

REVISTA

DE

DERECHO PRIVADO

Cuarta Época

año IX • núm. 19 • enero-junio de 2021



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Directora

Dra. Mónica González Contró

Secretario académico

Dr. Mauricio Padrón Innamorato

Secretario técnico

Lic. Raúl Márquez Romero

Jefa del Departamento de Publicaciones

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho

Revista de Derecho Privado, año IX, núm. 19, enero-junio de 2021, 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.

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 Fuentesvilla (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), Christoph Paulus, (Humboldt-Universität zu Berlin, Alemania), 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), Lic. Sofía Gómez Ruano (UP, México), Mtra. María Audry Luer (Humboldt-Universität zu Berlin, Alemania).

Asistente: Atala P. Mayer Goyenechea

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 febrero de 2022

2022. 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

La clasificación de los bienes en los códigos civiles de la República Mexicana

Jorge Adame Goddard • 3

Culpa in Contrahendo. La necesidad de regularla en México

María Audry Luer • 53

Filosofía de la tecnología: reflexión sobre la tecnología y el arbitraje

Francisco González de Cossío • 83

Doctrina internacional

Incorporación de la Tenencia Compartida en la legislación ecuatoriana como garantía de derechos de los padres y el niño

Ana Zamora Vázquez • 115

Revista de Derecho Privado, Cuarta Época,
año IX, núm. 19, enero-junio de 2021



**DOCTRINA
NACIONAL**

La clasificación de los bienes en los códigos civiles de la República mexicana

The Classification of Things (In Dominion or Property) in the Civil Codes of the Mexican Republic

Jorge Adame Goddard*

RDP

Resumen

Es un estudio comparativo entre lo que afirman los códigos civiles mexicanos en cuanto a la clasificación de las cosas que son objeto de derechos reales, por una parte, y lo que afirma el derecho romano clásico, con el objeto de detectar las similitudes y diferencias, hacer un juicio valorativo o crítica de éstas, y proponer una nueva manera de clasificarlas. Se propone: incluir el concepto de cosas que no tienen dueño, y entre ellas considerar las cosas abandonadas, y no como un tipo de bienes mostrencos; eliminar el concepto de cosas inmuebles por destino, e introducir el concepto de conjunto de cosas muebles adheridas o al servicio de un inmueble; distinguir entre bienes públicos (los del pueblo) y los bienes que son de alguno de los poderes políticos, que son bienes que deben tener un régimen semejante al de la propiedad particular.

PALABRAS CLAVE: clasificación de las cosas, propiedad, posesión, bienes y derechos reales.

* Abogado, doctor en derecho romano por la Universidad Nacional. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Investigador de la Cátedra Garrigues. Autor de libros y publicaciones en revistas especializadas.

JORGE ADAME GODDARD

Abstract

It is a comparative study between what the Mexican civil codes affirm in terms of the classification of things that are the object of rights, on the one hand, and what classical Roman Law affirms, to detect similarities and differences, make an evaluative or critical judgment of them, and propose a new way of classifying them. It is proposed: to include the concept of things that have no owner, and among them to consider abandoned things, and not as a type of *bienes mostrencos* (showed goods); eliminate the concept of immovable things by destination, and introduce the concept of a set of movable things attached to or at the service of a property; distinguish between public goods (those of the people) and goods that are of one of the political powers, which are goods that must have a regime similar to that of private property.

KEYWORDS: Classification of Things, property, Possession, Goods Things and Rights.

Sumario

1. Introducción.
2. Análisis del Código Civil Federal.
3. Análisis de los códigos civiles de las entidades federativas.
4. El Derecho Romano clásico.
5. Apreciación crítica.
6. Propuesta de un régimen común.
7. Bibliografía y fuentes utilizadas.

1. Introducción

Este es un trabajo que se hace en el marco del proyecto del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM de hacer estudios comparativos de derecho civil con derecho romano, con el objeto final de proponer un régimen civil común para todos los códigos civiles de la República Mexicana.

