir del derecho al contacto familiar transfronterizo. El papel de la Cancillería mexicana es indispensable en este tipo de asuntos, y debemos asegurarnos de que se realice con una gran diligencia profesional, en tutela de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Revista de Derecho Privado, Cuarta Época,
año VII, núm. 17, enero-junio de 2020

DOCTRINA INTERNACIONAL



El uso de mandatarios en los derechos de garantías mobiliarias hongkonés e inglés

Private Receivers in Hong Kong and British Secured Transactions Law

Raúl Iturralde González*

RDP

Resumen

México ha modificado su derecho con respecto a las garantías mobiliarias en las últimas décadas. Estas modificaciones se han basado, sobre todo, en el derecho norteamericano del artículo 9o. del Código Comercial Uniforme. Sin embargo, existen otras formas de lidiar con estos asuntos dentro del mismo sistema del *common law*. El sistema hongkonés (que está basado en el sistema inglés) no ha adoptado un sistema uniforme como el del mencionado artículo 9o., por lo que contiene variadas formas de garantía. Asimismo, en el derecho hongkonés existe la posibilidad de nombrar un mandatario, quien tomará posesión del bien, para la ejecución de la garantía y vigilar el pago de la deuda.

PALABRAS CLAVE: garantías mobiliarias, derecho hongkonés, mandato, derecho mercantil.

* Profesor en la Escuela Nacional de Estudios Superiores, unidad Juriquilla, UNAM. Ex-Visiting Fellow en la City University de Hong Kong (2018-2019), correo electrónico: dr.rauliturralde@gmail.com.

RAÚL ITURRALDE GONZÁLEZ

Abstract

The law regarding mexican secured transactions has been reformed in the last decades. These modifications have been based, specially, in the American article 9 of the uniform commercial code. However, the common law system has other forms to deal with these issues. The Hong Kong system (which is based on the English system) has not adopted a uniform system as the one in the aforementioned article 9; therefore, different forms of secured transactions exist in Hong Kong. Moreover, the Hong Kong system offers the possibility of naming an agent, who will take possession of the secured good, for the execution of a secured transaction ensuring the payment of the debt.

KEYWORDS: secured transactions, Hong Kong law, agency, commercial law.

Sumario:

1. Introducción.
2. El sistema jurídico de Hong Kong.
3. El derecho norteamericano de garantías mobiliarias.
4. El derecho inglés de garantías mobiliarias.
 - A. Mortgages
 - B. Pledges
 - C. Liens
 - D. Otros tipos de instrumentos para garantizar el cumplimiento de obligaciones
 - E. La prelación en el derecho inglés de garantías mobiliarias
5. El mandato en el derecho del *common law* inglés.
6. La *charge* en los derechos inglés y hongkonés de garantías mobiliarias.
7. El uso de mandatarios en el derecho hongkonés de garantías mobiliarias.
8. Conclusión.
9. Bibliografía.

1. Introducción

Durante una plática con profesores de la City University de Hong Kong respecto al tema de las garantías mobiliarias en México, surgió una pregunta que se me hizo interesante: “¿es posible que las partes nombren

EL USO DE MANDATARIOS EN LOS DERECHOS DE GARANTÍAS MOBILIARIAS HONGKONÉS E INGLÉS

a un mandatario para que se encargue de liquidar/administrar el bien dado en garantía?” La cuestión me pareció intrigante, puesto que no recordaba haber estudiado una figura similar en el derecho norteamericano de garantías mobiliarias —el cual asumí sería el más similar al derecho hongkonés—, y tampoco me parecía que el derecho mexicano permitiera ese tipo de ejecución.

Al estudiar el derecho hongkonés —y por lo tanto, el inglés, como se verá más adelante— pude apreciar las diferencias que tiene con el derecho norteamericano. Los derechos inglés y hongkonés no están tan estructurados y unificados como el derecho norteamericano y, por lo tanto, su estudio se vuelve más enredado y complejo.

Para entender esta figura de un mandatario responsable de ejecutar una garantía mobiliaria, este trabajo empezará describiendo el derecho hongkonés y su relación con el derecho inglés. Después, se hará una breve descripción del derecho norteamericano de garantías mobiliarias como base para el estudio del derecho hongkonés. Se procederá a describir los diferentes tipos de garantías mobiliarias en el derecho inglés, seguido de una descripción de la figura del mandato en dicho derecho. Se procederá también a describir la garantía mobiliaria en la que se da la figura del mandatario descrita, la cual será analizada al final del trabajo. Este trabajo es una descripción del uso de mandatarios para la ejecución de garantías mobiliarias en Hong Kong.

2. El sistema jurídico de Hong Kong

En 1842 el imperio británico asumió control sobre la isla de Hong Kong,¹ con lo que empezó su dominio sobre el homónimo territorio. Dicho dominio terminó en 1997, cuando el territorio de Hong Kong fue regresado a la República Popular de China.² Esto haría pensar que Hong Kong se rige bajo un derecho mixto, sin embargo, el sistema legal de Hong Kong continúa basado en el *common law* inglés.³

¹ Srivastava, D. K. (coord.) *Business Law in Hong Kong*, 5a. ed., Hong Kong, Thomson Reuters, 2017, p. 3, párr. 1.002.

² *Ibidem*, párr. 1.001.

³ *Ibidem*, párr. 1.002.

RAÚL ITURRALDE GONZÁLEZ

Como parte del acuerdo entre el Reino Unido y China, se estableció que las leyes que regían Hong Kong se mantendrían por 50 años después del retorno del territorio a China.⁴ Esto quiere decir que, en práctica, el derecho inglés se ha mantenido como base del derecho hongkonés. Así quedó establecido en lo que podría considerarse la “Constitución” de Hong Kong, la *Basic Law*: “Las leyes que se aplicarán en la Región Administrativa Especial de Hong Kong serán esta ley, las leyes previamente aplicables en Hong Kong de acuerdo con el artículo 8o. de esta ley, y las leyes promulgadas por la legislatura de la Región”.⁵

El mismo artículo nos indica que, a excepción de leyes nombradas en el anexo III de la *Basic Law*, las leyes nacionales de la República Popular de China no serán aplicables en Hong Kong.⁶ También nos remite al artículo 8o., el cual enumera qué leyes se seguirán aplicando en Hong Kong:

Las leyes previamente aplicables en Hong Kong, es decir, el *common law*, las reglas de *equity*, las leyes escritas [*ordinances*], la legislación secundaria, y la ley consuetudinaria se mantendrán, excepto por cualquiera que contradiga esta ley, y sujeta a cualquier enmienda por parte de la legislatura de la Región Administrativa Especial de Hong Kong.⁷

Hasta el retorno de Hong Kong en 1997, el precedente creado por las cortes inglesas aplicaba en Hong Kong.⁸ Esto quiere decir que el precedente inglés creado después del 30 de junio de 1997 es consi-

⁴ Joint Declaration of the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the People's Republic of China on the Question of Hong Kong [Declaración en conjunto del gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y del gobierno de la República Popular de China con respecto a la cuestión de Hong Kong], Beijing, 19 de diciembre de 1984, artículo 3o., secciones (3) y (12), disponible en: <https://www.cmab.gov.hk/en/issues/jd2.htm> (en inglés). También *Basic Law* (1997), artículo 18, disponible en: https://www.basiclaw.gov.hk/en/basiclawtext/chapter_2.html (HK) (en inglés).

⁵ *Basic Law* (1997), artículo 18 (traducción del autor).

⁶ *Idem*.

⁷ *Basic Law* (1997), artículo 8o. (traducción del autor).

⁸ Application of English Law Ordinance, cap. 88, artículo 3(1) (derogada), en Srivastrava, *op. cit.*, p. 14, párr. 1.053.

EL USO DE MANDATARIOS EN LOS DERECHOS DE GARANTÍAS MOBILIARIAS HONGKONÉS E INGLÉS

derado bastante persuasivo, pero no obligatorio.⁹ En resumen, el derecho hongkonés se puede considerar una versión del derecho inglés, tanto, que las escuelas de derecho usan libros ingleses para enseñar a sus alumnos.¹⁰

Por lo tanto, estudiar el derecho hongkonés implica estudiar el derecho inglés. Es por esto por lo que las primeras partes de este trabajo se enfocan en describir el derecho inglés de garantías mobiliarias y del mandato. Los principios de estos derechos se aplican en Hong Kong. La última parte de este trabajo se enfoca en el derecho hongkonés en específico, debido a que el derecho inglés se ha modificado y ya no aplica de la misma manera.¹¹

3. El derecho norteamericano de garantías mobiliarias

El derecho norteamericano de garantías mobiliarias se diferencia del derecho inglés en la existencia del artículo 9o. del Código Comercial Uniforme.¹² Antes de la aparición de este artículo 9o. los derechos norteamericano e inglés se asemejaban en la existencia de diversos instrumentos de garantía con diferentes regulaciones y requisitos.¹³ Nos explica el profesor Peter Winship que el problema se agravaba por el hecho de que las garantías mobiliarias son reguladas al nivel estatal en los Estados Unidos, con lo cual existían diferentes leyes —escritas y basadas en precedente— en cada estado de la Unión.¹⁴

Los intentos por homogeneizar la regulación de los distintos instrumentos de garantía habían creado algunas leyes uniformes que,

⁹ *Ibidem*, p. 14, párr. 1.053.

¹⁰ Véase, por ejemplo, City University of Hong Kong, programa de la asignatura Commercial Law LW5658, semestre A (2017-2018), disponible en: <http://www.cityu.edu.hk/catalogue/pg/201819/course/LW5658.pdf>.

¹¹ Véase *infra*, nota 162 y texto que la acompaña.

¹² Uniform Commercial Code (1951, National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and American Law Institute) (varias versiones publicadas desde esa fecha).

¹³ Véase Winship, Peter, "An Historical Overview of UCC Article 9", en Gullifer, Louise y Akseli, Orkun (eds.), *Secured Transactions Law Reform, Principles, Policies and Practice*, S. L. I., Hart Publishing, 2016, pp. 21-23.

¹⁴ *Idem*.

RAÚL ITURRALDE GONZÁLEZ

en realidad, tuvieron poco éxito.¹⁵ No fue sino hasta que se empezó a desarrollar la idea de crear un código comercial uniforme que se buscó el incluir los distintos instrumentos de garantía bajo una misma ley.¹⁶ El trabajo de crear un código uniforme fue tomado por la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, con ayuda del American Law Institute, y se nombró como jefe de redacción al profesor Karl Llewellyn.¹⁷

Hasta ese momento —mediados de la década de los cuarenta—, el plan era el crear reglas uniformes para cada tipo de instrumento de garantía,¹⁸ sin embargo, cuando el borrador fue presentado para su aprobación, en 1949, fue rechazado y reenviado para ser modificado.¹⁹ Se propuso que en lugar de crear reglas para los distintos tipos de instrumentos que había entonces, se buscara el unificar los instrumentos bajo las mismas reglas.²⁰

Fue así como el derecho norteamericano introdujo la idea de un *security interest* unificado con reglas comunes para la creación, validez, perfeccionamiento, prelación y ejecución de las garantías mobiliarias.²¹ En otras palabras, no importa qué tipo de instrumento de garantía uses en el derecho norteamericano, éste va a encuadrarse como un *security interest* y sujetarse a las reglas prescritas en el artículo 9o.²² Existen excepciones, tal y como indican las secciones (c) y (d) del artículo 9-109, las cuales excluyen, entre otras cosas, las garantías creadas sobre bienes inmuebles.²³

¹⁵ Las leyes modelo respecto a compra-venta sin disposición de la propiedad (1918), *chattel mortgages* (1926) y *trust receipts* (1933) no fueron adoptadas por todos los estados. Winship, *op. cit.*, p. 22, n7.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 24-29.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 24 y 25.

¹⁸ *Ibidem*, p. 27.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ Propuesta de la profesora Allison Dunham durante la reunión anual de 1949. *Idem*.

²¹ *Ibidem*, p. 29.

²² Véase McCormack, Gerard, *Secured Credit Under English and American Law*, Cambridge University Press, 2004, p. 71.

²³ Uniform Commercial Code, 9-109 (2010, National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and American Law Institute), disponible en: <https://www.law.cornell.edu/ucc/9/9-109>.

EL USO DE MANDATARIOS EN LOS DERECHOS DE GARANTÍAS MOBILIARIAS HONGKONÉS E INGLÉS

Por lo tanto, el derecho de garantías mobiliarias de los Estados Unidos se caracteriza por la homogeneidad debido a que cualquier forma de instrumento de garantía —que no sea sobre bienes inmuebles— debe seguir las reglas del artículo 9o. El profesor McCormack nos da el ejemplo de un contrato de compraventa con retención de la propiedad (el vendedor retiene la propiedad sobre el bien hasta que se termine de pagar); en el derecho norteamericano esta retención se toma solamente como el otorgamiento de un *security interest*, y no como la retención de la propiedad sobre el objeto.²⁴

4. El derecho inglés de garantías mobiliarias

A diferencia del derecho norteamericano, el derecho inglés de garantías mobiliarias no está unificado. Éste abarca una gama de instrumentos que pueden usarse para garantizar una transacción.²⁵ Sin embargo, estos instrumentos responden a sus propias reglas. McCormack indica que los instrumentos de garantía pueden ser diferenciados entre legales y de equidad (*equity*), posesorios y no posesorios y consensuales y no consensuales.²⁶

Estas diferencias son importantes debido a que la clasificación de cada instrumento de garantía afectará los derechos y obligaciones de las partes. McCormack explica que los instrumentos legales (en oposición al de *equity*) son oponibles contra todo el mundo, mientras que los instrumentos de *equity* son oponibles contra todos menos contra un comprador de buena fe.²⁷ La distinción entre instrumentos posesorios y no posesorios se refiere a aquellos que requieren que el acreedor retenga el objeto garantía.²⁸

²⁴ McCormack, *op. cit.*, p. 72. Véase *infra* “Otros tipos de instrumentos para garantizar el cumplimiento de obligaciones”.

²⁵ Véase McCormack, *op. cit.*, pp. 39-46. También Hooley, R. J. A. et al., *Commercial Law, Text, Cases, and Materials*, 5a. ed., Oxford University Press, 2017, pp. 1007-1077.

²⁶ McCormack, *op. cit.*, p. 39. Véase *infra* nota 46 y texto que la acompaña.

²⁷ *Ibidem*, pp. 39 y 40.

²⁸ *Ibidem*, p. 40.

RAÚL ITURRALDE GONZÁLEZ

Es en esta distinción entre instrumentos posesorios y no posesorios se encuentran nombres similares a los usados en el derecho norteamericano. Sin embargo, es importante no confundir los términos empleados en el derecho inglés. Por ejemplo, en el derecho inglés un *lien* es el equivalente a un *possessory lien* en el derecho norteamericano, puesto que depende de la retención física del objeto por parte del acreedor.²⁹ A continuación, se dará una breve explicación de distintos tipos de instrumentos de garantía en el derecho inglés.

A. *Mortgages*

Se podría pensar que los *mortgages* son el equivalente de las hipotecas en el derecho mexicano, pero los *mortgages* en el derecho inglés son bastante diferentes. La diferencia consiste en que el *mortgage* inglés implica una transferencia de la propiedad sobre el objeto con la reserva de que el acreedor se compromete a regresarlo una vez cumplida la obligación.³⁰ Los *mortgages* pueden ser legales o de *equity*, sobre bienes muebles o inmuebles³¹ o sobre bienes tangibles o intangibles.³²

B. *Pledges*

Los autores de la quinta edición de *Commercial Law* indican que las características de las *pledges* son:

- a) Creados mediante un contrato, b) la posesión sobre el bien (o títulos de crédito) debe ser dada al beneficiario, c) el dador tiene un

²⁹ Véase McCormack, *op. cit.*, p. 44. También, Uniform Commercial Code, 9-313 (2010, National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and American Law Institute), disponible en: <https://www.law.cornell.edu/ucc/9/9-313>.

³⁰ Hooley, *op. cit.*, pp. 1059 y 1060. Pero sólo con respecto a los *mortgages* legales, los *mortgages* de equidad dan un título de equidad al acreedor o constituyen un *trust* sobre la propiedad. *Ibidem*, p. 1063.

³¹ Los autores explican que los *mortgages* legales sobre bienes inmuebles ya no implican el cambio de propiedad en Inglaterra por aplicación de la ley de propiedad de 1925. *Idem*.

³² *Ibidem*, p. 1060.

EL USO DE MANDATARIOS EN LOS DERECHOS DE GARANTÍAS MOBILIARIAS HONGKONÉS E INGLÉS

derecho de redención al cumplir con la obligación asegurada (el beneficiario no tiene derecho de *foreclosure*), y d) el beneficiario recibe un “derecho especial de propiedad” sobre el objeto, que incluye un derecho legal [*common law*] de venta...³³

Este tipo de transacción asegurada es de las denominadas posesorias, dado que el acreedor obtiene la posesión sobre los bienes asegurados. Diferente del *mortgage*, el acreedor no obtiene la propiedad —aunque sea de manera temporal— sobre el bien.³⁴ Lo que el acreedor obtiene es un derecho de venta para pagar la deuda que además crea una obligación fiduciaria de devolver cualquier excedente al deudor.³⁵

C. *Liens*

Es importante no confundir los *liens* del derecho inglés con el vocablo *lien* usado en el Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos.³⁶ Lo que se entiende por *lien* en el derecho inglés es un derecho de retención sobre un objeto para el pago de una obligación.³⁷ Así lo describe el juez Grose “...un *lien* es el derecho que tiene un hombre de retener aquello en su posesión que le pertenece a otro, hasta que ciertas demandas del poseedor sean satisfechas”.³⁸ En cambio, este tipo de garantías se conocen como *liens* posesorios —para diferenciarlos del concepto de *lien*— en el Código de Comercio Uniforme norteamericano.³⁹

³³ *Ibidem*, p. 1025 (traducción del autor).

³⁴ *Idem*.

³⁵ *Ibidem*, pp. 1025 y 1026.

³⁶ El UCC norteamericano describe al *lien* como un tipo de gravamen (*encumbrance*). Uniform Commercial Code, 9-102(32) (2010, National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and American Law Institute), disponible en: <https://www.law.cornell.edu/ucc/9/9-102#encumbrance>.

³⁷ Hooley, *op. cit.*, pp. 1040 y 1041.

³⁸ *Hammonds v. Barclay* (1802) 2 East 22 (KB) (Gose J.), en Hooley, *op. cit.*, p. 1041 (traducción del autor).

³⁹ Uniform Commercial Code, 9-333 (2010, National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and American Law Institute), disponible en: <https://www.law.cornell.edu/ucc/9/9-333>.

RAÚL ITURRALDE GONZÁLEZ

A diferencia de la *pledge*, el derecho de retención de un *lien* inglés no otorga un derecho para disponer o vender la cosa asegurada.⁴⁰ Ese derecho debe ser requerido a la Corte, la cual puede ordenar la venta de un objeto que se encuentre sujeto a un proceso.⁴¹ Debido a que la Corte puede otorgar este derecho de venta gracias al derecho escrito, puede ser otorgado aunque no exista ese derecho en el *common law* or la *equity*.⁴²

Sin embargo, es importante mencionar que además del *lien* mencionado, que se conoce como *common law lien* o *possessory lien*,⁴³ el derecho inglés también reconoce un *lien* no posesorio, el *lien* surgido de la *equity* o *equitable lien*.⁴⁴ Este *lien* se “adhiera” (*attach*) a un objeto hasta que se dé el cumplimiento de una obligación.⁴⁵ A diferencia de las *charges*, el *equitable lien* surge por aplicación de la ley y no por convenio entre las partes, por lo que no es necesario registrarlos.⁴⁶

D. Otros tipos de instrumentos para garantizar el cumplimiento de obligaciones

Además de los instrumentos mencionados (y de las *charges*, que van a ser discutidas después) el derecho inglés cuenta con otras formas de garantizar el cumplimiento de obligaciones. Estos instrumentos son conocidos como *quasi-security* y se distinguen de los instrumentos de garantía en que los *quasi-securities* no otorgan derechos sobre objetos que puedan obligar (o ser oponibles) a terceros.⁴⁷ Los autores del libro

⁴⁰ Sin embargo, este derecho puede surgir por contrato, por costumbre comercial, por ley, o ser otorgado por la Corte. Hooley, *op. cit.*, p. 1041, 1053 y 1054.

⁴¹ *Ibidem*. p. 1054.

⁴² Decisión *Larner v. Fawcett* (1950) 2 All ER 727, análisis dado en Hooley, *op. cit.*, p. 1054.

⁴³ Hooley, *op. cit.*, p. 1041.

⁴⁴ *Ibidem*. p. 1077.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 1015 (citando a Goode, Roy M., “Security: A Pragmatic Conceptualist’s Response”, *Monash University Law Review*, vol. 15, 1989, pp. 361 y 362). Véase también McCormack, *op. cit.*, p. 51.

Commercial Law explican que la diferencia doctrinaria consiste en que los instrumentos de garantía implican un derecho otorgado por el deudor al acreedor, mientras que los *quasi-securities* implican un derecho retenido por el acreedor.⁴⁸

Entre los *quasi-security* se encuentran los contratos de *hire-purchase*. De acuerdo con los autores de *Commercial Law*, los contratos de *hire-purchase* aparecieron como una respuesta a la decisión dada en el caso *Lee v. Butler*.⁴⁹ El caso de *Lee v. Butler* consistió en un contrato de venta de muebles (disfrazado como un contrato de alquiler) en el que el vendedor retendría la propiedad sobre los mismos hasta que se pagara la deuda.⁵⁰

En el momento en que la deuda fuera liquidada, el comprador obtendría la propiedad sobre los muebles.⁵¹ Antes de haberse liquidado la deuda, el comprador vendió los muebles a un tercero.⁵² Por otro lado, el vendedor cedió derechos sobre los muebles a una tercera parte, quien demandó la propiedad de los muebles.⁵³ La corte decidió a favor del tercero, comprador de los muebles.⁵⁴

La decisión de la corte se basó en una excepción a la regla de que nadie puede recibir un mejor título que aquel perteneciente a la persona que vende (*nemo dat quod non habet*).⁵⁵ En respuesta a esto, y para evitar la aplicación de la excepción, los prestadores de dinero en Inglaterra modificaron sus contratos de préstamo para volverlos contratos de *hire-purchase*.⁵⁶ Ahora en lugar de que el comprador tuviera una obligación de comprar el bien al liquidar la deuda, solamente tendría una opción de compra.⁵⁷ Este cambio evita que la excepción de la regla *nemo dat* pueda ser aplicada a transacciones similares.⁵⁸

⁴⁸ Hooley, *op. cit.*, p. 1015.