Se analiza aquí la clasificación de los bienes que hace el Código Civil Federal mexicano, junto con la que hacen los códigos civiles de las

entidades federativas,¹ y luego la clasificación correspondiente en el derecho romano clásico, con el objeto de compararlas, detectar sus semejanzas y diferencias y de hacer un juicio crítico del régimen civil. Finalmente, como conclusión, se hace la propuesta de lo que podría ser un régimen común en esta materia.

2. Análisis del Código Civil Federal

El título segundo del Libro sobre los bienes del *Código Civil Federal* se denomina “Clasificación de los bienes”, y contiene cinco capítulos donde trata separadamente de diversos tipos de bienes: bienes inmuebles (capítulo I) bienes muebles (capítulo II), bienes considerados según las personas, públicas o privadas, a quienes pertenecen (capítulo III), bienes mostrencos (capítulo IV) y bienes vacantes (capítulo V).

A. La clasificación de bienes inmuebles y muebles (artículos 750-763)

El código trata en un capítulo de los bienes inmuebles y en otro de los muebles. Hace la aclaración (artículo 752) que los bienes muebles lo son “por su naturaleza o por disposición de la ley”. Esto, aunque no está dicho expresamente también puede aplicarse a los bienes inmuebles, y el propio código afirma (artículo 751) que hay bienes que por su naturaleza son muebles, pero que el código los considera inmuebles.

¹ Para citar los códigos civiles locales, utilizaré la abreviatura CC seguida de la abreviatura propia de la entidad federativa, y luego el número de artículo. En la bibliografía se especifican las ediciones de los códigos que he tenido en cuenta. Las abreviaturas usadas son Ags: Aguascalientes. Bc: Baja California. Bcs: Baja California Sur. Camp: Campeche. CdMx: Ciudad de México. Chih: Chihuahua. Chis: Chiapas. Coah: Coahuila. Col: Colima. Dgo: Durango. Edomex: Estado de México. Gro: Guerrero. Gto: Guanajuato. Hgo: Hidalgo. Jal: Jalisco. Mich: Michoacán. Mor: Morelos. Nay: Nayarit. NL: Nuevo León. Oax: Oaxaca. Pue: Puebla. QR: Quintana Roo. Qro: Querétaro. Sin: Sinaloa. SLP: San Luis Potosí. Son: Sonora. Tab: Tabasco. Tamps: Tamaulipas. Tlax: Tlaxcala. Ver: Veracruz. Yuc: Yucatán. Zcs: Zacatecas.

JORGE ADAME GODDARD

a. *Los bienes inmuebles*

No hay en el código una definición de bienes inmuebles, porque es evidente que se refiere a aquellos bienes que no pueden cambiar de lugar, a diferencia de los bienes muebles que son (artículo 753) aquellos que por su naturaleza “pueden trasladarse de un lugar a otro”.

El artículo 750 contiene una lista de “bienes inmuebles”, en la que incluye los siguientes: el “suelo y las construcciones adheridas a él” (fracción I), que son los inmuebles en los que uno piensa espontáneamente. Pero el artículo afirma que también son inmuebles una serie de cosas que están adheridas al suelo, de forma más o menos permanente, como “las plantas y árboles, mientras estuvieren unidos a la tierra y los frutos pendientes” (fracción II), o todo lo que esté unido al inmueble de una “manera fija”, de modo que no pueda separarse sin deterioro del inmueble o de la cosa adherida (fracción III); las estatuas, relieves y otros objetos de ornamentación (fuentes) colocados por el dueño con el propósito de unirlos de modo permanente al fundo (fracción IV); los palomares, colmenas, estanques o criaderos de peces, si el propietario tiene el propósito de mantenerlos unidos a la finca (fracción V). También considera inmuebles otras cosas que, aunque no están adheridas al inmueble, sí están a su servicio, como: las máquinas, vasos instrumentos u utensilios destinados por el propietario a la explotación de la finca (fracción VI); o los abonos y las semillas destinados al cultivo de la finca (fracción VII); los aparatos eléctricos y accesorios adheridos al suelo “salvo convenio en contrario” (fracción VIII); los manantiales, estanques, aljibes o corrientes de agua, que me parece pueden considerarse como cosas adheridas al suelo de forma permanente, pero también los acueductos y cañerías de cualquier especie que sirvan para conducir líquidos o gas (fracción IX); los animales que sean el pie de cría de fincas ganaderas, así como los animales destinados al cultivo de la finca (fracción X); los diques y construcciones flotantes que estén destinados a permanecer en un punto fijo de un río lago o costa (fracción XI), las líneas telefónicas y telegráficas y las estaciones radiotelegráficas fijas (fracción XIII). Además, el código llama inmuebles a “los derechos reales sobre inmuebles” (fracción XII).

LA CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES EN LOS CÓDIGOS CIVILES DE LA REPÚBLICA MEXICANA

Por esta lista, se infiere que el código llama inmuebles a ciertos bienes que pueden, por su naturaleza, trasladarse de un lugar a otro, pero que, por estar adheridos al suelo, como los árboles o las plantas, son partes del inmueble y no bienes independientes; y también llama inmuebles a los bienes muebles que están destinados a servir al inmueble, como los abonos, semillas, aparatos eléctricos, los animales, etcétera. Respecto de estos bienes dice el código (artículo 751) que, una vez separados del inmueble al que estaban unidos, recobran su calidad de muebles.

Parece que el punto de vista del legislador para llamar inmuebles a los bienes que están permanentemente unidos a un inmueble o destinados a su servicio fue considerar el inmueble en cuanto es objeto de un negocio jurídico, por ejemplo, en la venta de una finca que comprende el suelo, la casa, los graneros, los establos, los animales y todos los demás bienes accesorios o útiles. Por eso, el artículo 751 —frase final— señala que los bienes muebles de ese tipo cuyo valor se ha computado al adquirir algún derecho real sobre un inmueble, por ejemplo, una hipoteca, siguen siendo inmuebles, aunque el dueño los hubiera separado.

La afirmación de que los derechos reales son bienes inmuebles es otra manifestación de la errónea amplificación del concepto de bienes para incluir entre ellos, además de las cosas corporales, los derechos.²

b. Los bienes muebles (artículos 752 a 763)

Son bienes muebles por naturaleza (artículo 753) “los cuerpos que puedan trasladarse de un lugar a otro”, sea por sí mismos, sea por una fuerza externa; aquí “cuerpos” se entiende en el sentido de cosas corpóreas. Son muebles por “determinación” —ya no “disposición”— de la ley (artículo 754), “las obligaciones y los derechos y las acciones

² El que los derechos reales sean considerados bienes inmuebles tiene la consecuencia de que su adquisición mediante el pago de un precio se asemeja a la compraventa de un terreno o una casa y tiene que ser documentada, cuando exceda de cierta cantidad, en una escritura pública, como lo señala el artículo 2320 del Código Civil Federal. Me parece que el tratamiento de los derechos como si fueran cosas es un error, que he criticado en el artículo “El concepto jurídico de los bienes”, aun en prensa.

JORGE ADAME GODDARD

que tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal”. No obstante que el artículo designe como bienes muebles a las obligaciones y derechos personales, el régimen de estos no está en el Libro Segundo (De los Bienes) del código, sino en su Libro Cuarto (De las obligaciones), lo cual demuestra que llamar bienes a las obligaciones y derechos es una afirmación inútil.

Después de hacer la distinción entre bienes muebles por naturaleza o por determinación de la ley, el código (artículos 755-759) se refiere a ciertos tipos especiales de bienes muebles, que son las acciones societarias (artículo 755), las embarcaciones de todo género (artículo 756), los materiales procedentes de la demolición de un edificio (artículo 757), los derechos de autor (artículo 758), y luego una afirmación general, que son muebles todos los que la ley no considera inmuebles (artículo 759).