⁴⁹ (1893) 2 QB 318 (CA), en Hooley, *op. cit.*, p. 413.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ *Idem*.

⁵² *Idem*.

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ *Ibidem*. pp. 413 y 414.

⁵⁷ *Ibidem*. p. 413.

⁵⁸ *Idem*.

RAÚL ITURRALDE GONZÁLEZ

En México, este tipo de contratos fueron adoptados y se conocen como contratos de arrendamiento financiero.⁵⁹ La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito incluye la característica de que el deudor, una vez que haya liquidado la deuda, tiene la “opción” de la compra del bien.⁶⁰ La retención de la propiedad por parte del vendedor es similar a otro tipo de instrumento *quasi-security*, el contrato de venta con retención de título (*retention of title clauses*).⁶¹

El contrato de venta con retención de título se refiere a una operación mercantil en la que las partes deciden que la propiedad sobre el objeto vendido la retendrá el vendedor hasta que un evento ocurra, usualmente el pago total del precio del contrato.⁶² Estos contratos son a veces llamados *Romalpa* por la decisión judicial que se toma como base para su regulación, *Aluminium Industrie Vaassen BV v. Romalpa Aluminium Ltd.*⁶³

El caso *Romalpa* se trató de una liquidación en la que se disputó la propiedad sobre aluminio sin procesar.⁶⁴ Las cláusulas del contrato especificaban que la propiedad sobre el aluminio sin procesar permanecería con el vendedor mientras el comprador no liquidara su deuda.⁶⁵ El contrato estipulaba, además, que el aluminio debía mantenerse separado, así como instrucciones de qué hacer con el dinero obtenido de la venta de productos elaborados con el aluminio.⁶⁶ Debido a eso, la corte decidió que el comprador estaba autorizado a vender el aluminio y productos elaborados con el mismo, pero siendo responsable de entregarle el dinero al vendedor.⁶⁷

Este tipo de acuerdos contractuales se encuentran regulados en Inglaterra, en la *Sale of Goods Act*, artículo 17, la cual faculta a las partes de

⁵⁹ Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, artículos 408-418, *Diario Oficial de la Federación*, 27 de agosto de 1932, últimas reformas, *Diario Oficial de la Federación*, 13 de junio de 2014.

⁶⁰ LGTOC, artículo 410 (I).

⁶¹ Véase Hooley, *op. cit.*, p. 497 y ss.

⁶² Hooley, *op. cit.*, p. 497.

⁶³ (1976) 1 WLR 676 (QB y CA), en Hooley, *op. cit.*, pp. 498-500.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 498.

⁶⁵ *Idem*.

⁶⁶ *Ibidem*. pp. 498 y 499.

⁶⁷ *Ibidem*. p. 500.

un contrato de compraventa a decidir el momento en que la propiedad del objeto pasa del vendedor al comprador.⁶⁸ La misma facultad puede encontrarse en el artículo 19 de la *Sale of Goods Ordinance* de Hong Kong.⁶⁹ En México es posible crear cláusulas de reserva de dominio en contratos de compraventa.⁷⁰ Los contratos de compraventa con reserva de dominio se registran como garantías mobiliarias en el Registro Único de Garantías Mobiliarias.⁷¹

E. La prelación en el derecho inglés de garantías mobiliarias

A diferencia del derecho norteamericano, donde la prelación de los distintos derechos de garantía se establece de acuerdo con su fecha de registro,⁷² en el derecho inglés la prelación depende del tipo de derecho constituido.⁷³ Nos explica el profesor Beale que a pesar de que el resultado es el mismo, es decir, el primero en tiempo es primero en derecho, técnicamente las garantías legales se rigen bajo la doctrina del *nemo dat*, mientras que las garantías de *equity* se rigen bajo la doctrina de *qui prior est tempore potior est jure*.⁷⁴

Nos recuerda el mismo profesor cuales son las diferentes formas de garantías legales y de *equity*: “Los intereses posesorios son, por su

⁶⁸ Sale of Goods Act (1979), artículo 17 (UK), disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54>, en Hooley, *op. cit.*, p. 501.

⁶⁹ Sale of Goods Ordinance (cap. 26), artículo 19 (HK), disponible en: https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap26?xid=ID_1438402907572_002. Por supuesto, este tipo de contratos crean una serie de problemas con respecto a la propiedad sobre bienes elaborados con materias primas, pero estos problemas van más allá del alcance de este trabajo. Para más información sobre el tema véase Hooley, *op. cit.*, pp. 501-514.

⁷⁰ Código Civil Federal, artículo 2310, fracción II, artículo 2312, *Diario Oficial de la Federación*, 26 de mayo, 14 de julio, 3 de agosto y 31 de agosto de 1928, últimas reformas, *Diario Oficial de la Federación*, 8 de marzo de 2018.

⁷¹ Reglamento del Registro Público de Comercio, artículo 32, fracción VI, *Diario Oficial de la Federación*, 24 de octubre de 2003, últimas reformas, 20 de diciembre de 2016.

⁷² Uniform Commercial Code, 9-322 (2010, National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and American Law Institute), disponible en: <https://www.law.cornell.edu/ucc/9/9-322>.

⁷³ Véase Beale, Hugh, *The Law of Security and Title-Based Financing*, 3a. ed., Oxford University Press, 2018, sección IV (edición para Kindle).

⁷⁴ *Ibidem*, p. 495, ubicación 25733.

RAÚL ITURRALDE GONZÁLEZ

naturaleza, legales. Todas las *charges* creadas sobre bienes personales [muebles] son de *equity*, mientras que los *mortgages* pueden ser legales o de *equity*".⁷⁵ La forma en que estos derechos interactúan dependerá de que tipo de intereses son.

Por ejemplo, el profesor Beale explica las diferentes reglas que aplican en la interacción entre intereses posesorios y no posesorios.⁷⁶ En el caso de garantías que se basan en la posesión del objeto (como las *pledges* y los *liens*), la posesión otorgará prelación sobre otro tipo de garantías constituidas con posterioridad.⁷⁷ En cambio, un *legal mortgage* seguido por una *pledge* significaría que el ahora poseedor del objeto lo tomaría sujeto al *mortgage*.⁷⁸ Otro grado de dificultad se agrega al considerar que todos estos ejemplos presumen el debido registro de los intereses no posesorios (cuando sea necesario).⁷⁹ El no registro en tiempo elimina la prelación de las garantías.⁸⁰

Esto es en relación con garantías basadas en la posesión del bien. Complicaciones aparecen cuando se analiza la situación de intereses no posesorios y *quasi-securities*. Cuando se trate de determinar la prelación entre intereses no posesorios, la regla del primero en tiempo aplicará.⁸¹ Cuando se trate de *quasi-securities*, como las cláusulas de retención de la propiedad, la regla no aplica, puesto que la propiedad del bien no pasa al deudor y no tendría forma de otorgar subsecuentes garantías sobre la misma.⁸²

Como se ve, la cuestión de la prelación en el derecho inglés de garantías mobiliarias es una cuestión compleja que dependerá de los di-

⁷⁵ *Ibidem*, p. 496, ubicación 25748 (citas originales omitidas).

⁷⁶ *Ibidem*, pp. 496-498, ubicaciones 25748-25809.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 496, ubicaciones 25748-25761.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 497, ubicación 25793.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 498, ubicación 25809.

⁸⁰ *Idem*.

⁸¹ "La regla básica de primero en tiempo aplicará en los siguientes casos: cuando ambos intereses sean legales ... cuando los dos sean de *equity*, y cuando a un interés legal le siga uno de *equity*" [The basic rule of first in time will apply in the following cases: where both interests are legal ... where both are equitable, and where a legal interest is followed by an equitable one]. *Ibidem*, p. 500, ubicación 25840 (citas originales omitidas) (traducción del autor).

⁸² *Ibidem*, p. 509, ubicación 26065.

EL USO DE MANDATARIOS EN LOS DERECHOS DE GARANTÍAS MOBILIARIAS HONGKONÉS E INGLÉS

ferentes derechos que intervienen. Como se verá más adelante, el que se trate del mismo tipo de derecho no necesariamente hará el análisis más fácil, pues al tratarse de *charges* la cuestión será qué tipo de *charge* fue otorgada y si la misma fue registrada.⁸³ Sin embargo, antes de estudiar las *charges* es importante estudiar brevemente el derecho inglés sobre el mandato.

5. El mandato en el derecho del common law inglés

El mandato en el derecho inglés es interpretado como la relación que existe entre un mandatario (el *agent*) y un principal.⁸⁴ Los autores del libro *Commercial Law* nos explican que esta relación (conocida como *agency*) se origina del consentimiento de las partes.⁸⁵ Sin embargo, no se debe confundir este consentimiento con una relación contractual, puesto que es posible crear relaciones de *agency* sin que una de las partes lo apruebe.⁸⁶

Esto se debe a que la relación de *agency* no solamente se puede constituir por contrato, sino que es también posible crearla por ministerio de la ley,⁸⁷ por ratificación del principal⁸⁸ y a través de la doctrina de la autoridad aparente.⁸⁹ Es importante mencionar que los autores de *Commercial Law* insisten en que la *agency* es consensual, pero no necesariamente contractual.⁹⁰ Esto es debido a que las partes pueden acordar crear una relación de *agency*, pero pueden hacerlo sin cumplir con todos los requisitos para formar un contrato bajo el *common law* inglés.⁹¹

Los autores de *Commercial Law* explican la relación de *agency* vista desde un punto de vista poder-responsabilidad:

⁸³ Véase *infra* “La *charge* en los derechos inglés y hongkonés de garantías mobiliarias”.

⁸⁴ Hooley, *op. cit.*, pp. 107-110.

⁸⁵ *Ibidem*. p. 108.

⁸⁶ *Idem*.

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 125, 152-158.

⁸⁸ *Ibidem*, pp. 125, 158-167.

⁸⁹ *Ibidem*, pp. 125, 132-146.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 125.

⁹¹ Como la falta de *consideration*. *Idem*.

RAÚL ITURRALDE GONZÁLEZ

La regla legal operará sí el principal de hecho autoriza al agente para realizar ciertos actos. Una vez que la regla legal opere, el agente estará investido con el poder de afectar las relaciones legales del principal con terceros. Incluso sí el principal no le da de hecho ninguna autoridad al agente, o sí el agente excede la autoridad dada, la regla legal puede aún ser usada e investir al agente con poder. En dichas circunstancias, *public policy* determinará la existencia y el grado en que el agente puede afectar las relaciones de su principal con terceros.⁹²

La razón es que en el derecho inglés del *common law*, la autoridad del agente no necesariamente nace del acuerdo entre las partes. En el derecho inglés se entiende que los agentes pueden tener autoridad de hecho y autoridad aparente.⁹³ Además de la autoridad dada en un acuerdo (contrato), se entiende que el agente cuenta con autoridad implícita de hecho (*implied actual authority*).⁹⁴

La autoridad “implícita de hecho” se refiere a la autoridad que tiene el agente por el hecho de haber sido nombrado agente, aunque no haya sido dada de manera expresa.⁹⁵ Se entiende que el agente cuenta con este tipo de autoridad para poder desempeñar las funciones ordenadas por el principal.⁹⁶ Suele dividirse en autoridad incidental, usual y consuetudinaria.⁹⁷

Se entiende que un agente tiene autoridad incidental “para hacer todo lo que sea necesario, u ordinariamente incidental, para la efec-

⁹² “The legal rule will be brought into operation if the principal actually authorises the agent to do certain acts. Once the legal rule comes into operation the agent will be vested with power to affect the principal’s legal relations with third parties. Even if the principal does not give the agent any authority, or the agent exceeds his authority, the legal rule may still be brought into operation and vest the agent with power. In such circumstances, public policy will determine the existence and extent of the agent’s power to affect his principal’s relations”. Hooley, *op. cit.*, p. 110 (citas originales omitidas) (traducción del autor).

⁹³ *Ibidem*, pp. 127-158.

⁹⁴ *Ibidem*, pp. 129-132.

⁹⁵ Véase *ibidem*, p. 131. También Srivastava, *op. cit.*, pp. 378-380; Lo, Stefan H. C. y Qu, Charles Z., *Law of Companies in Hong Kong*, 3a. ed. (student edition), Hong Kong, Thomson Reuters, 2018, pp. 566 y 567, párr. 12.012.

⁹⁶ Srivastava *op. cit.*, pp. 378 y 379, párr. 6.035.

⁹⁷ Hooley, *op. cit.*, p. 131.

EL USO DE MANDATARIOS EN LOS DERECHOS DE GARANTÍAS MOBILIARIAS HONGKONÉS E INGLÉS

tiva ejecución de la autoridad expresa”.⁹⁸ Los autores de *Commercial Law* nos dan ejemplos como el de un agente al cual se le dio la instrucción de vender una casa y, por lo tanto, se entendería que tiene la autoridad para firmar el acuerdo de venta.⁹⁹ El alcance dado a la autoridad incidental se basa en la interpretación de la autoridad dada expresamente.¹⁰⁰

La autoridad usual es la autoridad que un agente tiene de manera usual en su profesión, industria o comercio para desempeñar sus funciones y poder realizar acciones incidentales.¹⁰¹ La autoridad consuetudinaria es la autoridad que se entiende forma parte de la costumbre o prácticas comerciales del lugar, mercado u oficio.¹⁰² Para ser aceptada, la autoridad se debe basar en prácticas o costumbres razonables.¹⁰³

Es importante señalar que los tipos de autoridad implícita mencionados se basan en la existencia de un acuerdo entre las partes. Es decir, la autoridad implícita, de hecho, es supletoria a la autoridad dada de manera explícita.¹⁰⁴ Esto indica que la relación de *agency* no se encuentra limitada a lo que se establezca en el contrato entre las partes. Más aún, *agency* puede darse incluso cuando las partes no han acordado el otorgamiento de autoridad. Esto puede ocurrir en la llamada autoridad aparente (*apparent authority*).¹⁰⁵

Para que se pueda aceptar la existencia de autoridad aparente es necesario que se den tres elementos: 1) una representación por parte

⁹⁸ “[An agent has implied actual authority] to do everything necessary for or ordinarily incidental to, the effective execution of his express authority in the usual way”. *Idem* (traducción del autor).

⁹⁹ *Idem*.

¹⁰⁰ *Idem*.

¹⁰¹ “Usual authority, *ie* an agent has implied actual authority to do what is usual in his trade, profession, or business for the purpose of carrying out his authority or anything necessary or incidental thereto”. *Idem*.

¹⁰² “Customary authority, *ie* an agent has implied actual authority to act in accordance with the usages and customs of the particular place, market, or business in which he is employed, so long as those usages or customs are reasonable and lawful”. *Idem*.

¹⁰³ *Idem*.

¹⁰⁴ Hooley, *op. cit.*, p. 131.

¹⁰⁵ Hooley, *op. cit.*, pp. 132-146.

RAÚL ITURRALDE GONZÁLEZ

del principal; 2) confiar en la representación, y 3) alteración de la posición del tercero basado en esa confianza.¹⁰⁶ En otras palabras, el derecho inglés aceptará imponer responsabilidad sobre un principal cuando el (supuesto) agente actúe y se den estos elementos, sin importar el que exista o no un contrato de *agency*.¹⁰⁷

Así lo explican los autores de *Commercial Law*:

La autoridad aparente se puede dar: a) para crear autoridad donde no había; b) para aumentar la autoridad del agente; c) para darle autoridad al agente donde normalmente debería tener excepto por una restricción desconocida para el tercero, y d) para extender la autoridad del agente más allá del término de la relación de *agency*.¹⁰⁸

Aparte de la autoridad aparente, el derecho inglés acepta la existencia de *agency* en casos de emergencia (*agency* por necesidad)¹⁰⁹ y por ratificación; o sea, cuando el agente actúa sin autoridad, pero la misma es reconocida por el principal con posterioridad.¹¹⁰ Por tanto, es posible ver que la *agency* en el derecho inglés va más allá de una simple relación contractual.

6. La charge en los derechos inglés y hongkonés de garantías mobiliarias

La *charge* del derecho inglés —y por consiguiente en el hongkonés— es, en mi opinión, el instrumento de garantía más parecido al *lien* del derecho norteamericano.¹¹¹ Esto es debido a que se trata de un derecho no posesorio en el cual se crea una relación entre el objeto y el acreedor.¹¹² La diferencia con el *mortgage* es que en la *charge* no hay

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 132 (citando al juez Slade en *Rama Co. Ltd. v. Proved Tin and General Inv. Ltd.* [1952] 2 QB 147).

¹⁰⁷ Véase *ibidem*, p. 135.

¹⁰⁸ *Idem*.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 152.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 158.

¹¹¹ Véase *supra* “3. El derecho norteamericano de garantías mobiliarias”.

¹¹² Véase “A charge is a Non-Possessory Security whereby the Charged Property is Ap-

transferencia de la propiedad sobre el objeto, aunque en la práctica se les suele confundir.¹¹³ En teoría, en una *charge* el acreedor no podría obtener la posesión del objeto ni su venta sin una orden judicial; sin embargo, en la práctica las partes suelen conceder estos derechos al acreedor en el acuerdo creador de la *charge*.¹¹⁴

Las *charges* creadas sobre bienes muebles son derecho de *equity*, mientras que las únicas *charges* “legales”¹¹⁵ son las *charges* creadas sobre bienes inmuebles.¹¹⁶ Así, la forma normal de crear *charges* es a través de un acuerdo entre las partes;¹¹⁷ no obstante, Beale nos explica que también existen casos en los que se puede entender la creación de una *charge* aun cuando no sea dado de manera explícita por las partes del acuerdo.¹¹⁸ Estas situaciones ocurren cuando las partes disputan si acordaron la creación de una *charge* o solamente derechos contractuales y cuando las partes quisieron crear derechos de propiedad sobre el objeto, pero no concuerdan con el alcance de los mismos.¹¹⁹

De cualquier forma, las *charges* se dividen en específicas y flotantes. La diferencia entre este tipo de *charges* radica en la libertad de disposición que tiene el deudor sobre el objeto *charged*.¹²⁰ En otras palabras, el deudor que otorga una *charge* específica sobre un bien de su propiedad se encontrará limitado en cuanto a los actos de disposición que pueda cometer con ese objeto. Los autores de *Commercial Law* lo

propriated to the Discharge of an Obligation without the Transfer of Ownership”. Beale *op. cit.*, p. 169, ubicación 12449.

¹¹³ “The technical difference between a «mortgage» or «charge», though in practice the phrases are often used interchangeably, is that a mortgage involves a conveyance of property subject to a right of redemption, whereas a charge conveys nothing and merely gives the chargee certain rights over the property as security for the loan”. Juez Slade, *In Re Bond Worth Ltd* [1980] Ch 228, 250, en Hooley, *op. cit.*, p. 1069.

¹¹⁴ Hooley, *op. cit.*, p. 1069.

¹¹⁵ En oposición a de equidad, no el que los otros sean ilegales.

¹¹⁶ “A charge over personal property must be equitable, it cannot be legal”. Hooley, *op. cit.*, p. 1069. “Charges over personal property are always equitable: there is no such thing as a legal charge except over land”. Beale *op. cit.*, p. 169, ubicación 12449.

¹¹⁷ Véase Hooley, *op. cit.*, p. 1069.

¹¹⁸ Beale *op. cit.*, p. 169, ubicación 12455.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 169, ubicación 12455-12462.

¹²⁰ Véase Hooley, *op. cit.*, p. 1070.

RAÚL ITURRALDE GONZÁLEZ

explican así: “[u]na *charge* fijada (o «específica») es una *charge* creada sobre bienes que han sido identificados, lo cual evita que el deudor haga transacciones con esos bienes sin haber pagado la deuda primero o haber obtenido el consentimiento del acreedor”.¹²¹

Es posible ver las ventajas que este tipo de garantía otorga sobre el acreedor al darle seguridad sobre el valor del objeto, puesto que se ha decidido de antemano. Las desventajas recaen en el deudor, que se encuentra limitado para disponer sobre el bien asegurado, lo cual es problemático cuando el bien asegurado cambia o circula, como sería el caso de la mercancía. Nos explican los autores de *Commercial Law* que, en caso de no obtener autorización previa por parte del acreedor, aquella persona que reciba un bien sujeto a una *charge* específica lo recibirá sujetándose a los derechos del acreedor —a menos que se trate de un comprador de buena fe sin conocimiento sobre la *charge* y que entregue valor a cambio del objeto—.¹²²

Debido a esto y a la necesidad de acordar de antemano qué bienes adquiridos después del convenio se sujetarán a la *charge*, es que una *charge* flotante ofrece más flexibilidad.¹²³ A diferencia de una *charge* específica, las *charges* flotantes no se fijan en un bien, sino que “flotan” sobre una clase de bienes,¹²⁴ lo que permite al deudor negociar con dichos objetos sin necesidad de obtener autorización del acreedor o el negociar de antemano su inclusión.¹²⁵

Así nos lo explican los profesores Lo y Qu:

Charges flotantes pueden darse, por ejemplo, sobre bienes que circulan como lo es el inventario de una compañía. Bajo una *charge* de este tipo, cualquier inventario adquirido por la compañía, y mientras tanto en posesión de esta, estaría sujeto a la *charge*. Hasta que la *charge* sea ejecutada... la compañía que otorgó la *charge* está facul-

¹²¹ “A fixed (or «specific») charge is a charge created over identified property which prevents the debtor dealing with the property without first paying off the indebtedness secured by the charge or obtaining the chargee’s consent”. *Idem* (traducción del autor).