Luego vienen tres disposiciones que indican el significado que puede tener la expresión «bienes muebles» en algún documento jurídico. La primera es una disposición precautoria (artículo 760): cuando en una ley o en un convenio o contrato se use la expresión bienes muebles, se comprenderá los bienes mencionados en los artículos anteriores. La segunda (artículo 761) indica que, cuando se use la expresión muebles “de una casa” (se entiende que se use en un acto jurídico, como en un testamento), se comprenderán únicamente los que formen el ajuar y utensilios de la casa, para el uso ordinario de una familia, por lo tanto, no comprenderá otras cosas que hubiere ahí y que son para un uso diferente, como el dinero, documentos, colecciones artísticas o científicas, libros, instrumentos musicales, joyas, ropas y “demás cosas similares”. Y la tercera (artículo 762) afirma que, si las partes de un convenio o el autor de un testamento dan a la expresión “bienes muebles” una significación diversa a la señalada en estos artículos, prevalecerá lo dispuesto en el testamento o en el convenio. Como se ve, estos artículos no definen nuevas categorías de bienes, sino que dan reglas para interpretar la palabra “muebles” en documentos jurídicos privados.

Termina el capítulo con la afirmación (artículo 763) de que los bienes muebles pueden ser bienes fungibles o no fungibles. Los fungibles son “los que pueden ser reemplazados por otros de la misma especie, calidad y cantidad”. Los no fungibles “no pueden ser substituidos por otros de la misma especie, calidad y cantidad”. El criterio de esa distinción es

LA CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES EN LOS CÓDIGOS CIVILES DE LA REPÚBLICA MEXICANA

la posibilidad o imposibilidad de los bienes muebles para ser reemplazados o sustituidos por otros iguales, pero no explica que es reemplazar o sustituir, o en qué circunstancia se da el reemplazo o la sustitución. Considerando la obligación de entregar bienes, se obtiene alguna luz sobre esa distinción; si un deudor está obligado a entregar una determinada obra artística, cumple su obligación cuando entrega esa misma cosa, y no la cumple si entrega cualquier otra cosa; en cambio, un deudor obligado a entregar una tonelada de maíz, o cien botellas de vino tinto, o veinte mil pesos, cumple su obligación entregando la cantidad de cosas debidas, independientemente de cuáles sean, siempre y cuando sean del género y calidad convenidos. Sin embargo, el criterio de la sustitución o reemplazo no es claro, porque cualquier bien que una persona deba a otra, puede ser reemplazado con otro bien que el acreedor esté dispuesto a recibir.

B. Distinción de los bienes según las personas a las que pertenezcan: bienes de dominio del poder público y bienes de propiedad de los particulares

El tercer capítulo del título del Código Civil sobre la clasificación de los bienes se refiere, en sus propias palabras, a “los bienes considerados según las personas a quienes pertenecen”, pero únicamente se refiere a dos tipos de personas el “poder público” o “los particulares”.

Conviene notar que el código usa un término diferente para designar el derecho que tiene el poder público sobre las cosas, al cual nombra “dominio”, y el que tienen los particulares, que lo llama “propiedad”. La diferencia terminológica parece indicar que el contenido del derecho sobre las cosas es diferente, según que sea del poder público o de los particulares.

a. Los bienes del poder público

El código indica (artículo 765) que son bienes de dominio del poder público los que pertenecen a la “Federación, a los Estados o a los Municipios”. La primera cuestión por resolver es quiénes son esas entidades.

JORGE ADAME GODDARD

Las tres entidades que menciona el artículo 765 no son las que contempla el mismo código cuando trata de las personas morales en su artículo 25 fracción primera, que afirma que son “personas morales” la “nación, los Estados y los Municipios”. La diferencia está en que el último artículo dice que la nación es una persona moral, y no lo dice de la Federación.