¹²² *Idem*.

¹²³ *Idem*.

¹²⁴ Véase Lo y Qu, *op. cit.*, p. 818, párr. 17.071.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 817, párr. 17.068. También Beale, *op. cit.*, pp. 194 y 195, ubicación 13067-13074.

tada para vender el inventario en el transcurso normal de los negocios sin la necesidad de obtener continuamente la autorización del acreedor.¹²⁶

Esto no quiere decir que las *charges* flotantes no tienen desventajas frente a las *charges* específicas. Las *charges* flotantes tendrá una baja prelación con respecto a otros tipos de derechos, los cuales incluyen a las *charges* específicas.¹²⁷ Es también posible cancelar *charges* flotantes creadas hasta 12 meses antes de empezar la liquidación de una compañía (en Hong Kong).¹²⁸ En cambio, para cancelar una *charge* específica es necesario probar el otorgamiento de una ventaja injusta, lo cual no aplica a nuevos acreedores.¹²⁹

Además, es necesario considerar que no es posible ejecutar una *charge* flotante; es primero necesario transformarla en una *charge* específica.¹³⁰ El proceso por el que una *charge* flotante se convierte en una *charge* específica se conoce como cristalización.¹³¹ Al momento de la cristalización, la *charge* se “engancha”¹³² a los bienes sobre los que “flotaba”, convirtiéndose en una *charge* específica, lo cual previene la disposición de los mismos bienes por parte del deudor.¹³³

¹²⁶ “Floating charges can be granted, for example, over circulating assets such as the company’s stock in trade. Under such a charge, any stock acquired by the company and in the meantime held by the company would be subject to the charge. Until the charge is enforced ... the chargor company can still sell the stock in the ordinary course of the company’s business without the need to continuously obtain the assent of the chargee for each disposition”. Lo y Qu, *op. cit.*, p. 817, párr. 17.068 (traducción del autor).

¹²⁷ Hooley, *op. cit.*, p. 1073.

¹²⁸ Lo y Qu, *op. cit.*, p. 1009, párr. 20.163. Companies Ordinance (Winding Up and Miscellaneous Provisions) Ordinance (cap. 32) (HK), artículos 267, 267A, disponible en: https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap32?xid=ID_1486958312404_001. Una disposición similar existe en Inglaterra, Hooley, *op. cit.*, p. 1073.

¹²⁹ El procedimiento cancelaría *charges* específicas dadas a acreedores cuya deuda ya existía. Otros requerimientos son necesarios. Lo y Qu, *op. cit.*, pp. 994-997. Companies Ordinance (cap. 32), artículos 266, 266A y 266B. Situación similar en Inglaterra, Hooley, *op. cit.*, p. 1073.

¹³⁰ Véase Hooley, *op. cit.*, p. 1075.

¹³¹ *Idem*. También Lo y Qu, *op. cit.*, p. 818, párr. 17.070.

¹³² La palabra en inglés es *attach*. Véase Hooley, *op. cit.*, p. 1075. También Lo y Qu, *op. cit.*, p. 824, párr. 17.090.

¹³³ Lo y Qu, *op. cit.*, pp. 824 y 825, párrs. 17.090-17.093.

RAÚL ITURRALDE GONZÁLEZ

Otra cuestión es la situación de la prelación de pagos entre las *charges* flotantes y las específicas. Debido a que las *charges* son instrumentos no posesorios, es necesario registrarlos para que tengan efectos en contra de terceros.¹³⁴ En Hong Kong, el registro de *charges* está regulado en la parte 8 de la *Companies Ordinance*.¹³⁵ Sin embargo, como lo explican los profesores Lo y Qu, el sistema de registro en Hong Kong es diferente al sistema norteamericano del artículo 9o. del Código Comercial Uniforme.¹³⁶

Mientras que el sistema norteamericano es un sistema uniforme para el registro de garantías mobiliarias, el sistema de registro hongkonés aplica únicamente a *charges* y sólo a cierto tipo de *charges*.¹³⁷ Además, en el sistema norteamericano la prelación está basada en un sistema del “primero en registrar o perfeccionar”,¹³⁸ mientras que la prelación en Hong Kong está basada no solamente en el registro de las *charges*. Los profesores Lo y Qu lo explican:

El ser registrado primero de acuerdo con la *Companies Ordinance* no confiere prioridad en la prelación de una *charge*. Las reglas que afectan la prelación de las *charges* creadas por compañías son determinadas por el derecho de precedente, y modificadas por las leyes escritas. El no registro de acuerdo con la parte 8 de [la *Companies Ordinance*] afecta la prelación de los acreedores debido a que el no registro vuelve una *charge* inválida (frente al liquidador y otros acreedores)...¹³⁹

¹³⁴ Lo y Qu, *op. cit.*, pp. 829, 841, párrs. 17.107 y 17.149. Véase Hooley, *op. cit.*, p. 1077.

¹³⁵ *Companies Ordinance* (cap. 622) (HK), parte 8, disponible en: https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap622?xid=ID_1438403543582_001. Lo y Qu, *op. cit.*, p. 828, párr. 17.106. En Inglaterra, el registro de *charges* creadas por compañías es regulado en la parte 25 de la *Companies Act* (2006). Hooley, *op. cit.*, p. 1080.

¹³⁶ Lo y Qu, *op. cit.*, pp. 829 y 830, párr. 17.110. Véase *supra* “3. El derecho norteamericano de garantías mobiliarias”.

¹³⁷ Lo y Qu, *op. cit.*, pp. 829-831, párr. 17.110-17.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 830, párr. 17.110.

¹³⁹ “Registering first in time under the *Companies Ordinance* does not confer priority on a chargee. The rules on priorities of company charges are as determined by the common law, as affected by statutory provisions. Non-registration under Cap. 622 Pt. 8 affects the priorities of chargees because non-registration invalidates a charge (as against the liquidator and other chargees)...”. *Ibidem*, p. 851, párr. 17.186 (traducción del autor).

EL USO DE MANDATARIOS EN LOS DERECHOS DE GARANTÍAS MOBILIARIAS HONGKONÉS E INGLÉS

La prelación de una *charge* con respecto a otra dependerá de los siguientes factores: tipo de bien sujeto a la *charge* (bienes inmuebles, incorpóreos o muebles), tipo de derecho creador de la *charge* (legal o de *equity*) y tipo de *charge* (específica o flotante).¹⁴⁰ En caso de bienes muebles (corpóreos) las reglas del *common law* (derecho de precedente) aplican.¹⁴¹

La regla general respecto a las *charges* específicas es que el primero en tiempo es primero en derecho, pero esto solamente aplica cuando las *charges* son de *equity*.¹⁴² Un interés legal subsecuente a uno de *equity* prevalecerá cuando se trate de un comprador de buena fe y no haya tenido noticia del interés previo.¹⁴³ Se entiende que el comprador tenía noticia del interés previo cuando la *charge* haya sido registrada.¹⁴⁴ Una *equitable charge* prevalecerá sobre una legal anterior cuando el acreedor legal haya fallado en obtener los títulos de propiedad.¹⁴⁵ Finalmente, en el caso de dos *equitable charges* específicas, la posterior podría obtener prioridad cuando las acciones del acreedor anterior hagan injusto el darle prioridad.¹⁴⁶

La regla sobre la prelación entre *charges* flotantes es generalmente “primero en tiempo”.¹⁴⁷ Cuando compiten una *charge* específica con una flotante, la específica suele tener prioridad sobre la flotante.¹⁴⁸ La *charge* flotante tendrá prioridad si cristalizó antes de la creación de la *charge* específica —porque entonces se toma como dos *charges* específicas—. ¹⁴⁹

Existen también reglas sobre la prelación respecto a bienes incorpóreos, como son las deudas por cobrar. La regla viene del caso *Dearle v. Hall*,¹⁵⁰ en el cual se explica que tendrá prioridad aquella persona a la

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 852, párr. 17.187.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 854, párr. 17.191.

¹⁴² *Ibidem*, párrs. 17.192 y 17.193.

¹⁴³ *Ibidem*, párr. 17.193.

¹⁴⁴ *Idem*.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 855, párr. 17.193.

¹⁴⁶ *Idem*.

¹⁴⁷ *Ibidem*, párr. 17.194.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 856, párr. 17.197.

¹⁴⁹ *Ibidem*, párr. 17.198.

¹⁵⁰ (1828) 3 Russ. 1, en *ibidem*, párr. 17.199.

RAÚL ITURRALDE GONZÁLEZ

que se le otorgue una *charge* y le notifique al deudor de la deuda por cobrar.¹⁵¹ Bajo esta regla, una persona que quiera obtener una *charge* sobre una deuda por cobrar no podrá obtener prioridad si tiene conocimiento de una *charge* creada con anterioridad.¹⁵² Estas son algunas de las reglas que hacen complicado el manejo de las *charges* en los derechos inglés y hongkonés.

7. El uso de mandatarios en el derecho hongkonés de garantías mobiliarias

Antes de empezar con el estudio del uso de mandatarios para el manejo de garantías mobiliarias en Hong Kong, es necesario hacer una comparación con el derecho americano de garantías mobiliarias. Así como fue explicado con anterioridad,¹⁵³ el derecho norteamericano de garantías mobiliarias se caracteriza por la homogeneidad,¹⁵⁴ con el uso de un *security interest* único sin importar el tipo de garantía otorgada.¹⁵⁵ De la misma manera, el registro de garantías mobiliarias se hace en una forma estándar conocida como *financing statement*.¹⁵⁶ Esto no ocurre en los derechos inglés ni hongkonés.

Esto quiere decir que, en los derechos inglés y hongkonés, no existe una forma estándar para el registro de *charges*. Para registrar el otorgamiento de una *charge* en Hong Kong la compañía necesita entregar una declaración de los detalles de la *charge* junto con una copia certificada (por un director de la compañía) del instrumento creador de la *charge*.¹⁵⁷ Usualmente, las *charges* son creadas con la emisión de *debentures*, las cuales pueden entenderse como “[d]ocumento[s]

¹⁵¹ *Ibidem*, párr. 17.199.

¹⁵² Su *charge* estará subordinada a la anterior. *Ibidem*, p.857 párr. 17.201.

¹⁵³ Véase *supra* “3. El derecho norteamericano de garantías mobiliarias”.

¹⁵⁴ *Idem*.

¹⁵⁵ *Idem*.

¹⁵⁶ Uniform Commercial Code, 9-102(39), 9-502 (2010, National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and American Law Institute), disponible en: <https://www.law.cornell.edu/ucc/9/>.

¹⁵⁷ Lo y Qu, *op. cit.*, p. 837, párr. 17.136.

que crea[n] o evidencia[n] una deuda de una compañía hacia una persona”.¹⁵⁸

Es en estos instrumentos, *debentures*, donde las partes suelen acordar el otorgar un poder para nombrar a un mandatario, quien será un *receiver*.¹⁵⁹ Un *receiver* se encargará de tomar posesión o recuperar un bien a favor de otra persona.¹⁶⁰ La función principal de los *receivers* es la de ser una forma de asegurar el pago de una deuda.¹⁶¹

Además de los *receivers* nombrados por las partes de acuerdo con lo estipulado en la *debenture*, es también posible que la Corte nombre un *receiver* para proteger los intereses de un acreedor.¹⁶² Sin embargo, este trabajo se concentrará en la figura del *receiver* nombrado por las partes, ya que es la menos conocida para el derecho mexicano.

Este desconocimiento no es exclusivo del derecho mexicano, puesto que la figura del *receiver* nombrado por las partes es también inédita en el derecho norteamericano. Así lo explicó el juez Renfrew en el caso *Clarkson co. ltd. v. Rockwell Intern. co.*: “[u]n *receiver* privado es un estatus legal desconocido en los Estados Unidos, y nuestra investigación no ha encontrado precedente de ninguna corte estadounidense que refiera a dicha entidad”.¹⁶³ Esto parece ser resultado de la historia de las *charges* flotantes, las cuales aparecieron en Inglaterra a mediados del siglo XIX (después de que los Estados Unidos se independizaran).¹⁶⁴

¹⁵⁸ “[A] document creating or evidencing a debt owed by the company to a person”. *Ibidem*, p. 806, párr. 17.006.

¹⁵⁹ Lightman, Sir Gavin y Moss, Gabriel, *The Law of Administrators and Receivers of Companies*, 4a. ed., Londres, Thomson Reuters, 2011, p. 45, párr. 3.001.

¹⁶⁰ Lo y Qu, *op. cit.*, p. 867, párr. 18.001 (citando otra fuente).

¹⁶¹ “Receivership is primarily used as a debt enforcement device”. *Ibidem*, p. 868, párr. 18.006.

¹⁶² *Idem*, párr. 18.007. Es importante mencionar que esto se ha limitado bastante en Inglaterra debido a reformas en la ley dadas en 2003. “For charges created after 15 September 2003, the holder of a qualifying floating charge in respect of a company’s property may no longer appoint an administrative receiver of the company”. Hooley, *op. cit.*, p. 1074.

¹⁶³ “The private receiver is a legal status unknown in the United States, and research has disclosed no authority from any United States court dealing with such an entity”. 441 F. Supp. 792, 796 (N.D. Cal. 1977) (Renfrew J.) (traducción del autor).

¹⁶⁴ Véase Lightman y Moss, *op. cit.*, pp. 52 y 53, párr. 3.015. También Lo y Qu, *op. cit.*, pp. 816 y 817, párrs. 17.066 y 17.067.

RAÚL ITURRALDE GONZÁLEZ

Por lo tanto, estudiar a los *receivers* es importante como una manera de ver otras soluciones a cuestiones de garantías mobiliarias. Además de la figura del *receiver* normal, también se puede dar el nombramiento de un *receiver and manager*, el cual administrará el negocio del deudor para el pago de la deuda.¹⁶⁵ Esto se da cuando la *charge* flotante se otorga sobre todos, o sustancialmente todos, los bienes del deudor.¹⁶⁶ El *receiver and manager* tiene el poder para decidir continuar con el negocio del deudor, liquidarlo o disponer de algunos bienes para el pago de la deuda.¹⁶⁷

Esto se explica por una peculiaridad que existe en el derecho inglés —y hongkonés— de los *receivers*, y es que, aunque el *receiver* es usualmente nombrado por el acreedor, el *receiver* es considerado un *agent* del deudor.¹⁶⁸ Esta peculiaridad se dio debido a cuestiones históricas y para desviar responsabilidad de los acreedores:

Antes del desarrollo del concepto de *charge* flotante a finales del siglo XIX, las garantías de préstamos y otras deudas tomaban la forma de *mortgages* específicos sobre bienes específicos. Una importante característica de tales garantías era que, sí el acreedor tomaba posesión de los bienes, era sujeto de responsabilidad estricta con el deudor tanto por lo que recibió como por lo que debía recibir de la propiedad. Para evitar esta situación, los acreedores empezaron a insistir en incluir provisiones en los *mortgages* dándole al acreedor el derecho a requerirle al deudor el nombrar un *receiver* del bien garantizado, con las ordenes de recibir cualquier ingreso ... producido por el bien, el aplicar dicho ingreso en el pago de los intereses de la deuda, y el pagar cualquier excedente al deudor. Una importante característica del nombramiento privado de *receivers* es que ellos actúan como *agents* del deudor, quien es el único responsable de sus actos y omisiones.¹⁶⁹

¹⁶⁵ Lo y Qu, *op. cit.*, p. 868, párr. 18.006.

¹⁶⁶ *Idem.*

¹⁶⁷ *Idem.*

¹⁶⁸ Véase Lightman y Moss, *op. cit.*, pp. 1 y 2, párr. 1.002. También Lo y Qu, *op. cit.*, p. 870, párr. 18.012.

¹⁶⁹ "Prior to the development of the concept of a floating charge in the latter part of the nineteenth century, security for a loan or other indebtedness took the form of a

EL USO DE MANDATARIOS EN LOS DERECHOS DE GARANTÍAS MOBILIARIAS HONGKONÉS E INGLÉS

El uso de los *receivers* no se encuentra limitado a la ejecución de deudas. Como ya se había mencionado antes,¹⁷⁰ el deudor puede dejar en garantía básicamente el negocio en su totalidad, con lo cual se nombrará a un *receiver and manager*.¹⁷¹ En Hong Kong, esto es usado en procedimientos de liquidación de compañías y de rescate de compañías.¹⁷² Esto no quiere decir que el nombramiento de un *receiver* implica que la compañía va a ser liquidada, como es descrito en una decisión judicial:

El nombramiento de un *receiver* por el acreedor no termina por sí mismo la vida de la compañía. La compañía es, por decirlo de alguna manera, anestesiada mientras el *receiver* continúa con el negocio a su nombre. La personalidad legal de la compañía subsistirá hasta la liquidación, y la compañía, en el caso de los *receiverships* más exitosos, puede ser restaurada a plenitud cuando dicho anestésico ya no sea aplicado después de que las deudas a los portadores de *debentures* sean pagadas.¹⁷³

fixed mortgage of specific items of property. An important characteristic of such a fixed charge was that if the mortgagee went into possession of the charged property he was subject to a strict liability to account to the mortgagor both for what he had received and for what he ought to have received from the property. In order to overcome this disadvantage, mortgagees began to insist on the insertion of a provision in the mortgage giving the mortgagee the right to call upon the mortgagor to appoint a receiver of the charged property with the task of receiving any income (such as rent) produced by the assets, to apply such income to the payment of interest on the secured debt and to pay any surplus to the mortgagor. A significant feature of the private appointment of receivers in this way was that they acted as agents for the mortgagor, who was solely responsible for their acts and omissions". Lightman y Moss, *op. cit.*, p. 1, párr. 1.002, (traducción del autor).

¹⁷⁰ Véase *supra* notas 165-167 y texto que las acompaña.

¹⁷¹ *Idem*.

¹⁷² Los profesores Lo y Qu aclaran que, aunque el uso de *receivers and managers* en Inglaterra ha ayudado al rescate de compañías, el derecho de otros países, como Australia, está más avanzado al imponer obligaciones legales en los *receivers and managers*. Lo y Qu, *op. cit.*, p. 871 y 872, párr. 18.014.

¹⁷³ "The appointment of a receiver by the debenture holder does not end the life of the company. The company is, so to speak, anaesthetised but the receiver may carry on the business on its behalf. The legal persona of the company will continue to subsist until liquidation, and the company in the case of the most successful receiverships may be restored in full conscious activity when the anaesthetic is no longer applied after the debts owing to the debenture holders have been paid. *George Barker (Transport) Ltd. v.*

RAÚL ITURRALDE GONZÁLEZ

Otros efectos del nombramiento de un *receiver and manager* son que la facultad de administrar la compañía es transferida de los directores al *receiver*.¹⁷⁴ Que tanto es transferido al *receiver* dependerá del acuerdo entre las partes, pudiendo llegar al punto en que los directores sean totalmente sustituidos.¹⁷⁵ A pesar de esto, los directores aún pueden conservar cierto poder, como por ejemplo, poder sobre bienes que no hayan sido incluidos en la *charge*, y siempre tendrán el poder de cuestionar la legitimidad del nombramiento de *receiver*.¹⁷⁶

Respecto a los bienes sujetos a la *charge*, el nombramiento de un *receiver* no implica que la propiedad pasa al *receiver*.¹⁷⁷ En cambio, el nombramiento cristaliza las *charges* flotantes convirtiéndolas en específicas, lo cual previene que la compañía disponga de dichos bienes.¹⁷⁸ Las facultades del *receiver* estarán dadas en la *debenture*, el instrumento de su nombramiento, y en la legislación.¹⁷⁹ Estas facultades normalmente incluyen el poder recaudar, poseer, controlar, disponer y administrar los bienes sujetos a la *charge*.¹⁸⁰ Debido a que la función principal del *receiver* es la de lograr el cumplimiento de la deuda, el poder de administrar debe ser entendido con este fin.¹⁸¹

Bajo esa premisa, se entiende que el *receiver and manager* al que se le han dado poderes para tomar posesión de los bienes de la compañía y para realizar todos los actos necesarios para cumplir su función, tiene el poder implícito de presentar una petición para la liquidación de la compañía.¹⁸² Esto se entiende sobre todo cuando la petición tiene el efecto de evitar el deterioro de los bienes.¹⁸³ Sin

Eynon [1973] 1 WAR 1461, 1469, en Lo y Qu, *op. cit.*, p. 871, párr. 18.016 (traducción del autor).

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 872, párr. 18.019.

¹⁷⁵ *Idem*.

¹⁷⁶ *Ibidem*, párr. 18.020.

¹⁷⁷ *Ibidem*, párr. 18.023.

¹⁷⁸ *Idem*. Véase también *supra* "La *charge* en los derechos inglés y hongkonés de garantías mobiliarias".

¹⁷⁹ Lo y Qu, *op. cit.*, p. 874, párr. 18.025.

¹⁸⁰ *Ibidem*, párr. 18.026.

¹⁸¹ *Ibidem*, párr. 18.027. Véase también *supra* "5. El mandato en el derecho del *common law* inglés".

¹⁸² Lo y Qu, *op. cit.*, p. 877, párr. 18.036.

¹⁸³ *Idem*.

EL USO DE MANDATARIOS EN LOS DERECHOS DE GARANTÍAS MOBILIARIAS HONGKONÉS E INGLÉS

embargo, las acciones de los *receivers* se encuentran limitadas, en primer lugar, por el instrumento en el que se le da el nombramiento, y en segundo, por la *equity*.¹⁸⁴

Se entiende que el *receiver* tendrá obligaciones de cuidado con la compañía y con cualquier persona que tenga derecho al retorno de los bienes sujetos a la *charge*.¹⁸⁵ También se entiende que los *receivers* tienen una obligación de buena fe y un deber de cuidado (*equitable duty of good faith and care*).¹⁸⁶ El alcance de estos deberes se ha ido precisando en decisiones judiciales, pero, de igual modo, se entiende que un *receiver* no puede violar el deber de buena fe en contra del acreedor sin la existencia de un elemento de deshonestidad, motivos impropios o mala fe.¹⁸⁷

Los profesores Lo y Qu nos indican que no hay una obligación por parte del *receiver* de continuar con el negocio del deudor cuando esto signifique una carga para los portadores de los *debentures*.¹⁸⁸ En otras palabras, la función del *receiver* es ver que la deuda sea pagada al acreedor, y no el administrar el negocio del deudor cuando esto no lleve al pago de la deuda. No obstante, una vez que se ha decidido continuar con el negocio, el *receiver* será responsable con el acreedor por pérdidas debido a negligencia o incompetencia.¹⁸⁹

8. Conclusión

Aunque a primera vista el derecho inglés de garantías mobiliarias pueda parecer complejo, sus reglas responden a un desarrollo orgánico basado en las necesidades de los participantes en el mercado. Los distintos tipos de garantías surgieron por diferentes necesidades de los participantes, como los ejemplos vistos de las *hire-purchase* y las *charges* flotantes. El siguiente paso fue unificar los distintos tipos de garantías

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 878, párr. 18.039.

¹⁸⁵ *Ibidem*, párr. 18.040.

¹⁸⁶ *Ibidem*, pp. 878-385.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 879, párr. 18.042.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 882, párr. 18.058.

¹⁸⁹ *Idem*.

RAÚL ITURRALDE GONZÁLEZ

mobiliarias bajo un mismo concepto, tal como hizo el Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos.

Es importante estudiar la manera en que otros sistemas enfrentan problemas. El uso de garantías mobiliarias en el *common law* no es uniforme, pues se ha visto que hay dos formas de lidiar con estas situaciones: la forma unificada de los Estados Unidos y la no unificada de Inglaterra. También, cada sistema tiene sus idiosincrasias, como el uso de *receivers* nombrados por las partes.

El estudio de estos sistemas, con sus ventajas y desventajas, puede ayudar a mejorar el sistema usado en México. El uso de *receivers* nombrados fuera de la Corte también ofrece otra visión con respecto a otras áreas de la ley, como la figura del mandato en cuestiones comerciales. Me parece de interés estudiar los sistemas legales y las instituciones creadas en países conocidos por su fuerte mercado. Inglaterra y Hong Kong son lugares con fuertes instituciones financieras, por lo que resultan un buen punto de comparación para México.

9. Bibliografía

- Basic Law (1997), artículo 18, disponible en: https://www.basiclaw.gov.hk/en/basiclawtext/chapter_2.html (HK) (en inglés).
- BEALE, Hugh, *The Law of Security and Title-Based Financing*, 3a. ed., Oxford University Press, 2018 (edición para Kindle).
- Clarkson co. ltd. v. Rockwell Intern. co.* 441 F.Supp. 792, 796 (N. D. Cal. 1977).
- Código Civil Federal, *Diario Oficial de la Federación*, publicado el 26 de mayo, 14 de julio, 3 de agosto y 31 de agosto de 1928, últimas reformas DOF, 8 de marzo de 2018.
- Companies Ordinance (Winding Up and Miscellaneous Provisions) Ordinance (cap. 32) (HK).
- Joint Declaration of the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the People's Republic of China on the Question of Hong Kong, Beijing, 19 de diciembre de 1984, disponible en: <https://www.cmab.gov.hk/en/issues/jd2.htm> (en inglés).

EL USO DE MANDATARIOS EN LOS DERECHOS DE GARANTÍAS MOBILIARIAS HONGKONÉS E INGLÉS

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, *Diario Oficial de la Federación*, 27 de agosto de 1932, últimas reformas *DOF*, 13 de junio de 2014.

LIGHTMAN, Sir Gavin y MOSS, Gabriel, *The Law of Administrators and Receivers of Companies*, 4a. ed., Londres, Thomson Reuters, 2011.

Lo, Stefan H. C. y Qu, Charles Z., *Law of Companies in Hong Kong*, 3a. ed. (student edition), Hong Kong, Thomson Reuters, 2018.

McCORMACK, Gerard, *Secured Credit under English and American Law*, Cambridge University Press, 2004.

Reglamento del Registro Público de Comercio, *Diario Oficial de la Federación*, 24 de octubre de 2003, últimas reformas 20 de diciembre de 2016.

Sale of Goods Ordinance (cap. 26) (HK), disponible en: https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap26?xpid=ID_1438402907572_002.

SRIVASTAVA, D. K. (coord.) *Business Law in Hong Kong*, 5a. ed., Hong Kong, Thomson Reuters, 2017.

Uniform Commercial Code (1951, National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and American Law Institute) (varias versiones publicadas desde esa fecha).

Uniform Commercial Code (2010, National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and American Law Institute), disponible en: <https://www.law.cornell.edu/ucc/9/9-109>.

WINSHIP, Peter, "An Historical Overview of UCC Article 9", en GULLIFER, Louise y AKSELI, Orkun (eds.), *Secured Transactions Law Reform, Principles, Policies and Practice*, S. L. I., Hart Publishing, 2016.

Revista de Derecho Privado, Cuarta Época,
año VII, núm. 17, enero-junio de 2020

Formación y perfección del contrato electrónico en España

Training and Perfection to the Electronic Contract in Spain

Henry Sosa Olán*

RDP

Resumen

En el presente trabajo estudiaremos el momento en que se perfecciona el contrato electrónico, ya que, con la entrada en vigor de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico, volvió a revivir la polémica entre contratación entre presentes y contratación entre ausentes. Para resolver la problemática comentada, se reformaron los artículos 1.261.1 del Código Civil y 54 del Código de Comercio, unificando y adoptándose la teoría de la recepción matizada por la teoría del conocimiento. Estas reglas juegan un papel importante a la hora de que el consumidor contrate por medio de canales de comunicación, tales como el correo electrónico o también mediante una página *web*, pues, dependiendo de uno u otro, estaremos ante contratos de formación instantánea o contratos de formación sucesiva.

PALABRAS CLAVES: oferta, aceptación, contrato, contrato electrónico, directiva, consumidor.

* Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España.

HENRRY SOSA OLÁN

Abstract

In this paper we analyze, the moment in that the electronic contract is perfect, as entry into force of the Law Society Services of Information, return to revive the controversy between contracting between present and contracting between absent. To resolve the problems discussed, they were reformed, the article 1.261.1 Civil Code and 54 Commercial Code, unifying and adopting the reception theory nuanced by the theory of knowledge. These rules play an important role when the consumer hire through communication channels, such as email or web page, because depending on either we face Instant training contracts or successive formation contracts.

KEYWORDS: offer, acceptance, contract, electronic contract, directive, consumer.

Sumario:

1. Cuestiones previas.
 - A. Oferta.
 - B. Aceptación.
2. Momento de perfección del contrato.
 - A. Lugar de perfección del contrato.
 - B. Foro de competencia y ley aplicable.
3. Conclusión.
4. Bibliografía.

1. Cuestiones previas

Hasta antes de la entrada en vigor de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico¹ (en adelante LSSI), tanto la doctrina como el Tribunal Supremo consideraban contratos celebrados entre presentes; los perfeccionados por medios de comunicación personal inmediata y bidireccional (por ejemplo, el teléfono).² Lo anterior halla su fundamento en la sentencia del Tribunal Supremo del 3 de

¹ *Boletín Oficial del Estado* (en adelante *BOE*), núm. 166, 12 de julio de 2002.

² González Gozalo, A., "La formación del contrato", en Bercovitz Rodríguez-Cano, R., (dir.), *Tratado de contratos*, t. I: *Concepto, límites, significación, requisitos, formación*,

FORMACIÓN Y PERFECCIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO EN ESPAÑA

enero de 1948,³ en donde se interpretó el artículo 255 del Código de Obligaciones y Contratos de la zona del Protectorado de Marruecos, que disponía que la oferta y la aceptación hechas por teléfono se entendían hechas entre presentes; por lo tanto, para que existiera un contrato de formación sucesiva, además de una distancia física entre las partes, debería existir un intervalo de tiempo relevante entre la emisión de la aceptación y el conocimiento de la misma por parte del oferente.⁴

Ahora bien, es importante señalar que cuando un contrato se realice a través de medios electrónicos (por ejemplo, teléfono o internet), es considerado como un contrato a distancia y, por ende, le serán aplicables las normas de protección de los consumidores, tanto del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios⁵ (en adelante TRLGDCU) como de la LSSI. Sin embargo, habrá que diferenciar su formación, que puede ser instantánea o sucesiva, según el medio que se emplee para celebrar el contrato.

Por otra parte, con la aparición de la figura de la contratación a distancia se han ido delimitando cada vez más los límites entre contratación entre presentes y contratación entre ausentes, prueba de ello la tenemos en la actual Directiva de los Derechos de los Consumidores del 2011⁶ (en adelante DDC), en donde el legislador europeo ha definido el término *contrato a distancia* (artículo 2.7) tal y como quedó visto y como ha sido recogido por la normativa interna.

forma, documentación, interpretación e integración, eficacia e ineficacia del contrato, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 700 y 701.

³ Sentencia del Tribunal Supremo 3-I-1948 (RJ 1948/11).

⁴ Véase, por todos: Aparicio Vaquero, J. P., "Momento y lugar de perfección de los contratos electrónicos", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 5, 2004, p. 103, especialmente la nota al pie número 4. Para este autor la sentencia del 3 de enero de 1948 establece que no es la "material ausencia de las partes, sino el medio de comunicación empleado la circunstancia para tener en cuenta para fijar el aquel momento". Continúa el autor aclarando que dicha sentencia citaba, además de legislación vigente de aquella época, el artículo 255 del Código de Obligaciones y Contratos de la Zona del Protectorado de Marruecos, que disponía que "las ofertas y aceptaciones hechas por medio del teléfono entre las partes o sus mandatarios personalmente se entenderán hechas entre presentes". Concluye señalando que dicho Código data del 1.º de junio de 1914, que, en su momento, tuvo en cuenta el adelanto de la tecnología para realizar contratos por medio del teléfono.

⁵ BOE, núm. 287, 30 de noviembre de 2007.

⁶ *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* (en adelante DOCE) núm. 304/64, 22 de noviembre de 2011.

HENRRY SOSA OLÁN

Para la doctrina, la “distancia” como espacio físico que separa a las partes contratantes es la distancia espacial o distanciamiento geográfico.⁷ Por el contrario, la “presencia” comprende dos modalidades: 1) en sentido físico, al estar los participantes situados en un mismo lugar, y 2) en sentido figurado; es decir, cuando las partes, ubicadas en distintos puntos en el espacio, realizan el intercambio de la oferta y la aceptación de idéntico modo al de la presencia física gracias al empleo de un medio de comunicación adecuado.⁸ No obstante, cabe aclarar que este último criterio de falta de presencia física se encuentra hoy superado, puesto que la normativa de protección de consumidores califica como contratos a distancia a los celebrados por teléfono, incluso los que se realicen por internet, a través de videoconferencias o chats.

Sin embargo, con la reforma realizada al artículo 1.262 del Código Civil (en adelante CC) y al artículo 54 del Código de Comercio (en adelante CCom), a través de la LSSI, tal y como veremos más adelante, se unifican los criterios y, además, se consideran contratos a distancia los celebrados por medios como el télex, el fax, el video texto, la videoconferencia, los chats, el teléfono o el correo electrónico en todas sus modalidades,⁹ por tanto, cuando el consumidor celebre contratos por los medios mencionados, estaríamos ante contratación entre ausentes.¹⁰

⁷ Paniza Fullana, A., *Contratación a distancia y defensa de los consumidores: su regulación tras la reforma de la Ley de Ordenación de Comercio Minorista y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Granada, Comares, 2003, p. 30.

⁸ Menéndez Mato, J. C., *La oferta contractual*, Pamplona, Aranzadi, 1998, p. 227.

⁹ González Gozalo, A., “La formación del contrato...”, *cit.*, p. 702.

¹⁰ Rodríguez Ruiz de Villa, D., “Tiempo y lugar de perfección de los contratos electrónicos y demás contratos a distancia”, *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 52, 2004, pp. 69 y 70. Cuando aclara: “Por todo ello entiendo que la verdadera relevancia de la aplicación del artículo 1.262.2 y 3 CC y sus correspondientes párrafos 1 y 2 del artículo 54 C. Com., se va a encontrar en los clásicos contratos entre ausentes que conciertan sus respectivos consentimientos a través de medios de transmisión de los mismos no inmediatos... Tal circunstancia fue ya correctamente apreciada en el artículo 23 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, pues el mismo sólo regula el tiempo de la celebración de los contratos en los que transcurre un periodo de tiempo entre la oferta y la aceptación”.

De esta manera, la doctrina ha distinguido, dentro de los propios contratos a distancia, entre contratos de formación sucesiva¹¹ y de formación inmediata, ya que dependiendo del medio de comunicación que se utilice estaríamos ante uno u otro tipo de contratación.¹² De lo anterior se desprende que hay que distinguir entre medios de comunicación interrumpida¹³ y medios de comunicación inmediata,¹⁴ pues no

¹¹ Serán contratos de formación sucesiva aquellos en los que la técnica de comunicación a distancia no permita perfeccionar el contrato de manera instantánea. Tal es el caso de los impresos con o sin destinatario; por ejemplo, la publicidad en prensa con cupón de pedido, el catálogo, la radio, el correo electrónico, la telefonía móvil, por medio del SMS (del término anglosajón *Short Message Service*, un servicio disponible para los teléfonos móviles que permite el envío de mensajes cortos), el fax, la televisión y el correo postal. A través de estas técnicas de comunicación la oferta se realiza al público en general; es decir, sin especificar un destinatario concreto (cosa distinta es que la oferta sea hecha para un sector determinado, por ejemplo, el empresarial), aunque también hay que aclarar que mediante el uso del correo electrónico se puede hacer una oferta personalizada e individualizada (véase Rogel Vide, C., "Momento y formación del contrato", *La Ley*, 1982, núm. 4, p. 1271. Para este autor los contratos de formación sucesiva son: "aquellos contratos, a concluir entre personas físicamente alejadas entre sí, siempre que, por la lentitud del medio de comunicación empleado, y además de un intervalo posible entre la declaración de voluntad del que formula la oferta y aquella otra que entraña la aceptación de la misma, exista, en todo caso, un intervalo relevante entre la emisión de esta última y su conocimiento por el destinatario").

¹² Ortega Díaz, J. F., "La cuestión de la perfección y del soporte contractual", *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 86, 2007, p. 65.

¹³ González Gozalo, A., "La formación del contrato...", *cit.*, p. 702: "Los medios de comunicación interrumpida se caracterizan porque entre la remisión de la declaración y su recepción por el destinatario media un intervalo de tiempo más o menos largo, como ocurre en el caso de la contratación por correspondencia, sea epistolar o telegráfica. La existencia del citado *intervallo temporis* plantea la duda de en qué momento debe considerarse concluido el contrato... y permite que, en este ámbito, puedan plantearse las cuestiones relativas a la retirada o revocación de la declaración, o a su tempestividad, incluso habiendo sido enviada dentro de plazo...".

¹⁴ Entre los medios que permiten concluir un contrato de formación inmediata encontramos el chat, la videoconferencia, el Messenger de Hotmail, Yahoo, Skype y VoipRaider, entre otros. La mayoría de estos sistemas opera a través de un *software* que el usuario tiene que descargar, compatible con su sistema operativo. Sin embargo, estamos ante un contrato entre ausentes, razón por la cual se aplicarán las reglas de los contratos a distancia, debido a que el principio de simultaneidad altera las reglas de estos contratos. Véase González Gozalo, A., "La formación del contrato...", *cit.*, p. 703, cuando aclara: "Los medios de comunicación inmediata, en cambio, permiten que la declaración sea conocida por sus destinatarios tan pronto como sea emitida por su autor. Pueden ser, a su vez, de dos tipos. Unos proporcionan una comunicación bidireccional entre las partes, de modo que las declaraciones son instantáneamente

HENRRY SOSA OLÁN

es lo mismo celebrar un contrato por teléfono¹⁵ que a través de una página *web* pasiva.¹⁶ Aunque, repetimos, independientemente de la técnica de comunicación empleada a la hora de celebrarse el contrato, éste seguirá teniendo la calidad de “contrato a distancia” y, por consiguiente, se aplicará el régimen jurídico del TRLGDCU (artículos 92-108).¹⁷

Cuando un contrato se celebra a través de teléfono o por medio de páginas *webs* interactivas, éste se perfecciona de manera instantánea. En cambio, en las páginas *web* pasivas, en donde sólo se informa de manera general de las descripciones del producto, teniendo el consumidor que establecer contacto con el comerciante, el contrato se perfecciona de manera sucesiva, al igual que como ocurre en los contratos celebrados vía correo electrónico.¹⁸

conocidas por la otra, quien a su vez puede contestarle sin solución de continuidad en un dialogo fluido, verbal (teléfono video conferencia) o escrito (sistemas de mensajería en tiempo real entre personas simultáneamente conectadas a una red digital, como los *talks* o *chats* informáticos). Los contratos celebrados por estos medios se asemejan a los concluidos entre presentes. Otros, en cambio, simplemente suprimen el lapso entre la emisión y la recepción de la declaración, pero no garantizan que el destinatario la conozca inmediatamente, por lo que esta comunicación podría calificarse como unidireccional. Es el caso del télex, el fax o la comunicación a través de la tecnología *web*. Aunque no sin discusión, hoy se tiende a asimilar estos contratos a los celebrados por medios de comunicación interrumpida”.

¹⁵ Véase, en este sentido, Lalaguna Domínguez, E., *El contrato estructura, formación y eficacia*, Madrid, Tirant lo Blanch, 1997, p. 117; Illescas Ortiz, R., *Derecho de la contratación electrónica*, Madrid, Civitas, 2000, p. 252; Perales Vicasillas, María del P., “Formación del contrato”, en Botana García, G. A. (coord.), *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, Madrid, La Ley, 2001, p. 410.

¹⁶ Véase *infra*, 3.5.1, en donde señalamos la diferencia entre página *web* activa y pasiva.

¹⁷ Véase, en este sentido, la opinión de Paniza Fullana, A., *Contratación a distancia...*, *cit.*, pp. 25 y 26. Para esta autora la pregunta clave sobre este tema es la siguiente: ¿es el contrato celebrado por teléfono un contrato entre personas presentes o distantes? Y señala que, aunque la doctrina mayoritaria opine que se trata de un contrato entre personas presentes, algunos lo han considerado como un contrato a distancia.

¹⁸ Aparicio Vaquero, quien señala que los contratos realizados por medio de intercambio de *e-mails* son muy similares al intercambio de correspondencia y se basan en el envío de mensajes sucesivos entre las partes, pudiendo iniciarse mediante una auténtica oferta o una simple *invitatio offerendum* por cualquiera de las partes (proveedor o destinatario del servicio). Aparicio Vaquero, J. P., “Los contratos electrónicos en el derecho español: el marco establecido por la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del comercio electrónico”, en Moro Almaraz, Ma. J. (dir.), *Internet y comercio electrónico*, Universidad de Salamanca, 2002, pp. 178 y 179.

Por otro lado, a nivel comunitario existen normas que se ocupan de la materia procesal y foro de competencia cuando una parte es considerada consumidor, tal es el caso del Reglamento Bruselas I y el Reglamento Roma 1. Ambas normas cobran importancia a la hora de proteger al consumidor activo que contrata a través de internet. Además, con este tipo de previsiones no importa que el contrato sea intracomunitario, extracomunitario o relativamente comunitario, los cuales, todos, se encuentran bien delimitados por los textos normativos comentados, como veremos.

A. Oferta

La oferta es una propuesta para contratar que una persona realiza a otra.¹⁹ La doctrina española coincide en los siguientes requisitos que debe contener, como son la declaración de voluntad,²⁰ su carácter recepticio, propósito del oferente de vincularse con carácter definitivo,²¹ así como su carácter determinado e indeterminado; es decir, que puede ser hecha a persona determina o indeterminada.²²

¹⁹ Menéndez Mato, J. C., *La oferta contractual...*, cit., p. 24. El autor señala que son cuatro los requisitos para que se considere una verdadera oferta, y son los siguientes: 1) declaración o manifestación de voluntad; 2) declaración de voluntad unilateral e inicial; 3) declaración recepticia, y 4) declaración de una específica voluntad.

²⁰ Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Manual de derecho civil. Contratos*, Madrid, Bercal, 2003, p. 41.

²¹ Martínez Gallego, E. M., *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*, Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 34 y 35.

²² Véase, en este sentido, Moreno Quesada, B., "La oferta de contrato", *Separata de Revista de Derecho Notarial*, núm. XII, 1956, pp. 49 y 50. Señala que se puede hacer una clasificación de las ofertas directas, por una parte, y las hechas a persona indeterminada. Y establece que cuando una persona tiene la intención de realizar un contrato se dirige a otra que reúna las condiciones personales que en ciertos contratos son de gran importancia, su situación económica, la posesión de un objeto o cualquier otra circunstancia que le muestre lo más indicado, a juicio del oferente, para que sea parte en el contrato que intenta concluir. El autor, además, hace otras clasificaciones de la oferta, como la oferta al público que es aquella en la que se ignora quién va a ser su aceptante porque su determinación va encaminada a un acto posterior, por cualquiera de los componentes de la comunidad. La oferta a un grupo que es aquella que va dirigida a una persona que reúna ciertas condiciones con anterioridad a la publicación de la oferta. Sobre este punto de las clasificaciones de las ofertas es importante destacar que

HENRRY SOSA OLÁN

Asimismo, la oferta debe ser autosuficiente o completa; o sea, debe tener todas las circunstancias y elementos constitutivos del contrato cuya celebración se propone, de manera que el destinatario pueda aceptarla o rechazarla.