Federación y nación no son palabras sinónimas, pues denotan realidades sociales distintas. La Federación es el resultado de la alianza política hecha por varios Estados, para conformar un Estado federal organizado en tres poderes, el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial, que pueden ejercer su respectivo poder en el ámbito de todos los estados federados. Federación es equivalente a Estado federal.

La Federación o Estado federal no tiene una única personalidad jurídica, sino que cada uno de los poderes federales tiene su propia personalidad jurídica, y lo mismo las entidades paraestatales y los organismos autónomos de competencia federal. Esto es lo que implica la prohibición contenida en el artículo 49 constitucional de que se reúnen dos o más poderes en “una sola persona o corporación”. Por eso es un grave error afirmar que la Federación tiene personalidad jurídica propia, distinta de la que tienen los poderes federales, las entidades paraestatales y los organismos autónomos, y es igualmente erróneo afirmar que existe un patrimonio de la Federación distinto del que tienen los poderes federales, las entidades paraestatales y los organismos autónomos.

En ese lamentable error incurre la *Ley General de Bienes Nacionales*³ que propone a la “Federación” como si fuera una persona con pa-

³ La *Ley General de Bienes Nacionales* habla erróneamente de los “bienes muebles e inmuebles de la Federación” como algo distinto del patrimonio nacional, lo que implica afirmar que la Federación tiene un patrimonio propio; en el artículo 2-VI afirma que el “inmueble federal” es aquél que la Federación posee o administra a “título de dueño”. Es verdad que, desde un punto de vista contable, se puede considerar que los bienes que son propiedad de los poderes federales, junto con los de las entidades paraestatales y los de los organismos autónomos forman un conjunto de bienes, que se pueden denominar los “activos de la Federación”, pero jurídicamente no puede haber patrimonio de la Federación ni patrimonio federal. Esta idea de que la Federación tiene un patrimonio propio hace que en la misma ley se diga que las adquisiciones que hagan el Poder Legislativo o el Poder Judicial son “a nombre de la Federación”.

trimonio propio, a la que están subordinados los poderes federales,⁴ lo cual contradice abiertamente la prohibición constitucional (artículo 49) de que dos o más poderes se reúnan en una persona o corporación. Y al establecer un “patrimonio inmobiliario federal”,⁵ del cual es titular la “Federación”, desconoce que los poderes federales Ejecutivo, Legislativo y Judicial tengan un patrimonio propio, pues todo lo que adquieren los hacen “a nombre” de la Federación.⁶ En la práctica, todo esto significa una concentración del poder económico que reportan esos bienes en manos del Ejecutivo Federal y de la instancia administradora que es el Sistema de Administración Inmobiliaria Federal y Paraestatal,⁷ dependiente de la Secretaría de la Función Pública.

La nación, en cambio, es el conjunto de individuos, familias y todo tipo de agrupaciones que habitan en un territorio determinado y que están unidos por vínculos familiares, culturales, históricos, económicos y políticos. nación es equivalente a Pueblo.

La relación entre la nación y el Estado federal es una relación de servicio del Estado a la nación. El Estado es la organización política que ha asumido actualmente la nación mexicana, como la más apropiada para su conservación y desarrollo, pero ella puede, en cualquier momento histórico, optar por otra forma de organización política⁸ que no sea el Estado federal, y seguiría siendo la nación mexicana. Esta relación de servicio del Estado a la nación está recogida en la propia Constitución mexicana, que establece en su artículo 39: “La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana

⁴ El artículo 2-IV de la *Ley General de Bienes Nacionales* establece que la Federación “ejerce sus facultades en materia de bienes nacionales a través de los poderes Legislativo, Ejecutivo o Judicial”.