Entonces, habría que distinguir qué es *oferta*, *publicidad* y *prácticas comerciales*. Así, estaremos ante una verdadera *oferta* cuando el contrato contenga todos los requisitos esenciales, de manera que la simple aceptación del destinatario vincule al oferente, sin necesidad de realizar ningún acto posterior. En cambio, la *publicidad* es

...toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones (artículo 2o. de Ley 34/1988, del 11 de noviembre, General de Publicidad).²³

No obstante, el concepto de *práctica comercial* abarca

...todo acto, omisión, conducta, manifestación o comunicación comercial, incluida la publicidad y la comercialización directamente relacionada con la promoción, la venta o el suministro de un bien o servicio a los consumidores y usuarios, con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial (artículo 19.2.2 TRLGDCU).

el autor hace énfasis por lo que se refiera a la contratación a persona indeterminada o (*ad incertam personam*), al señalar que en el campo de las relaciones económicas y a la generalización de la uniformidad en las condiciones de la producción que imponen el empleo de contratos de contenido invariable y previamente establecido para toda una serie de operaciones, y debido también a que, como consecuencia de los adelantos técnicos y las necesidades del tráfico, se han producido dentro de la contratación moderna nuevos métodos de celebración a través de la prensa, radio y otros medios de publicidad que se basan en ofrecimientos dirigidos al público y que alcanzan a contratos de la más diversa índole. Prueba de la importancia adquirida por esta forma de contratación es la abundante bibliografía que se ha producido en torno a la oferta, hecha *incertam personam*, que ha tratado con detenimiento de los diversos problemas que las mismas pueden plantear y la atención que le dedican las legislaciones más modernas.

²³ BOE, núm. 274, 15 de noviembre de 1988.

FORMACIÓN Y PERFECCIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO EN ESPAÑA

La mayoría de las ofertas que se hacen a través de internet se realizan, como mencionamos, través de páginas web, o bien, mediante correo electrónico. Para el primer caso habrá que distinguir si se trata de una página web interactiva o una pasiva. Si la oferta contiene un dispositivo técnico de aceptación, con indicaciones suficientes para que el consumidor emita su consentimiento, ésta es completa y, por lo tanto, estaremos ante una verdadera oferta.²⁴ Mientras que si la página web sólo contiene información general del producto y el contrato no se puede perfeccionar a través de un mecanismo electrónico, nos encontramos ante una página web pasiva, por consiguiente, sólo se tiene la intención de hacer publicidad o una invitación a contratar.²⁵ También se considerará verdadera oferta la realizada a través de correo electrónico siempre y cuando se cumplan los requisitos que la ley impone. Sin embargo, este medio de comunicación se excluye de la regulación de la contratación electrónica cuando se utilice con fines ajenos a realizar cualquier actividad económica; es decir, sin fines de lucro.

Por otro lado, la oferta tiene un periodo limitado de vida o vigencia, durante el cual la aceptación puede darse y, por ende, perfeccionarse el contrato.²⁶ La doctrina distingue dos clases de oferta atendiendo a su

²⁴ Véase, en este sentido, Clemente Meoro, M. E., "Algunas consideraciones sobre la contratación electrónica", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 4, 2000, pp. 78 y 79: "Entiendo que cuando el empresario describe en su página web el producto o servicio, fija su precio y condiciones de pago y entrega y dota a la página de los requisitos técnicos para que quien se conecte a ella pueda «aceptar» (v. gr., pulsando un «botón» o «icono» en que se incluye la expresión «aceptar» u «OK» u otra similar, previa determinación por el visitante de la página del producto o servicios que desea), no estamos ante una simple comunicación publicitaria, sino ante una oferta hecha al público". En la misma línea, Díaz Brito, F. J., "Contratación electrónica: ¿camino del laberinto?", *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 23, 2001, p. 5; Guillén Catalán, R., "Oferta contractual y nuevas tecnologías", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, Navarra, núm. 7, 2009, p. 76 y 77.

²⁵ Guillén Catalán, R., *Oferta contractual...*, cit., pp. 76 y 77.

²⁶ Véase, por todos: Martínez Gallego, E. M., *La formación del contrato...*, cit., p. 62: "En relación con lo anterior, si bien es cierto, que los códigos decimonónicos (civil y mercantil), no contienen una norma que contenga en qué momento se puede dar la revocabilidad de la oferta, los tribunales españoles sí han abordado el tema, prueba de ello es la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1986 (RA3296), la cual declaró: «es doctrina científica comúnmente admitida que la oferta puede ser revocada mientras el contrato no se haya perfeccionado...»".

HENRRY SOSA OLÁN

carácter revocable: a) las que recogen en su contenido, expresamente su plazo de vigencia, y b) aquellas en las que el oferente no estipula plazo.²⁷ Ahora bien, si la oferta se dirige a una persona presente y no se fija plazo para su aceptación, dicha oferta decae inmediatamente y la posibilidad de revocarla se reduce a un breve lapso de tiempo. En cambio, si la oferta lleva aparejada una fecha, el oferente no puede revocarla antes de que haya transcurrido tal periodo.²⁸ Aunque en materia de contratación electrónica el artículo 27.3 LSSI hace la siguiente aclaración: “sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación específica, las ofertas o propuestas de contratación realizadas por vía electrónica serán válidas durante el periodo que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles a los destinatarios del servicio”.²⁹

B. Aceptación

Una vez realizada la oferta sólo faltaría la aceptación para que el contrato quede automáticamente perfeccionado. Aunque, para que sea considerada válida, habrá de cumplir con los siguientes requisitos, como aclara Martínez Gallego:³⁰

²⁷ Menéndez Mato, J. C., *La oferta contractual...*, cit., p. 188.

²⁸ Martínez Gallego, E. M., *La formación del contrato...*, cit., p. 62.

²⁹ No obstante, habrá que hacer la distinción entre “retirada” y “revocación de la oferta”. En este sentido Díez Picazo aclara: “La retirada es una declaración del oferente que indica su voluntad de dejar sin efecto una anterior declaración de la oferta, cuando ésta todavía no ha alcanzado efectividad. Existe retirada en el período de tiempo en la fase de formación que media entre emisión de la oferta y la recepción o llegada de esta al destinatario. En cambio, revocación es la declaración de la voluntad de cancelación de la oferta y de sus efectos en el periodo que media entre la recepción de la oferta y la perfección del contrato. La consecuencia práctica más importante de la distinción es permitir la retirada de las ofertas cuando éstas sean irrevocables. La retirada de la oferta es lógicamente, libre y está sometida únicamente al requisito de la tempestividad. Se refiere a una declaración que no ha alcanzado ninguna forma de efectividad. El destinatario de la retirada no puede alegar ningún justo motivo para impedir dicha retirada puesto que ningún tipo de confianza, ni de interés atendible podría haberse creado en él”. Díez Picazo, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. I: *Introducción. Teoría del contrato*, 5a. ed., Madrid, Civitas, 1996, p. 294.

³⁰ Martínez Gallego, E. M., *La formación del contrato...*, cit., pp. 94-111.

FORMACIÓN Y PERFECCIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO EN ESPAÑA

- 1) *La regla del espejo (the mirror image rule)*, que gira en torno a la idea de que la aceptación ha de ser el reflejo “exacto” de la oferta, de ahí su nombre. Se entiende, así, que toda respuesta a una propuesta contractual que no suponga una adhesión pura y simple a su contenido, no se puede estimar en rigor como aceptación, sino que ha de ser entendida como una contraoferta, por lo que se invierten los papeles de los sujetos, de modo que el primitivo oferente es quien debe emitir ahora una declaración de voluntad aceptando los nuevos términos. Asimismo, es importante aclarar que, en la práctica, la mayoría de los comerciantes que se dedican al comercio electrónico utilizan formularios, denominados *contratos de adhesión*, con el fin de evitar costes de negociación y la redacción de un acuerdo por separado con cada comprador, por tanto, el consumidor no tiene más remedio que aceptar sus términos.³¹
- 2) *La regla de la última palabra (the last-word rule)*. Esta regla es consecuencia inmediata de la anterior y nos sitúa en la hipótesis de que no exista concordancia exacta entre oferta y aceptación porque ésta última ha excluido algún término o ha llevado a cabo alguna otra modificación respecto de la propuesta originalmente recibida, y por lo cual se ha convertido en una contraoferta.
- 3) Debe ser *tempestiva* la aceptación; es decir, debe emitirse estando todavía vigente la oferta para ser eficaz jurídicamente.
- 4) Es una declaración *recepticia* que ha de llegar al oferente. La persona que acepta la oferta debe dirigirse al oferente o

³¹ Véase Posner, R. A., *El análisis económico del derecho*, 2a. ed., trad. de L. E. Suárez, Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 195. Cuando señala: “El uso de formas impresas conduce al problema que los abogados contractuales llaman «la batalla de las formas». A podría firmar, y enviar a B, un contrato impreso que constituye una oferta, y B, en lugar de firmar la forma de A, podría firmar, y enviar a su propia forma impresa. Bajo la regla de la «imagen de espejo» del derecho común, si la forma de B no es idéntica a la de A, no sería una aceptación de la oferta de A, sino que se trataría como una contraoferta. El Código Comercial Uniforme adopta una postura más liberal. Si A, al recibir la forma de B, empieza a cumplir, esto se toma como una aceptación de la oferta de B, aunque contenga términos muy discrepantes, porque A, al recibir la forma de B, podría haber informado a B que tal oferta era inaceptable en lugar de empezar a cumplir”.

HENRRY SOSA OLÁN

prestador de servicios, de lo contrario el contrato no se perfeccionará.

- 5) La aceptación se rige por el principio de *libertad de forma*, salvo que el oferente haya determinado una concreta forma de aceptación. Al igual que la oferta, la aceptación puede exteriorizarse por cualquier medio aceptado, siempre y cuando se cumpla con los requisitos que exige la ley.

Sin embargo, cuando la aceptación se lleve a cabo a través de medios electrónicos, el PSSI tiene la obligación de confirmarla mediante un acuse de recibo, como el correo electrónico u otro medio equivalente, con el fin de que el aceptante tenga la oportunidad de tener constancia de la contratación efectuada (artículo 28 LSSI, 1 a y b). No obstante, la LSSI exige al prestador de servicios de la sociedad de la información de acusar recibo al aceptante cuando la contratación se haya llevado a cabo entre empresarios, y cuando la técnica de comunicación a distancia para contratar empleada fuera exclusivamente el correo electrónico u otro medio similar.³²

Por otro lado, cuando la oferta se realiza a través de técnicas de comunicación a distancia, tiene que haber aceptación expresa, como estipula el artículo 101 TRLGDCU. La finalidad de este numeral es contrarrestar las prácticas agresivas de comercialización a distancia, evitando que el consumidor realice una compra por sorpresa o por ignorancia.³³ Además, con este tipo de medidas se pone de manifiesto que el silencio no es sinónimo de aceptación, lo cual ha originado importantes discusiones doctrinales con el fin de valorar su significado en materia contractual.³⁴ Sin embargo, para el supuesto que venimos comentando, no

³² Siempre y cuando estos medios no hayan sido utilizados para eludir el cumplimiento del deber de informar (artículo 28.3 a y b de la LSSI).

³³ Bercovitz Rodríguez-Cano, R., "Comentario a los artículos 38 a 48 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (en adelante LOCM)", en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. y Leguina Villa, J. (coords.), *Comentarios a las leyes de ordenación del comercio minorista*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 703.

³⁴ Serna Meroño, E., "Comentario a los artículos 38-41 de la LOCM", en Alonso Ureba, A. (coord.), *Régimen jurídico general del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, y a la Ley orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista*, Madrid, McGraw-

FORMACIÓN Y PERFECCIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO EN ESPAÑA

cabe duda alguna de que se necesita la voluntad expresa del aceptante al momento de perfeccionarse el contrato, pues de lo contrario se caería en una práctica prohibida en la que un empresario realice una oferta y la falta de respuesta a ésta sea considerada aceptación³⁵.

La regla de la aceptación expresa no constituye una excepción al principio de libertad de forma previsto por el artículo 1.278 CC, pues la manifestación del consentimiento se puede dar tanto de forma expresa como tácita³⁶ (por ejemplo, la realizada por teléfono, videoconferencia o chat) o por medios escritos como la carta, el envío de un correo electrónico, entre otros. También entrarían dentro de este supuesto ciertas conductas que expresen asentimiento, como sería el caso de dar *click* en un icono de aceptación.³⁷

Por el contrario, no se considera verdadera aceptación, por ejemplo, el pago del bien o servicio, la firma de un recibo del bien suministrado, la simple comunicación del número de la tarjeta de crédito o los

Hill, 1999, p. 484. Para este autor no hay una posición uniforme dentro de la doctrina a la hora de atribuirle un valor jurídico al silencio en materia de contratos, señalando: “[E]n efecto, para unos, el silencio sólo puede ser valorado de forma negativa, esto es, como una ausencia de declaración de voluntad, «quien calla, calla». Otros, siguiendo el proverbio «quien calla otorga», consideran que el silencio es un tácito asentimiento a lo manifestado por otra persona. Y todavía cabe señalar una tercera posición, que adopta una postura intermedia y valora el silencio como una declaración de voluntad contractual cuando, dada una determinada relación entre dos personas, el hábito ya establecido entre ambas hace necesario que se dé una obligación de hablar, de tal forma que si el que debe pronunciarse no lo hace, se entiende que su silencio debe interpretarse como voluntad de obligarse”. Esta última tesis mayoritaria ya acogida por el jurista y la jurisprudencia, pero como puede apreciarse, no es la única.

³⁵ Marín López, J. J., “Comentarios a los artículos 38 a 48 de la LOCM”, en Arimany, Manubens y Asociados (coord.), *Ordenación del comercio minorista*, Barcelona, Praxis, 1996, p. 307.

³⁶ Rincón Cardenas, E., *Manual de derecho de comercio electrónico y de internet*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006, p. 130. “...la aceptación expresa y tácita. Es expresa la aceptación cuando el destinatario hace saber al proponente, por escrito o de la palabra y dentro del término útil para hacerlo, que adhiere a su oferta expresa o tácita. La aceptación es tácita cuando el interesado en adherir a la oferta de tal naturaleza manifiesta su propósito mediante hecho, signo o actitud, de lo cual se infiere este propósito”.

³⁷ Sánchez Gómez, A., “Comentarios a los artículos 92-106 del TRLGDCU”, en Bercovit-Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, p. 1272.

HENRRY SOSA OLÁN

datos de la cuenta bancaria.³⁸ Esto cobra importancia debido a que el legislador exige el carácter explícito de la aceptación; es decir, de forma “contundente”, con el fin de brindar mayor protección al consumidor.³⁹ Aunque debemos señalar que las renovaciones a las suscripciones periódicas sí entran dentro del supuesto de aceptación tácita cuyo fundamento se encuentra en la relación creada por el empresario y el consumidor, por lo tanto, se admite el valor positivo del silencio en este tipo de transacciones.⁴⁰

Para reafirmar nuestro argumento sobre el silencio, el artículo 66.1 quáter TRLGDCU, el cual guarda una relación estrecha con el artículo 101 del mismo ordenamiento, prohíbe los envíos no solicitados, a excepción del envío por error. Con esta previsión se trata de evitar la presión psicológica en la que puede caer el consumidor ante tal situación,⁴¹ razón por la que éste no está obligado a la devolución del bien ni a pago alguno (artículo 66.1 quáter TRLGDCU). Por lo tanto, si se diera el caso en que decidiera devolverlo, no tiene por qué indemnizar al empresario por los daños o deméritos sufridos en el bien.⁴² Por

³⁸ *Ibidem*, p. 1273.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ Bercovitz Rodríguez-Cano, R., “Comentario a los artículos 38 a 48 de la LOCM,” *cit.*, p. 705.

⁴¹ Serna Meroño, E., “Comentario a los artículos 38-41 de la LOCM”, *cit.*, p. 475. Parte de la doctrina señala que tal prohibición alcanza tanto a los envíos onerosos como gratuitos, *cf.* Marín López, J. J., “Comentarios a los artículos 38 a 48 de la LOCM”, *cit.*, p. 312. Para otros autores no entrarían dentro del supuesto de envíos no solicitados, por ejemplo, el envío de un cupón de abono a una revista no solicitado por el destinatario, *cf.* Sánchez Gómez, A., “Comentarios a los artículos 92-106 del TRLGDCU”, *cit.*, p. 1276. Cosa distinta es el envío de publicaciones con cupón de asociaciones religiosas para realizar donativos a través de los cuales muchas veces, como señala la doctrina, podrían filtrarse supuestos que con carácter general están prohibidos (por ejemplo, la actividad comercial de una ONG), *cf.* Arroyo Aparicio, A., *Los contratos a distancia en la ley de ordenación del comercio minorista*, Navarra, Aranzadi, 2003, p. 286. Para otros autores sólo se permiten las muestras comerciales con carácter gratuito, con el fin de evadir el régimen sancionador por infracción a la norma, debiendo quedar, claramente, la gratuidad en la muestra comercial, *cf.* Pasquau Liaño, M., “Comentario a los artículos 38 a 48 de la LOCM”, en Piñar Mañas, J. y Beltran Sánchez, E. (dirs.), *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la ley orgánica complementaria*, Madrid, Civitas, 1997, p. 321.

⁴² Hay que señalar que el artículo 100.2 TRLGDCU hace una excepción al supuesto de envío no solicitado. Cuando se trate de un error, por ejemplo, que el empresario se

FORMACIÓN Y PERFECCIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO EN ESPAÑA

otra parte, un sector de la doctrina aclara que los envíos a título gratuito encajan dentro del supuesto de la donación, contemplado en el artículo 632 CC. En cambio, no tendrán la misma condición jurídica cuando se trate de envíos no solicitados, pues en tal supuesto será de aplicación la sanción civil y administrativa que corresponda.⁴³ Para otro sector de la doctrina no estaríamos ante el supuesto de la donación cuando

haya equivocado de dirección postal, en este caso se trata de evitar un enriquecimiento injusto del receptor de los bienes, *cfr.* Serna Meroño, E., “Comentario a los artículos 38-41 de la LOCM”, *cit.*, p. 503. Razón por la cual quien recibe los bienes debe actuar acorde con el principio de buena fe, comunicando, en su caso, al empresario el error del envío, *cfr.* Marín López, J. J., “Comentarios a los artículos 38 a 48 de la LOCM”, *cit.*, p. 314. Aunque, como apunta la doctrina, no se caerá en el supuesto de error de envío no solicitado cuando el envío se produzca en el seno de una relación contractual entre empresario y consumidor y cuando se reciba un bien diferente o por duplicado. En el primer caso habrá incumplimiento contractual. En cambio, cuando se dé el segundo supuesto se estará a lo dispuesto en el artículo 1.901 del Código Civil. *Cfr.* Arroyo Aparicio, A., *Los contratos a distancia...*, *cit.*, p. 290.

Expuesto lo anterior, habrá error en dos situaciones: primero, cuándo se envía a persona distinta, y la segunda, cuando el error recae directamente sobre el producto. Bercovitz Rodríguez-Cano, R., “Comentario a los artículos 38 a 48 de la LOCM”, *cit.*, p. 709. Pero para que se dé el supuesto de envío por error no solicitado debe quedar probado, correspondiendo la carga de la prueba al empresario. Véase Sánchez Gómez, A., “Comentarios a los artículos 92-106 del TRLGDCU”, *cit.*, p. 1283. Sin embargo, el consumidor está obligado a comunicar al empresario en el plazo de un mes (artículo 1.128 CC) el envío no solicitado, debido a que el artículo 100 TRLGDCU no especifica el cómputo del plazo. Para una parte de la doctrina, el receptor del bien se convierte en depositario durante el plazo de un mes (artículo 1.776 CC), respondiendo incluso por los daños y perjuicios causados a éste durante este lapso. Véase Bercovitz Rodríguez-Cano, R., “Comentario a los artículos 38 a 48 de la LOCM”, *cit.*, p. 711.

No obstante, otro sector de la doctrina contradice la postura anterior; es decir, no se estará ante la figura del depósito, pues el consumidor tiene derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios causados por virtud del envío erróneo. Véase Sánchez Gómez, A., “Comentarios a los artículos 92-106 del TRLGDCU”, *cit.*, p. 1284. Aunque si, transcurrido el plazo mencionado, el consumidor no recibe respuesta del empresario, éste tendrá derecho a hacer suyo el bien sin que se le reclame pago alguno. Véase Pasquau Liaño, M., “Comentario a los artículos 38 a 48 de la LOCM”, *cit.*, p. 326. En la Directiva sobre los derechos de los consumidores no hay un pronunciamiento específico pronuncia sobre tal cuestión, por lo que entendemos que los Estados miembros se encuentran en la libertad de regular este aspecto de la manera que más se adecue a sus necesidades tal y como se encuentra la situación actual. La de Directiva sobre los derechos de los consumidores, en su artículo 27, remite a la Directiva 2005/29/CE, de prácticas comerciales desleales, la cual, en su artículo 9o., prohíbe los envíos no solicitados.

⁴³ Bercovitz Rodríguez-Cano, R., “Comentario a los artículos 38 a 48 de la LOCM”, *cit.*, p. 707; Marín López, J. J., “Comentarios a los artículos 38 a 48 de la LOCM...” , *cit.*, p. 313.

HENRRY SOSA OLÁN

el empresario envía el bien al consumidor con la condición de pagarlo o devolverlo; por lo tanto, el consumidor puede adjudicarse el producto al no existir relación contractual alguna.⁴⁴ Compartimos esta última opinión, pues queda excluida la figura de enriquecimiento injusto, eximiéndose al consumidor de la obligación de pagar precio alguno.⁴⁵ Sin embargo, cuando nos encontremos ante el supuesto del envío no solicitado, el empresario se hará acreedor de sanciones tanto de índole civil como administrativo.⁴⁶

2. Momento de perfección del contrato

Dentro de este epígrafe analizaremos el momento en el que el contrato electrónico queda perfeccionado. Lo cual cobra relevancia a la hora de valorarse la existencia y validez del contrato; es decir, si el consentimiento ha sido otorgado por personas capaces, si la causa es lícita y si el objeto es posible y determinado.

Dentro de las teorías que prevén el momento de perfección del contrato encontramos las siguientes:

- a) *Teoría de la recepción*: el contrato se perfecciona en el momento en el que el emisor recibe la declaración de voluntad por parte del destinatario.
- b) *Teoría de la cognición o conocimiento*: el contrato se perfeccionará en el momento en el que la parte que hizo la oferta tenga conocimiento de la aceptación de ésta.
- c) *Teoría de la expedición*: el contrato se perfecciona en el momento en el que se expide la declaración de voluntad por parte del destinatario de la oferta.
- d) *Teoría de la emisión*: el contrato se perfecciona desde que se emite la oferta.

⁴⁴ Pasquau Liaño, M., "Comentario a los artículos 38 a 48 de la LOCM", *cit.*, p. 323.

⁴⁵ Bercovitz Rodríguez-Cano, R., "Comentario a los artículos 38 a 48 de la LOCM...", *cit.*, p. 708; Sánchez Gómez, A., "Comentarios a los artículos 92-106 del TRLGDCU", *cit.*, pp. 1279 y 1280.

⁴⁶ Sánchez Gómez, A., "Comentarios a los artículos 92-106 del TRLGDCU", *cit.*, p. 1279.

FORMACIÓN Y PERFECCIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO EN ESPAÑA

A continuación, pasaremos a ver por cual de estas teorías se decantan el CC y el CCom.

A nivel internacional, existen cuerpos legales que se inclinan por la teoría de la recepción, entre los que encontramos la Convención de Viena (artículos 18.2, 23 y 24), los principios UNIDROIT (artículo 1.9) y la Ley Modelo UNCITRAL (artículo 15). En el ámbito nacional español tanto la legislación civil como la mercantil han adoptado el criterio de la teoría del conocimiento matizada por la teoría de la recepción, siempre y cuando los contratantes se encuentren físicamente distantes; por lo tanto, el contrato se perfecciona desde el momento en que la aceptación llega a quien efectuó la oferta. No obstante, para el caso de los contratos concluidos mediante dispositivos automáticos, se aplica la regla de la expedición o emisión.

Hasta antes de la entrada en vigor de la LSSI, el artículo 1262 CC adoptaba la teoría del conocimiento, para el caso de la aceptación de la oferta contractual cuando ésta se realizaba por carta. En cambio, para el caso de los contratos mercantiles que se celebraban por correspondencia, se acogía el criterio de la expedición (artículo 54 CCom). Por esa razón no había criterios unificados. Sin embargo, al transponerse la Directiva 2000/31/CE de comercio electrónico mediante la LSSI, y aprovechando la libertad que se daba al legislador europeo, el legislador español procedió a aclarar y a unificar la cuestión de la perfección del contrato.

Es necesario aclarar que el primer párrafo del artículo 1.262 CC no fue reformado por la LSSI, pues no afecta en nada a la etapa de la perfección contractual, momento en que debe perfeccionarse el contrato. El precepto comentado es considerado la piedra angular de la declaración de voluntad como base del contrato, pues, como vimos líneas arriba, para que exista contrato debe existir tanto la oferta como la aceptación.

En el ámbito nacional, en el Anteproyecto de la LSSI del 18 de enero de 2001, se optaba por la teoría de la recepción, opción por la que se decantaba el Ministerio de Justicia, argumentado que los contratos electrónicos son contratos a distancia, siendo uno de los principales objetivos el de unificar el régimen civil y mercantil, lo cual se logró, como veremos más adelante. No obstante, como aclara Aparicio Vaquero, dicha propuesta no tomaba en cuenta algunas especialidades,

HENRRY SOSA OLÁN

como los correos electrónicos y la contratación mediante página web, razón por la que se consideró como mejor opción a la teoría de la expedición, que fue defendida en su momento por el Ministerio de Ciencia y Tecnología, señalando que ésta última se adaptaba perfectamente a la inmediatez del tráfico mercantil. Aunque tal teoría también fue rechazada, pues resultaba fácil evadir tal disposición mediante una simple invitación a contratar cuando se utilizaran medios como el correo electrónico o similares canales de comunicación.

Finalmente, la LSSI no se decantó por regular el perfeccionamiento de los contratos. Pero se creó una disposición adicional cuarta, la cual modificó los artículos 1.262 CC y 54 CCom, quedando redactados estos artículos en los mismos términos.

Artículo 1.262 CC:

El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa que han de constituir el contrato.

Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pudiera ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.

En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación.

En términos similares se expresa el artículo 54 CCom:

Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. En tal caso el contrato se presume celebrado en el lugar en el que se hizo la oferta.

En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación.

Como podemos observar, la nueva redacción de los artículos 1.262 del CC y 54 CCom se adapta a los nuevos entornos tecnológicos, distinguiéndose dos tipos de contratación: entre ausentes y entre pre-

FORMACIÓN Y PERFECCIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO EN ESPAÑA

sentes. Por lo que toca a la contratación electrónica, cuando ésta se realice por correo electrónico u otro medio de comunicación similar como los mensajes en telefonía móvil SMS, la perfección del contrato será de forma sucesiva y no instantánea. En cambio, cuando la contratación electrónica se lleve a cabo por medio de páginas *web* activas o a través de las máquinas expendedoras de productos que funcionan de forma automática, la celebración del contrato será de manera instantánea.

En este sentido, cabe recordar que para el caso de contratos celebrados mediante “dispositivos automáticos”, se aplicará una regla especial (la de la emisión) según el Consejo de Estado:

Sin duda la contratación electrónica es contratación entre ausentes, pero a ella no resultan aplicables el segundo párrafo del artículo 1262 del Código Civil ni el artículo 54 del Código de Comercio cuando la prestación del consentimiento se produzca de forma inmediata, sin lapso temporal apreciable entre la oferta y la aceptación. Tal es el caso en la mayoría de los supuestos, en los que se manifiesta la aceptación de un contrato mediante un dispositivo automático instalado en la página *web* del oferente que puede ser accionado por el aceptante (lo que la doctrina anglosajona denomina “clickwraps”). En estos supuestos, análogos a las ventas automáticas ya conocidas en nuestro ordenamiento, no existe lapso temporal apreciable entre oferta y aceptación (pues la instalación de estos dispositivos automáticos impide al oferente con arreglo a la buena fe alegar que no llegó a tener conocimiento efectivo de la aceptación hasta un momento posterior), por lo que en ellos no se plantea el problema que los artículos 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio pretenden resolver ... Además, la teoría de la emisión es más beneficiosa para el consumidor o usuario que la teoría de la recepción, puesto que el consumidor puede estar seguro de la celebración del contrato desde que remite su aceptación al oferente, pudiendo despreocuparse de posibles fallos en la conexión que retrasen la recepción de su comunicación y cerrando el paso a maniobras fraudulentas del oferente para alterar los registros de la fecha de entrada de dicho mensaje en su servidor ... en los supuestos de contratación automática, incluida la contratación electrónica. La inmediatez es característica de estas formas de contratación, y resultaría sin duda contrario a

HENRRY SOSA OLÁN

la buena fe que quien instala, en condiciones de funcionamiento, un mecanismo automático de contratación pretendiera supeditar el perfeccionamiento del contrato o la prestación del consentimiento al momento en que tenga conocimiento efectivo de las aceptaciones formuladas por sus clientes.

Ahora bien, una vez determinada la regla que se aplicará a los contratos regulados en los artículos 1.262.III CC y 54.II CCom, es necesario determinar cuándo se perfecciona el contrato. Para la doctrina mayoritaria —y es por la posición por la que nos inclinamos— los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos se perfeccionan cuando el destinatario de la oferta realiza lo que se le indica para que la máquina pueda procesar su aceptación, razón por la cual, en caso de producirse un fallo posterior a la manifestación de la aceptación, el aceptante perjudicado tendrá derecho a exigir el cumplimiento del contrato ya concluido.

A. Lugar de perfección del contrato

A pesar de haberse uniformado el criterio de perfección del contrato en los artículos 1.262 CC y 54 CCom, no se establecen reglas claras sobre el lugar de celebración del contrato. Sólo señala de manera genérica en ambos preceptos la siguiente frase: “El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta”. Como podemos ver, ambas normas no son claras, pues no se pronuncian sobre qué pasa con los contratos celebrados por consumidores activos que se realizan a través de internet. No obstante, la problemática comentada ha sido abordada por la LSSI.

En un primer momento, la LSSI preveía como lugar de celebración del contrato el lugar de residencia del destinatario de los servicios. Por el contrario, en un segundo borrador se señalaba que el contrato se perfeccionaba en el lugar del oferente o prestador de servicios. Sin embargo, el tercer borrador, de enero de 2001, aclaraba que la celebración del contrato electrónico sería en el lugar en donde el PSSI se encontrara establecido, salvo en aquellos contratos en donde intervi-

FORMACIÓN Y PERFECCIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO EN ESPAÑA

niera un consumidor, los cuales se presumían celebrados en el lugar de residencia habitual de éste.⁴⁷

Finalmente, el artículo 29 de la LSSI quedó redactado de la siguiente manera:

En los contratos electrónicos celebrados entre empresarios o profesionales, prima lo que pacten las partes; y de no existir un acuerdo que lo regule, se presumirán celebrados en el que esté establecido el prestador de servicios.

En los contratos celebrados por vía electrónica en los que una de las partes sea un consumidor, se presumirán celebrados en el lugar de su residencia habitual.⁴⁸

Como podemos observar, el precepto comentado distingue claramente las relaciones comerciales entre empresarios (*Business to Business*), empresario y consumidor (*Business to Consumer*) y consumidores entre sí (*Consumer to Consumer*). De esta manera queda zanjado el problema de lugar de celebración de contrato.⁴⁹

B. Foro de competencia y ley aplicable

En las siguientes líneas, analizaremos los aspectos relevantes del lugar de celebración del contrato (foro de competencia y ley aplicable)⁵⁰ en

⁴⁷ Fernández Fernández, R., *El contrato electrónico...*, cit., pp. 164 y 165.

⁴⁸ Véase, en este sentido, Ortega Díaz, J. F., “Contratos electrónicos...”, cit., pp. 72 y 73; Aparicio Vaquero, J. P., “Momento y lugar de perfección...”, cit., p. 117; Rodríguez Ruiz de Villa, D., “Tiempo y lugar de perfección...”, cit., p. 83. Todos estos autores están de acuerdo con el numeral 29, párrafo primero, de la LSSI, en el sentido de cuando actúe un consumidor en materia de contratos electrónicos éste se perfeccionará en el lugar de su residencia habitual.

⁴⁹ Gomez Valenzuela, E., *El perfeccionamiento del contrato electrónico en derecho internacional privado español*, tesis doctoral, Universidad de Jaén, 2019, pp. 105-107.

⁵⁰ En la práctica algunas empresas no respetan el foro de competencia y ley aplicables en los contratos celebrados por los consumidores; por ejemplo, la empresa Amazon, dentro de sus cláusulas de venta, en el punto 14.1, señala lo siguiente: “Las presentes condiciones se regirán e interpretarán de conformidad con las leyes del Gran Ducado de Luxemburgo, excluyéndose expresamente la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Ambas partes acordamos

HENRRY SOSA OLÁN

las relaciones entre empresas y consumidores. Para ello, habrá que diferenciar tres tipos de contratos:

1) *Contratos de consumo intracomunitarios*, los cuales guardan una relación estrecha con otro Estado miembro de la Unión Europea. Estos contratos pueden tener una naturaleza personal o real. Por otro lado, en los últimos años se han experimentado avances tecnológicos, razón por la que se ha creado un marco jurídico de la contratación electrónica, lo que tiene como consecuencia que figuras como la del consumidor pasivo o activo hayan entrado en crisis,⁵¹ debido a que cuando utilizamos internet para contratar a través de páginas web, por regla general todos somos consumidores activos al desaparecer las fronteras geográficas para la compra de bienes y productos. A su vez, la red de redes se convierte en un mercado mundial por medio del cual las grandes empresas ofrecen sus productos. En este contexto, el legislador europeo ha dictado normas en materia procesal y foro de competencia cuya finalidad es proteger al consumidor, sobre todo cuando éste contrate por medios electrónicos. De esta manera, se promulga el Reglamento núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo del 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante Reglamento 1215/2012)⁵² y el Reglamento (CE) No. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo del 17 de junio de 2008, sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I),⁵³ que entró en vigor el 17 de diciembre de 2009 (en adelante Reglamento Roma I). Asimismo, con este tipo de medidas se trata de

someternos a la jurisdicción no exclusiva de los tribunales de distrito de la ciudad de Luxemburgo, lo que significa que usted podrá reclamar sus derechos como consumidor en relación con las presentes Condiciones de Uso tanto en Luxemburgo como en su Estado miembro de residencia en la Unión Europea”, disponible en: http://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html/ref=footer_cou?ie=UTF8&nodeId=200545940 (fecha de consulta: 29 de julio de 2015).

⁵¹ El consumidor activo es aquel que se desplaza de su lugar de residencia para adquirir productos, ya sea a nivel internacional o nacional. Mientras tanto, el consumidor pasivo es aquel que, estando en su lugar de residencia, el empresario le propone una oferta para contratar. Esta diferencia es de suma importancia, sobre todo en el ámbito del derecho internacional privado, para determinar la ley y el foro en materia de contratos de consumo.

⁵² Véase DOCE, núm. L 351/1, 20 de diciembre de 2012.

⁵³ Véase DOCE, núm. L 176, 4 de julio de 2008.

FORMACIÓN Y PERFECCIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO EN ESPAÑA

evitar prácticas comerciales desleales, como las cláusulas abusivas y la competencia desleal.

En los contratos *Business to Consumer* el Reglamento 1215/2012 aclara que la acción entablada por un consumidor contra el vendedor podrá interponerse ante los tribunales del Estado miembro en que estuviera domiciliada dicha parte o ante el tribunal del lugar en que estuviera domiciliado el consumidor. Por otro lado, la acción entablada contra el consumidor por parte del vendedor sólo podrá interponerse ante los tribunales del Estado miembro en que estuviera domiciliado el consumidor (artículo 18.1.2).

Sin embargo, la norma comentada considera admisibles tres cláusulas para el caso del juego de la autonomía de la voluntad en los contratos con consumidores en la elección del foro (artículo 19). La primera regla señala que es válido el acuerdo de elegir un foro diferente al del consumidor, siempre y cuando la elección del foro se dé con posterioridad al litigio; es decir, una vez que haya empezado la controversia. En el segundo supuesto, se admiten cláusulas de sumisión, con la condición de que se amplíe a favor del consumidor la elección de foros. Y la tercera excepción se da cuando en una cláusula contractual se atribuye competencia al tribunal de un Estado miembro en donde residen ambas partes (vendedor y consumidor).

La clasificación comentada cobra relevancia sobre todo a la hora de producir sus efectos el Reglamento 1215/2012 (artículo 17.1.c), que exige que se cumplan los siguientes presupuestos: 1) que el empresario ejerza actividades empresariales en el Estado donde se encuentra el domicilio del consumidor (se trata del principio *Doing Business*), importado del derecho privado internacional estadounidense, y 2) que el empresario dirija sus actividades comerciales al Estado miembro, en donde el consumidor tenga su domicilio (se trata del principio *Stream-of-commerce*, también importado del derecho americano).⁵⁴ Asimismo, quedan excluidos del concepto *contrato de consumo* los contratos relativos a transporte, salvo que se trate de un contrato de viaje combinado.

⁵⁴ Hernández Fernández, A., "La protección del consumidor transfronterizo intracomunitario. Cuestiones de derecho internacional privado", *Estudios sobre Consumo*, núm. 79, 2006, disponible en: <http://www.consumo-inc.es> (fecha de consulta: 15 de octubre de 2015).

HENRRY SOSA OLÁN

La delimitación del foro de competencia cobra importancia sobre todo cuando el consumidor contrata a través de internet, en páginas *web*, puesto que la publicación de una página *web* en internet, aunque sea accesible desde cualquier parte del mundo, no significa que el empresario quiera contratar con todos los países. Esta aclaración fue hecha por la Comisión y el Consejo el 24 de noviembre del 2000, debido a que la redacción del artículo 15 de la normativa comentada resultaba de amplia aplicación, por lo tanto no se sabía cuándo estábamos ante una página *web* pasiva⁵⁵ y cuándo ante una activa.⁵⁶ Aunque si una página *web* es pasiva, pero invita al consumidor a realizar su pedido a través de fax o un número de teléfono gratuito, éste gozará de la protección que le brinda la ley, tal y como aclara la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) dictada el 7 de diciembre de 2010, C-585/08 (asunto *Pammer*), la cual, en sus conclusiones, aclara:

2) Con el fin de determinar si puede considerarse que un vendedor, cuya actividad se presenta en su página web o en la de un intermediario, «dirige» su actividad al Estado miembro del domicilio del consumidor, en el sentido del artículo 15, apartado 1, letra c), del Reglamento No. 44/2001, procede comprobar si, antes de la celebración del contrato con el consumidor, de las citadas páginas web y de la

⁵⁵ Arenas García, R., “Competencia judicial internacional y acuerdos de sumisión en la contratación electrónica internacional”, *Estudios sobre Consumo*, núm. 85, 2008, disponible en: <http://www.consumo-inc.es> (fecha de consulta: 15 de octubre de 2015). Para este autor, en relación con las páginas *web* pasivas, “esta idea ya había sido utilizada por la jurisprudencia de Estados Unidos, que se negó a asumir competencia en un supuesto en el que el comerciante demandado en Nueva Jersey sobre la base de que su página web era accesible en dicho Estado. La decisión de la *Court of the District of New Jersey* de 12 de septiembre de 1997 rechazó que esta circunstancia fuera base competencia suficiente con el argumento de que la página *web* del demandado era puramente pasiva, limitándose a ofrecer información y fotografías de los hoteles que operaba el demandado. De esta forma, las páginas que se limiten a ofrecer información sobre la empresa o los productos de esta no justificarán por sí solas la aplicación de las normas protectoras de competencia de los consumidores contenidas en los artículos 16 y 17 del Reglamento...”.

⁵⁶ Véase, en este sentido, Hernández, Fernández, A., “La protección del consumidor...”, *cit.*, disponible en: <http://www.consumo-inc.es> (fecha de consulta: 15 de octubre de 2010).

FORMACIÓN Y PERFECCIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO EN ESPAÑA

actividad global del vendedor se desprendía que este último tenía intención de comerciar con consumidores domiciliados en otro u otros Estados miembros, entre ellos el del domicilio del consumidor, en el sentido de que estaba dispuesto a celebrar un contrato con ellos.

Los siguientes elementos, cuya lista no es exhaustiva, pueden constituir indicios que permiten considerar que la actividad del vendedor está dirigida al Estado miembro del domicilio del consumidor: el carácter internacional de la actividad, la descripción de itinerarios desde otros Estados miembros al lugar en que está establecido el vendedor, la utilización de una lengua o de una divisa distintas de la lengua o la divisa habitualmente empleadas en el Estado miembro en el que está establecido el vendedor, con la posibilidad de reservar y de confirmar la reserva en esa otra lengua, la mención de números de teléfono con indicación de un prefijo internacional, los gastos en un servicio de remisión a páginas web en Internet con el fin de facilitar el acceso al sitio del vendedor o al de su intermediario a consumidores domiciliados en otros Estados miembros, la utilización de un nombre de dominio de primer nivel distinto al del Estado miembro en que está establecido el vendedor y la mención de una clientela internacional formada por clientes domiciliados en diferentes Estados miembros. Corresponde al juez nacional comprobar si existen esos indicios.

En cambio, el mero hecho de que pueda accederse a la página web del vendedor o del intermediario en el Estado miembro del domicilio del consumidor es insuficiente. Lo mismo ocurre con la mención de una dirección electrónica y de otros datos o con la utilización de una lengua o de una divisa que son las habitualmente empleadas en el Estado miembro en el que está establecido el vendedor.

En lo tocante a la protección de los consumidores, en cuanto al foro judicial internacional se refiere, el TJCE ha delimitado el ámbito de aplicación de la siguiente manera:

- 1) *Interpretación autónoma* del consumidor, la cual comprende sólo a las personas físicas, excluyéndose, por lo tanto, las personas jurídicas.
- 2) *Interpretación restrictiva*, en el sentido de favorecer al consumidor desplazando la generalidad del *forum actoris*, evitándole desplazarse de su domicilio.

HENRRY SOSA OLÁN

3) *Interpretación teleológica*, con esta interpretación se trata de incentivar al consumidor de hacer valer sus derechos procesales al favorecerle con la cercanía de los tribunales, con el fin de evitarle un perjuicio económico y jurídico.⁵⁷

Hay que dejar claro también que el Reglamento Roma I adapta su regulación a la nueva realidad tecnológica; es decir, prevé la contratación electrónica, pues el derogado Convenio de Roma de 1980 excluía de su ámbito de aplicación (artículo 5o.) los contratos celebrados *on line*. Por otro lado, tampoco existía una delimitación de los conceptos de consumidor activo y pasivo, lo que provocaba incertidumbre jurídica. De ahí que el legislador comunitario se preocupara por cubrir este vacío legal al prever, en el artículo 6o. del Reglamento Roma I, la contratación de bienes intangibles.

2) *Contratos de consumo extracomunitarios*. Con la regulación de estos contratos se pretende proteger al consumidor pasivo en aquellos contratos de consumo que se excluyen de la normativa (artículo 3.4 del Reglamento Roma I), ya sea por razón de materia o porque la elección por las partes de una ley no sea la de un Estado miembro. Además, el artículo 23 de la normativa comentada prevé la aplicación conjunta de otras disposiciones de derecho comunitario,⁵⁸ las cuales han introducido normas de derecho internacional privado, esto con el propósito de impedir que se prive al consumidor europeo de la protección jurídica, sobre todo cuando un contrato no tenga la calidad de intracomunitario.⁵⁹

Por otra parte, la protección del consumidor pasivo a nivel nacional se regula en el artículo 67 TRLGDCU, el cual menciona la expresión “vínculos estrechos”, que se dan cuando:

⁵⁷ Durán Ayago, A., *La protección de las PYMES en el comercio internacional: propuestas de regulación*, Barcelona, Atelier, 2008, p. 51.

⁵⁸ Véase artículo 6.2 de la Directiva 93/13/CEE, de cláusulas abusivas; artículo 12 de la Directiva 122/2008/CE, de tiempo compartido; artículo 12 de la Directiva 48/2008/CE, de crédito al consumo; artículo 3o. de la Directiva 2000/31/CE, de comercio electrónico (la cual introduce la cláusula de mercado interior), y artículo 7o. de la Directiva 1999/44/CE, de compraventa.

⁵⁹ Añoveros Terradas, B., *Los contratos de consumo intracomunitarios*, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 59.

FORMACIÓN Y PERFECCIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO EN ESPAÑA

...el empresario ejerciere sus actividades en uno o varios Estados miembros del Espacio Económico Europeo, o por cualquier medio de publicidad o comunicación dirigiere tales actividades a uno o varios Estados miembros y el contrato estuviere comprendido en el marco de esas actividades. En los contratos relativos a inmuebles se entenderá, asimismo, que existe un vínculo estrecho cuando se encuentren situados en el territorio de un Estado miembro.

Para el caso de ventas a distancia —objeto de nuestro estudio— y garantías de bienes de consumo, se entiende que existe un vínculo estrecho cuando

...el bien haya de utilizarse, ejercitarse el derecho o realizarse la prestación en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, o el contrato se hubiera celebrado total o parcialmente en cualquiera de ellos, o una de las partes sea ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o presente el negocio jurídico cualquier conexión análoga o vínculo estrecho con el territorio de la Unión Europea⁶⁰ (artículo 67.3 TRLGDCU).

Con este tipo de medidas el legislador español salvaguarda los intereses del consumidor en el espacio intracomunitario europeo. En este sentido, la DDC en el punto número 58 de su exposición de motivos aclara: “El consumidor no debe ser desposeído de la protección que le otorga la presente Directiva. Si la ley aplicable al contrato es la de un tercer país, debe aplicarse el Reglamento (CE) No. 593/2008, para determinar si el consumidor conserva la protección que ofrece la presente Directiva”.

3) *Contratos de consumo relativamente comunitarios*. Son aquellos que, como su nombre indica, no presentan conexiones relevantes con Estados no comunitarios,⁶¹ para lo cual tendremos que recurrir al derecho privado autónomo español (artículo 22.4 de la Ley Orgánica

⁶⁰ Requejo, Isidro M., “Comentario al artículo 67 del Texto Refundido”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Navarra, Aranzadi, 2009, p. 836.

⁶¹ Añoveros Terradas, B., *Los contratos de consumo...*, cit., pp. 41 y 42.

HENRRY SOSA OLÁN

del Poder Judicial, en adelante LOPJ), que tomó como modelo el Convenio de Bruselas I al adoptar soluciones muy similares, aunque con ciertas diferencias. Ello se refleja en los contratos de ventas a plazos de objetos corporales y los destinados a la financiación de éstos, en donde la LOPJ permite al consumidor acceder a los foros sin exigir requisito alguno.⁶²

Asimismo, es importante señalar también que para el caso de que una disputa se someta a arbitraje extranjero, queda excluida la aplicación del Reglamento de Bruselas I, por lo tanto, el litigio se registrará por lo previsto en el Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales en el extranjero, el cual no excluye de su ámbito de aplicación los contratos celebrados con consumidores, por eso una cláusula arbitral estipulada en un contrato de consumo se considera válida y eficaz en los tribunales donde se presente la demanda que se someta a arbitraje.⁶³

Lo anterior cobra importancia porque hay empresas que se dedican al comercio electrónico que no respetan lo dispuesto en el Reglamento Roma I, por ejemplo, la empresa Amazon España, que dentro de sus condiciones generales señala lo siguiente:

Las presentes condiciones se registrarán e interpretarán de conformidad con las leyes del Gran Ducado de Luxemburgo (a excepción de sus disposiciones sobre conflicto de leyes), excluyéndose expresamente la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Si eres un consumidor y tienes tu residencia habitual en la Unión Europea, también contarás con la protección que pueda ofrecerte cualquier disposición imperativa de la legislación de tu país de residencia. Ambas partes acordamos someternos a la jurisdicción no exclusiva de los tribunales de distrito de la ciudad de Luxemburgo, lo que significa que podrás reclamar tus derechos como consumidor en relación con las presentes Condiciones de Uso tanto en Luxemburgo como en tu Estado Miembro de residencia en la Unión Europea.⁶⁴

⁶² Amores Conradi, M. A. *et al.*, "Contratos internacionales/normas...", *cit.*, pp. 389 y 390.

⁶³ *Idem.*

⁶⁴ Disponible en: https://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html?ie=UTF8&no_deld=201909000&ref_=footer_cu (fecha de consulta: 8 de enero de 2020).

La cláusula comentada se considera nula, pues va en contra de lo dispuesto en los artículos 67 del TRLGDCU y 5o. del Reglamento Roma I, ya que, como vimos, cuando una de las partes sea consumidora se aplicará siempre la ley de su residencia habitual.

En cambio, hay otras empresas que sí respetan lo relativo al foro y ley aplicable al contrato electrónico celebrado con consumidores; ejemplo de ello es el Corte Ingles en España, que dentro de sus condiciones generales señala lo siguiente: “5. Legislación y fuero. Las partes se someten, a su elección, para la resolución de los conflictos y con renuncia a cualquier otro foro, a los Juzgados y Tribunales del domicilio del Usuario”.⁶⁵

En materia de contratación mercantil, la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre Comercio Electrónico del 12 de junio de 1996, en su artículo 15.4, establece las directrices para determinar el lugar de celebración del contrato en relación con el tiempo y lugar del envío y la recepción de un mensaje de datos, al prever las siguientes situaciones:

- a) Si en el contrato no se estableció cláusula que determine en donde se celebró el contrato, será el lugar donde el iniciador tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo.
- b) Si el iniciador o el destinatario tiene más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con la operación subyacente, o de no haber una operación subyacente, su establecimiento principal.
- c) Si el iniciador o el destinatario no tienen establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual.

Como podemos ver, determinar el lugar en el cual se celebra el contrato electrónico cobra gran importancia a efectos de ley aplicable y determinación del fuero y fiscales.⁶⁶

⁶⁵ Disponible en: https://cuenta.elcorteingles.es/condiciones-de-uso/?modal=1&locale=es#_ga=2.112910080.503118423.1610331873-230251493.1610331873 (fecha de consulta: 8 de enero de 2020).

⁶⁶ La Directiva 2002/38/CE del Consejo, de 7 de mayo, por la que se modifica y se modifica temporalmente la Directiva 77/388/CE respecto del régimen del impuesto sobre el valor añadido aplicable a los servicios de radiodifusión y de televisión y a algunos servicios

HENRRY SOSA OLÁN

3. Conclusión

La *oferta* y la *aceptación* son conceptos de suma importancia en materia de contratación electrónica, sobre todo a la hora de entender cuándo se perfecciona el contrato. Para resolver esta cuestión habrá que distinguir entre publicidad, oferta y prácticas comerciales, ya que dependiendo de uno u otro caso se aplicarán reglas distintas. La LSSI modificó los artículos 1.262 CC y 54 CCom, quedando ambos preceptos redactados en términos parecidos, adoptándose la “teoría del conocimiento”, combinada con la “teoría de la recepción”, y acabando así con la polémica entre contratación entre presentes y contratación entre ausentes. Eso sí, se continúa con la distinción entre contratos de perfección sucesiva y de perfección instantánea.

La clasificación apuntada cobra relevancia en los contratos electrónicos debido a que no es lo mismo celebrar un contrato por medio de una página *web* activa que a través del correo electrónico. En el primer caso estaríamos ante un contrato de formación instantánea, y para el segundo la perfección sería sucesiva; es decir, en un momento posterior. No obstante, ambos entran en la categoría de contratos a distancia, y siendo una de las partes “consumidor”, les serán aplicables sus normas de protección.

Asimismo, tal y como quedo visto, cuando la contratación se lleve a cabo entre empresarios prima la autonomía de la voluntad de las partes, esto de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29.1 LSSI. En cambio, cuando en la contratación electrónica una de las partes sea consumidor, la ley y foro aplicables al contrato mencionado será el lugar de residencia del consumidor (artículo 29.2 LSSI y artículo 6o. del Reglamento Roma I). Lo anterior cobra importancia pues, como se vio, hay empresas que en España se dedican al comercio electrónico, y dentro de sus condiciones generales sí respetan la ley y foro aplicables a los contratos electrónicos con consumidores. En cambio,

prestados por vía electrónica. En su artículo 9.1 considera como lugar de prestación de servicios el lugar donde esté situada la sede de la actividad económica de quien los preste o en el lugar donde éste último posea un establecimiento permanente desde el que haga la prestación de servicios o, en su defecto, de la sede o el establecimiento mencionados, el lugar de su domicilio o residencia habitual.

otras empresas remiten dentro de sus condiciones generales a un foro y ley distintos de la residencia habitual del consumidor, por tanto, tal cláusula será nula por contravenir normas imperativas del derecho internacional privado.

4. Bibliografía

- AMORES CONRADI, M. A. *et al*, “Contratos internacionales/normas y principios supranacionales con relevancia en el Derecho de contratos”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Tratado de contratos*, Valencia, 2009, t. I.
- AÑOVEROS TERRADAS, B., *Los contratos de consumo intracomunitarios*, Madrid, Marcial Pons, 2003.
- APARICIO VAQUERO, J. P., “Los contratos electrónicos en el derecho español: el marco establecido por la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico”, en Moro Almaraz, Ma. J., (dir.), *Internet y comercio electrónico*, Universidad de Salamanca, 2002.
- APARICIO VAQUERO, J. P., “Momento y lugar de perfección de los contratos electrónicos”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 5, 2004.
- ARENAS GARCÍA, R., “Competencia judicial internacional y acuerdos de sumisión en la contratación electrónica internacional”, *Estudios sobre Consumo*, núm. 85, 2008, disponible en: <http://www.consumo-inc.es> (fecha de consulta: 15 de octubre de 2014).
- ARROYO APARICIO, A., *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Navarra, Aranzadi, 2003.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a los artículos 38 a 48 de la LOCM”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y LEGUINA VILLA, J., (coords.), *Comentarios a las leyes de ordenación del comercio minorista*, Madrid, Tecnos, 1997.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de derecho civil. Contratos*, Madrid, Bercal, 2003.
- CLEMENTE MEORO, M. E., “Algunas consideraciones sobre la contratación electrónica”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 4, 2000.

HENRRY SOSA OLÁN

- DÍAZ BRITO, F. J., “Contratación electrónica: ¿camino del laberinto?”, *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 23, 2001.
- DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. I: *Introducción. Teoría del contrato*, 5a. ed., Madrid, Civitas, 1996.
- DURÁN AYAGO, A., *La protección de las PYMES en el comercio internacional: propuestas de regulación*, Barcelona, Atelier, 2008.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., *El contrato electrónico: formación y cumplimiento*, España, Bosch, 2013.
- GOMEZ VALENZUELA, E., *El perfeccionamiento del contrato electrónico en derecho internacional privado español*, tesis doctoral, Universidad de Jaén, 2019.
- GONZÁLEZ GOZALO, A., “La formación del contrato”, en BERCOVITZ-RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Tratado de contratos*, t. I: *Concepto, límites, significación, requisitos, formación, forma, documentación, interpretación e integración, eficacia e ineficacia del contrato*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- GUILLÉN CATALÁN, R., “Oferta contractual y nuevas tecnologías”, *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas Tecnologías*, Navarra, Aranzadi, núm. 7, 2009.
- HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A., “La protección del consumidor transfronterizo intracomunitario. Cuestiones de derecho internacional privado”, *Estudios sobre Consumo*, núm. 79, 2006, disponible en: <http://www.consumo-inc.es> (fecha de consulta: 15 de octubre de 2014).
- ILLESCAS ORTIZ, R., *Derecho de la contratación electrónica*, Madrid, Civitas, 2000.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *El contrato estructura, formación y eficacia*, Madrid, Tirant lo Blanch, 1997.
- MARÍN LÓPEZ, J. J., “Comentarios a los artículos 38 a 48 de la LOCM”, en Arimany, Manubens y Asociados (coord.), *Ordenación del comercio minorista*, Barcelona, Praxis, 1996.
- MARTÍNEZ GALLEGO, E. M., *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*, Madrid, Marcial Pons, 2000.
- MENÉNDEZ MATO, J. C., *La oferta contractual*, Pamplona, Aranzadi, 1998.
- MORENO QUESADA, B., “La oferta de contrato”, *Separata de Revista de Derecho Notarial*, núm. XII, 1956.

- ORTEGA DÍAZ, J. F., “La cuestión de la perfección y del soporte contractual”, *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 86, 2007.
- PANIZA FULLANA, A., *Contratación a distancia y defensa de los consumidores: su regulación tras la reforma de la Ley de Ordenación de Comercio Minorista y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Granada, Comares, 2003.
- PARDO GATO, J. R., *Las páginas web como soporte de condiciones generales contractuales*, Navarra, Aranzadi, 2003.
- PASQUAU LIAÑO, M., “Comentario a los artículos 38 a 48 de la LOCM”, en PIÑAR MAÑAS, J. y BELTRAN SÁNCHEZ, E. (dirs.), *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la ley orgánica complementaria*, Madrid, Civitas, 1997.
- PERALES VICASILLAS, Ma. del P., “Formación del contrato”, en BOTANA GARCÍA, G. A. (coord.): *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, Madrid, La Ley, 2001.
- POSNER, R. A., *El análisis económico del derecho*, 2a. ed., trad de L. E. SUÁREZ, Fondo de Cultura Económica, 2007.
- REQUEJO ISIDRO, M., “Comentario al artículo 67 del Texto Refundido”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Navarra, Aranzadi, 2009.
- RICO CARRILLO, M., “El contrato electrónico en Europa y Latinoamérica”, *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 44, 2003.
- RINCÓN CARDENAS, E., *Manual de derecho de comercio electrónico y de internet*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., “Tiempo y lugar de perfección de los contratos electrónicos y demás contratos a distancia”, *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 52, 2004.
- ROGEL VIDE, C., “Momento y formación del contrato”, *La Ley*, núm. 4, 1982.
- SALOMÓN SÁNCHEZ, L., “Momento de perfección de los contratos electrónicos”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 11, 2006.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, A., “Comentarios a los artículos 92-106 del TRLGDCU”, en BERCOVIT RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentario al Texto Refun-*

HENRRY SOSA OLÁN

dido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007).

SERNA MEROÑO, E., “Comentario a los artículos 38-41 de la LOCM”, en ALONSO UREBA, A. (coord.), *Régimen jurídico general del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, y a la Ley orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista*, Madrid, McGraw-Hill, 1999.

VALERO CANALES, A., “Momento de perfección del contrato celebrado mediante dispositivos automáticos”, *REDI*, núm. 55, 2003, disponible en: www.alfa-redi.com (fecha de consulta: 11 de noviembre de 2014).

VATTIER FUENZALIDA, C., “Nota breve sobre el momento de perfección del consentimiento contractual”, en CABANILLAS SÁNCHEZ, A. *et al*, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, Madrid, Thompson Civitas, 2003, vol. II.

VATTIER FUENZALIDA, C., “Sobre la formación del contrato en el anteproyecto de la Ley de Comercio Electrónico”, *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 8, 2000.

Revista de Derecho Privado, Cuarta Época,
año VII, núm. 17, enero-junio de 2020

HOMENAJES POST MORTEM

Antonio Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos: Jurista y amigo de México

Oscar Cruz Barney

RDP

A Emilia e Isabel*

Que entre todos los juristas alcemos la voz del derecho y sepamos modular nuestras reflexiones comprometidas, desde la pluralidad y el respeto, a fin de lograr una sociedad más lúcida, más solidaria y más justa.

Antonio Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos, *La edad de los deberes*, Madrid, 2013

El pasado día 15 de enero de 2020 falleció en Madrid D. Antonio Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos, un enorme jurista y amigo entrañable, abogado ejerciente y en ese momento secretario del Consejo de Administración de El Corte Inglés. Una trágica partida totalmente inesperada, a sus 66 años.

* Agradezco a Emilia Crespo y a Guadalupe Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos sus comentarios y sugerencias al presente texto.

OSCAR CRUZ BARNEY

Antonio Hernández-Gil nació en la Ciudad de Burgos, España, en 1953 y cursó la Licenciatura de Derecho en la Universidad Complutense de Madrid donde obtuvo el Premio Nacional Fin de Carrera y el Premio Extraordinario del Doctorado. En 1975 inició como docente en la Universidad Complutense de Madrid para posteriormente en 1983 obtener la Cátedra de Derecho Civil en la Universidad de Santiago y en 1986, recibir la Cátedra de Derecho Civil de la UNED.

Un jurista en plenitud, fue condecorado el 7 de enero de 1983 con la Cruz de Honor de la Orden de San Raimundo de Peñafort que se trata sin lugar a dudas de la más prestigiosa condecoración para jueces y abogados del mundo hispánico, “es indudablemente el más prestigioso premio que un jurista puede alcanzar por sus méritos, y el conjunto de los condecorados forma, sobre todo, la reunión de los más preclaros y distinguidos servidores de la Justicia y de la Ley.”¹ En el año 2011 fue distinguido con el Doctorado *Honoris Causa* por la Universidad Pontificia de Comillas. Ingresó en 2010 a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación con el número 26, y el 17 de junio de 2013 dio lectura a su discurso de ingreso titulado *La Edad de los Deberes*, contestado por el Excmo. Sr. D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León. Inició su discurso recordando a su padre, D. Antonio Hernández Gil quien fue presidente de dicha *Real Academia* por muchos años y a quien acompañó desde joven en los trabajos académicos. De hecho, la primera conferencia de Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos la dictó ahí, titulada *La idea de sistema en Savigny*.

El 15 de noviembre de 2017 obtuvo el XXIII Premio Pelayo para juristas de reconocido prestigio. Bajo la presidencia de honor del Rey Felipe VI, la mesa presidencial estuvo formada por Carlos Lesmes, presidente del Consejo General del Poder Judicial; Rafael Catalá, ministro de Justicia; José Manuel Romay Becaria, presidente del Consejo de Estado; Ramón Álvarez de Miranda, presidente del Tribunal de Cuentas; Landelino Lavilla, presidente del jurado y consejero permanente de Estado; y José Boada, presidente del Consejo de Administración de Grupo Pelayo.

¹ Ceballos-Escalera y Gila, Alfonso de, *La Orden de la Cruz de San Raymundo de Peñafort y las élites de la Justicia y del Derecho (1944-2014)*, Madrid, Ministerio de Justicia, *Boletín Oficial del Estado*, 2015, p. 82.

ANTONIO HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS: JURISTA Y AMIGO DE MÉXICO

yo. La semblanza del galardonado corrió a cargo de Consuelo Madrigal, fiscal de la sala segunda del Tribunal Supremo y exfiscal general del Estado.² En su discurso de recepción del premio señaló:

El derecho no sólo está impregnado de valores sino que es él mismo un valor. Es valioso —imprescindible— el respeto al derecho en el Estado de derecho y es también un valor en su capacidad de transformación social, porque sólo a través del derecho se progresa hacia una sociedad más justa.³

Antonio Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos se acercó al estudio del derecho desde la literatura y la filosofía del lenguaje. Su tesis doctoral dirigida por Ramón López Vilas y defendida en 1976 se tituló *La función de la analogía en el razonamiento jurídico* donde explicó el razonamiento por analogía y la interpretación analógica mediante un análisis formalizado.⁴

Se incorporó en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (ICAM) en 1974 y formó parte de su Junta de Gobierno de 1981 a 2005, hasta su elección como Decano del mismo de 2007 a 2012. Como señalamos, fue vicepresidente primero del Consejo General de la Abogacía Española.⁵ Fue también Colegiado de Honor del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, al igual que su padre (D. Antonio Hernández Gil) cuyo retrato se conserva en el INCAM. Socio director del Bufete Hernández-Gil.

Interesado siempre en depurar el discurso científico acerca del derecho, civilista y abogado ejerciente en la jurisdicción civil, reconocía que sus responsabilidades en la abogacía institucional como Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y vicepresidente del Consejo General de la Abogacía Española lo habían vuelto a acercar a la reflexión más general sobre el derecho y la justicia en la sociedad global actual.

² Disponible en: <https://www.expansion.com/juridico/actualidad-tendencias/2017/11/16/5a0de7bfe2704ead0a8b4614.html>.

³ *Idem*

⁴ Disponible en: <https://eprints.ucm.es/54416/1/5327077207.pdf>.

⁵ Disponible en: https://web.icam.es/actualidad/noticia/6566/Fallece_Antonio_Hernandez-Gil,_decano_del_Colegio_de_Abogados_de_Madrid_entre_2007_y_2012.

OSCAR CRUZ BARNEY

Cabe destacar que su ejercicio profesional como abogado fue también acompañado de la docencia y la presencia en órganos de administración de empresas como Repsol YPF, El Corte Inglés S.A y Barclays Bank.

Hernández-Gil mantuvo siempre su compromiso con la abogacía iberoamericana. El domingo 15 de mayo de 2011 cuando iniciaron en Madrid los trabajos de la reunión de delegados de la UIBA en la sede del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, ratificó el compromiso del ICAM con los colegios iberoamericanos.

Creó en 2015 la Fundación Antonio Hernández Gil⁶ que es una institución sin ánimo de lucro, con el fin de promover y dar a conocer la figura y los valores del destacadísimo jurista español, padre de Antonio Hernández-Gil, que ayudó a definir con rigor y precisión el derecho moderno atendiendo a su dimensión ética y contribuyó a la redacción de la Constitución Española de 1978.

Antonio Hernández-Gil dejó por fortuna obra escrita, no solamente su tesis doctoral sino obras como *El tratamiento de la costumbre en la codificación civil hispanoamericana* (Madrid, 1976) en coautoría con Enrique Zuleta Puceiro, el Estudio Introductorio en coautoría con quien esto escribe a la obra de García Goyena, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, (México, Imprenta de la Biblioteca de Jurisprudencia, 1878-1881, IV Tomos, Edición Facsimilar Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, Presentación Juan N. Silva Meza y Edgar Elías Azar, 2011); *La preferencia del varón en la sucesión nobiliaria después de la Constitución* (Civitas, Madrid, 1992); *Vitalidad y vigencia del Código Civil por su Lenguaje* (Centenario del Código Civil coordinado por Francisco Rico Pérez, 1986); *El Lenguaje del Derecho Administrativo* (INAP, 1986); su trabajo “Ante la teoría pura del derecho” en Juan B. Vallet de Goytisoló (hom.), *Homenaje a Juan Berchmans*, Madrid, Consejo General del Notariado, 1988); “Retos de la abogacía ante la sociedad global” en Marta Gisbert Pomata, Alberto Serrano Molina (Coord.); Cristina Carretero González (dir.), Federico de Montalvo Jääskeläinen (dir.), *Retos de la abogacía ante la sociedad*

⁶ Disponible en: <https://fundacionantoniohernandezgil.es>.

ANTONIO HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS: JURISTA Y AMIGO DE MÉXICO

global (Civitas, Universidad Pontificia Comillas, 2012); “La justicia en la concepción del Derecho según la Constitución española”, en Antonio López Pina, *División de poderes e interpretación: ante una teoría de la praxis constitucional* (Tecnos, 1987); “40 años del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución”, en Pendás García, Benigno. Director, *España constitucional 1978-2018, trayectorias y perspectivas*, (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018); “La equidad más allá del artículo 3.2 del Código Civil”, en Alberto Serrano Molina, Isabel Eugenia Lázaro González (Dir.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Don José María Castán Vazquez* (Reus, 2019) y su ya citado discurso de ingreso a la *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* publicado en Madrid en 2013.

Cabe destacar que dos días antes de su partida, Antonio Hernández-Gil dejó concluida una nueva obra de más de mil páginas que habrá de publicarse pronto, titulada *La Edad de los Deberes*, desarrollo de su discurso de ingreso a la *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* y que esperamos poder leer pronto. Hernández Gil consideraba ésta la obra más importante de su vida.

La tarde del día 16 de enero de 2020 la Abogacía madrileña se despidió de Antonio Hernández-Gil, decano que fue del ICAM. Se instaló una capilla ardiente en el Patio de la Biblioteca del Colegio en la calle Serrano 11, a donde acudieron entre muchos otros la presidenta del Consejo de Estado, D^a Teresa Fernández de la Vega, el alcalde del Ayuntamiento de Madrid, D. José Luis Martínez-Almeida; el Consejero de Justicia de la Comunidad de Madrid, D. Enrique López; la presidenta de la Abogacía Española, D^a Victoria Ortega; la juez decana de Madrid, D^a María Jesús del Barco; el presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM), D. Celso Rodríguez Padrón; el fiscal superior de Justicia de Madrid, D. Jesús Caballero Klink; el expresidente del Tribunal Constitucional y Consejero Permanente de Estado, D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer; el padre de la Constitución y Consejero Permanente de Estado, D. Miguel Herrero Rodríguez de Miñón, el Consejero Permanente de Estado, y exministro de Justicia D. Fernando Ledesma Bartret, El ex jefe de la Casa Real y Consejero Permanente de Estado, D. Alberto Aza Arias, el abogado y exministro de Justicia D. José María Michavila; la abogada y exministra de Asuntos Exteriores

OSCAR CRUZ BARNEY

Da. Ana Palacio; la ex fiscal general del Estado, Da. Consuelo Madrigal Martínez-Pereda, el magistrado y ex fiscal general del Estado, Julián Sánchez Melgar,⁷ el Rector de la UNED, D. Ricardo Mairal Usón y la secretaria general del Consejo de Estado, D^a. Guadalupe Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos, hermana de Antonio, así como los miembros de la Junta de Gobierno del ICAM y el Decano del mismo, D. José María Alonso. Estuvieron presentes también los decanos D. Luis Martí Mingarro y D^a. Sonia Gumpert, así como otros compañeros de anteriores juntas de gobierno.

Antonio Hernández-Gil y México

Los días 21 a 24 de abril de 2010 el INCAM organizó, bajo nuestra presidencia,⁸ el XIX Congreso de la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados UIBA, Congreso que habría de repetirse años después bajo la presidencia del INCAM de Alfonso Pérez-Cuéllar Martínez. A dicho congreso acudieron cerca de 350 participantes de México y de toda Iberoamérica, España, Portugal e Italia. Fue con ese motivo que conocimos al Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid D. Antonio Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos. Una larga conversación en la biblioteca de D. Javier Quijano Baz nos llevó a renovar y profundizar el convenio de colaboración existente entre ambas instituciones, firmado años atrás por D. Fernando Yllanes Martínez y D. Luís Martí Mingarro. Resultado de esa y posteriores conversaciones renovamos el acuerdo existente, emitimos dos medallas conjuntas, abrimos espacio en las respectivas páginas a los abogados mexicanos en Madrid y españoles en México con un esquema de apoyo a los procesos de homologación de estudios jurídicos y publicamos la ya señalada edición facsimilar de las *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español* de Florencio García Goyena en su edición mexicana de 1878,

⁷ Disponible en: https://web.icam.es/actualidad/noticia/6568/La_Abogac%C3%ADa_madrileña_se_despide_de_Antonio_Hernández-Gil,_decano_emérito_del_ICAM.

⁸ El Decanato en el ICAM de Antonio Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos (2007-2012) y nuestra Presidencia del INCAM (2008-2012) fueron coincidentes, lo que permitió el buen éxito del trabajo conjunto.

ANTONIO HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS: JURISTA Y AMIGO DE MÉXICO

dadas las múltiples vinculaciones que dicha obra significa para el derecho, la justicia y la abogacía de ambas naciones. Fue nombrado por la Junta Menor del INCAM Miembro de Honor, que es la máxima distinción que otorga el Colegio mexicano a juristas tanto nacionales como extranjeros.

Fue el inicio de una profunda amistad con Antonio y su familia.

Hernández-Gil estuvo presente en junio de 2012 como orador invitado en la asamblea de toma de posesión como presidente del INCAM de D. Rafael Ramírez-Moreno Santamarina. Su presencia en dicha asamblea fue una clara muestra de la renovada fortaleza de las relaciones institucionales y de amistad entre la abogacía mexicana y española. En esa ocasión dictó una conferencia magistral sobre abogacía y colegiación en la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana invitado por su entonces director y ahora rector general UP-IPADE, D. José Antonio Lozano Díez. Asimismo, el día 22 de junio grabó uno de los programas del INCAM “Entre Juristas”, en el Canal Judicial.

Cabe destacar que había aceptado, apenas en agosto de 2019, nuestra invitación a incorporarse como miembro del Consejo Editorial de la *Revista de Derecho Privado* del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Antonio Hernández-Gil era además de un abogado con una capacidad de trabajo sorprendente, un músico de primera línea, conocedor y virtuoso no solamente en el derecho sino también de la música. Interpretaba magistralmente la guitarra clásica, instrumento que tocaba diariamente y que le acompañaba en todos sus viajes. Grabó un disco conjuntamente con Rocío Herrero, en donde interpretaron conjuntamente la *Fantasía para dos Guitarras* de Fernando Sor (Dial Discos, España, 1995).

Un hombre, bibliófilo, que disfrutaba del arte, de la literatura, de la filosofía, de la astronomía y de las ciencias, de la conversación, de la buena comida (uno de sus restaurantes favoritos era el Zalacaín en Madrid) y del campo. Se producía un magnífico aceite de oliva (con aceitunas de su propiedad) marca *El Castúo de Guareña* por la cooperativa del Campo “San Pedro”. Sabía cómo ninguno apreciar los Finos, las Manzanillas y el Palo Cortado.

OSCAR CRUZ BARNEY

El apego de Hernández-Gil a México se hizo evidente desde el inicio. En palabras de D. Javier Quijano Baz, “Nunca antes estuvieron tan unidos en el espíritu profesional ambos gremios. Mucho debemos al inmenso abogado madrileño cuya partida tanto nos duele. Que la tierra le sea blanda y luzca para el la luz perpetua”.

¡Un abrazo siempre, querido Antonio!

Revista de Derecho Privado, Cuarta Época,
año VII, núm. 17, enero-junio de 2020

Horacio Heredia Vázquez (1979-2020)

Oscar Cruz Barney

RDP

El pasado viernes 14 de febrero falleció el Doctor Horacio Heredia Vázquez, quien era investigador titular “A” de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Había sido recientemente incorporado a invitación nuestra al reciente Comité Editorial de la *Revista de Derecho Privado*. Hijo de D. Roberto Heredia Correa (1937-2012), uno de los fundadores del Centro de Estudios Clásicos del Instituto de Investigaciones Filológicas en 1973. Comentaba Horacio Heredia que de las conversaciones en casa abrevó el impresionante acervo de cultura clásica que lo distinguía y su dominio del Latín.

El Doctor Heredia Vázquez realizó sus estudios de licenciatura en la Facultad de Derecho de la UNAM, Máster di II Livello en la Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”, Doctorado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

En su momento fue Becario del Instituto de Investigaciones Jurídicas, del Sistema Nacional de Becas Conacyt, del Programa Papiit, del Ministero degli Affari Esteri de Italia y del Istituto Italo Latinoamericano de Roma. Colaboró en la redacción de la revista *Roma e America. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, que es realizada por el Centro di Studi Giuridici Latinoamericani de la Università di Roma “Tor Vergata”, en colaboración con el IILA y

OSCAR CRUZ BARNEY

ASSLA; fue miembro del comité editorial de la revista *Cauces* y miembro de la redacción en la revista *Paréntesis*.

Publicó diversos ensayos, artículos, reseñas, comentarios y traducciones en revistas nacionales. Participó en el Congreso de la *Société Internationale Fernand de Vischer pour l' Histoire des Droits de l'Antiquité* (SI-HDA) 2015 celebrado en Estambul, Turquía; asimismo en el XIX Congreso Latinoamericano de Derecho Romano celebrado en México.

Fue profesor titular en la Universidad Pontificia, en el ITAM y en la Facultad de Derecho de la UNAM.

Participó de manera brillante como invitado y conjuntamente con quien esto escribe en el programa *La Palabra Justa*, con Gerardo Dehesa y Mónica Lavín transmitido por el Canal Judicial, producido por el Poder Judicial Federal.

Entre sus publicaciones podemos destacar: coordinado conjuntamente con el Dr. Jorge Adame el libro *Estudios latinoamericanos de derecho romano*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017. En esa obra escribió el capítulo “D.9,2,27,14 y el alcance de la tutela aquiliana”.

Comentario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma a las Contradicciones de Tesis 386/2014, 91/2015, 208/2015, 294/2015 en relación con el tema de la usura, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2018, Colección: Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En coautoría con el Dr. José Luis Soberanes Fernández publicó el artículo “La alocución de Pío IX y la condena a la legislación liberal Mexicana”, en *Foro, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, Universidad Complutense de Madrid, Servicio de Publicaciones, Volumen 18, Número 2.

Un joven jurista apreciado, cordial, respetuoso, amable y dispuesto siempre a colaborar, una pérdida irreparable para el pensamiento jurídico en México, para el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y para la *Revista de Derecho Privado*. ¡Descanse en paz Horacio Heredia Vázquez!

Revista de Derecho Privado, Cuarta Época,
año VII, núm. 17, enero-junio de 2020

Rodolfo Cruz Miramontes, in memoriam

Oscar Cruz Barney

RDP

El pasado 26 de marzo de 2020 falleció uno de los fundadores de nuestra *Revista de Derecho Privado* y miembro del Consejo Editorial de la misma, Don Rodolfo Cruz Miramontes.

La *Revista de Derecho Privado* manifiesta su profundo dolor por la partida de quien en su momento apoyó a Don Jorge Barrera Graf en el lanzamiento de la Revista y colaboró en diversas ocasiones con publicaciones para la misma.

Rodolfo Cruz Miramontes fue un chihuahuense por los cuatro costados, los orígenes familiares y los vínculos de amistad con sus co-terráneos están siempre presentes en la vida del Doctor Cruz Miramontes. De igual modo, parte de su infancia, los inicios y una primera etapa de su vida académica y profesional, se desarrollaron en la ciudad de Chihuahua.

Perteneció a la Generación 50 de la Facultad de Derecho de la UNAM, entonces Escuela Nacional de Jurisprudencia, que dio grandes juristas y literatos como Carlos Fuentes, Sergio Pitol y Salvador Elizondo. Los estudios todavía los efectuó en el antiguo Convento de Santa Catalina de Siena en lo que ahora es el Centro Histórico. No sería sino hasta 1954 que la Escuela de Derecho se traslada a la recién inaugurada Ciudad Universitaria.

OSCAR CRUZ BARNEY

Durante la carrera tuvo la fortuna de tener maestros de la talla de un Luis Recasens, de un Jiménez Huerta, de Don Manuel Pedroso y desde luego del maestro Don Oscar Morineau, jurista que habría de ejercer una influencia profesional y humana definitiva en Cruz Miramontes quien fue su pasante y de él aprehendió no solamente el ejercicio de la abogacía sino mucho del carácter humano del maestro Morineau, padre de nuestra muy querida colega y amiga Marta Morineau, q.e.p.d.

Fue compañero como señalamos, en la Escuela Nacional de Jurisprudencia de personajes como Carlos Fuentes, quien según su propio dicho bautizó a Artemio Cruz, el personaje de su novela con ese apellido precisamente por su amigo Rodolfo Cruz.

Fue de los pocos mexicanos de esa generación que tuvo oportunidad de acudir al extranjero a hacer estudios de posgrado. Estudió el Doctorado en Derecho en la Universidad Central de Madrid, ahora Complutense, gracias a la beca recibida del Instituto de Cultura Hispánica y a la generosidad y visión del español residente en Chihuahua Don Ignacio Usle Fernández.

Si hay algo que haya influido en la formación de la visión del mundo y la cultura en Cruz Miramontes es sin duda su estancia en España. Ahí llegó a ser decano de la residencia universitaria Colegio Mayor de Guadalupe en tiempos en que no había relaciones diplomáticas con México (una placa con su nombre adorna la habitación que ocupó en la residencia). La organización de la semana de México significó grandes retos que le llevaron, en la organización de la misma, a conocer a humanistas de la talla de Gregorio Marañón a quien convenció para que diera una conferencia en la residencia, a un Dominguín para que apoyara económicamente y a Don Juan Carlos de Borbón, en ese momento Príncipe de España para que acudiese a alguno de los actos organizados.

Le dirigió la tesis doctoral otro jurista al que recordaba constantemente, Don José Luis de Azcárraga y de Bustamante, maritimista de primera línea, tal que tuvo que ir a buscar con la máquina de escribir a cuestras hasta Galicia durante unas vacaciones ante la problemática surgida con la tesis de un compañero filipino “¡Cruz Miramontes! ¿¿Qué hace usted aquí??” le habría dicho Azcárraga tumbado tomando el sol.

RODOLFO CRUZ MIRAMONTES, IN MEMORIAM

La estancia en España fue seguida de otra en París de igual o mayor trascendencia en la cultura, personalidad y gustos de Cruz Miramontes, La Haya cerró el círculo formativo personal, cultural y profesional en Europa.

En Chihuahua el ejercicio profesional, le llevó por la judicatura, el notariado y la abogacía junto con Salvador Creel, Mario García, Manuel R y otros. Crearía además el despacho Creel, García y Cruz.

Su vinculación con las empresas de Don Eloy Vallina y Don Esteban Almeida entre otros fue importante, con la Financiera y Fiduciaria de Chihuahua, con el Grupo Cementos de Chihuahua y en su momento con Inter Ceramic también lo fue.

Su vida en Chihuahua estuvo marcada por una intensa actividad cultural y universitaria: especial orgullo le produce la fundación de la Revista *Lecturas Jurídicas* y el nacimiento de la Escuela de Derecho de la UACH, asimismo las discusiones culturales y sociales en el grupo de los denominados "Amigos de la Verdad": Abel Beltrán del Río, Guillermo Barney, Juan José Royo, Felipe Colomo, Mario Arras, José Falomir, Salvador Creel y otros mas, así como la fundación del Instituto Chihuahuense de Estudios Sociales ICHES.

Trabó una gran amistad con Don José Fuentes Mares, con quien discutía el contenido de sus trabajos históricos y conocimientos gastronómicos.

En 1971 se traslada a la Ciudad de México, asumirá la Dirección Jurídica del Instituto Mexicano de Comercio Exterior, creación de Julio Faesler y Carlos Torres Manso, instituto que ya representaba en Chihuahua para ese momento. Abre su despacho primero en la calle de Manzanas 46 asociado con Gustavo J. Pérez y posteriormente lo traslada a donde se encuentra actualmente a una cuadra del Ángel de la Independencia. Siempre ha tenido la clara certeza de que el despacho no hay que cerrarlo nunca, es el espacio natural del abogado. En la Ciudad de México creó la firma Rodolfo Cruz Miramontes y Asociados, Abogados, S.C., el Bufete Jurídico Rodolfo Cruz Miramontes, S.C. y posteriormente Cruz Abogados, S.C. asociado con su hijo, que esto escribe, con quien publicó diversas obras sobre arbitraje y solución de controversias.

Para Cruz Miramontes la vida gremial tiene un lugar especial. En su momento incorporado a la Barra Mexicana, Colegio de Abogados y al

OSCAR CRUZ BARNEY

Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, coordinó la Comisión de Comercio Internacional y Arbitraje Comercial del INCAM.

Un ejercicio profesional vasto y variado: la dirección jurídica de la Azufrera Panamericana, de Aeroméxico, la presidencia de la Cámara Nacional del Cemento, la representación de la Industria Azucarera en materia de comercio exterior, la coordinación del sector industrial en las negociaciones para el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y de los acuerdos posteriores. Su participación en la modernización del TLCAN que llevó al T-MEC fue, como siempre y desde el Cuarto de Junto, destacada y siempre en defensa de México y su sector productivo.

Todo lo anterior siempre manteniendo una clara presencia en la academia. Muy cercano a la Facultad de Derecho de la UNAM, al Instituto de Investigaciones Jurídicas, el apoyo a la fundación de otra revista: la *Revista de Derecho Privado* dirigida por el Maestro Don Jorge Barrera Graf y más recientemente del *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, dirigido por un muy querido amigo del Dr. Cruz Miramontes: el Dr. Manuel Becerra.

Su producción bibliográfica será amplia y destacada en derecho del comercio internacional, derecho internacional público, enseñanza del derecho y otros campos. La primera obra mexicana sobre prácticas desleales de comercio se debe a la pluma del hoy homenajeado.

Cruz Miramontes supo combinar un exitoso ejercicio profesional con una vida académica intensa tanto en universidades públicas como privadas: la UNAM, la Universidad Iberoamericana, la Universidad Panamericana y la Universidad Anáhuac entre otras.

Si pudiéramos resumir la vida profesional del Dr. Cruz Miramontes diríamos que ha tenido siempre un norte: el profundo amor a México, eje de su actividad intelectual y profesional. Un interés absoluto por la música, la cultura y el arte. Las conversaciones siempre alrededor de la vida cultural y los fenómenos sociales.

Perenne est flumen, quod semper fluit: es perpetuo el río que siempre corre. Así fue el ánimo y la disposición de aprehender de Cruz Miramontes: perpetuo y siempre corriendo. Lector incansable.

Su trayectoria académica y profesional fue reconocida por la Armada de México con la Condecoración al Mérito Especial y por la abogacía con la Gran Cruz al Mérito Forense.

RODOLFO CRUZ MIRAMONTES, IN MEMORIAM

El capítulo de la Sociedad Legal Internacional de Honores *Phi Delta Phi* de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua lleva su nombre.

Rodolfo Cruz Miramontes fue un gran jurista, representante digno de la ciencia jurídica mexicana. Hombre recto y cabal, mexicano ejemplar y ciudadano del mundo, por ello la Facultad de Derecho de la Universidad de Chihuahua dio su nombre a su auditorio principal y recientemente le entregó la Presea Ocho de Diciembre al Mérito Universitario.

Descanse en Paz.

Revista de Derecho Privado, Cuarta Época,
año VII, núm. 17, enero-junio de 2020