⁵ La *Ley General de Bienes Nacionales* artículo 2-VIII que dice que el patrimonio inmobiliario federal comprende el “conjunto de inmuebles federales y aquellos <que son> propiedad de las entidades”; es decir, que en ese patrimonio se incluyen todos los bienes que tengan los poderes federales y también los que tengan las entidades paraestatales y organismos autónomos.

⁶ El artículo 23 segundo párrafo de la *Ley General de Bienes Nacionales* dice: “El Poder Legislativo y el Poder Judicial de la Federación a nombre de la propia Federación podrán: I. Adquirir inmuebles...”, lo cual quiere decir que los adquieren para el patrimonio federal.

⁷ Artículos 26 y ss. de la *Ley General de Bienes Nacionales*.

⁸ Así lo dispone la frase final del artículo 39 constitucional: “El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno”.

JORGE ADAME GODDARD

del pueblo y se instituye para beneficio de éste”, y luego, en el artículo 40 afirma que: “El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión”. En esos artículos constitucionales está claro que el pueblo o nación es el soberano y que el Estado federal es un instrumento al servicio del pueblo o nación.

La identificación entre el pueblo y la nación está presente en la misma Constitución, que usa las dos palabras con el mismo significado. En el artículo 39 dice que el pueblo es el soberano, y en el artículo 27 dice que a la nación le corresponde originariamente la propiedad de las tierras y aguas que conforman el territorio nacional. No puede ser que el pueblo soberano y la nación que tiene la propiedad originaria del territorio nacional sean realidades sociales diferentes, ni personas jurídicas distintas, una titular de la soberanía y otra titular de la propiedad originaria sobre el territorio. Nación y pueblo, en la Constitución mexicana, denotan la misma realidad social, que es el conjunto de personas, agrupadas en familias y en muy diversos tipos de comunidades, vinculadas por la historia, la cultura, la economía y la política, que habitan en el mismo territorio y que procuran el bien del todo, del país, y de todos los mexicanos.

En conclusión, la nación, entendida como el pueblo, es una persona moral que tiene un patrimonio propio, al que se llama patrimonio nacional. Esta conclusión la confirma el artículo 27 constitucional, en su primer párrafo, que reconoce que la nación es la propietaria originaria del territorio mexicano, así como del dominio directo sobre los yacimientos minerales, los mantos petrolíferos, las aguas, y otros más.

En cambio, la Federación o el Estado federal no tiene una personalidad jurídica única, sino que cada uno de los poderes tiene su propia personalidad, y la constitución prohíbe (artículo 49) que se reúnan dos o más poderes en una sola persona o corporación. No hay una disposición constitucional que reconozca expresamente la personalidad jurídica de cada uno de los poderes federales, pero puede inferirse que la tienen, a partir de la disposición del artículo 132 constitucional que afirma que los bienes destinados por el gobierno federal al uso común o a un servicio público estarán bajo la “jurisdicción de los poderes federales en los términos que establezca la ley que expedirá el Congreso de la Unión”.

Esta frase indica que cada uno de los poderes tiene una cierta “jurisdicción”, es decir capacidad o potestad sobre esos bienes, lo cual sólo puede ser si cada uno tiene su propia personalidad jurídica, y si cada uno de los poderes federales es una persona moral, cada uno de ellos tiene su propio patrimonio. La personalidad de los poderes está implícitamente reconocida en el artículo 25 del Código Civil, en su fracción II, que la reconoce a las “corporaciones de carácter público reconocidas por la ley”, entre las cuales se pueden considerar los poderes federales. El mismo Código Civil en su artículo 764 habla de bienes que son del “dominio del poder público”, pero no hay una entidad única que sea el “poder público”, sino que éste, por disposición constitucional (artículo 49) se ha dividido en Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial, y la misma disposición constitucional prohíbe que se reúnan dos o más poderes en “una sola persona o corporación”; por lo tanto, si no hay una corporación que reúna todo el poder público, los bienes que el código dice que son del “dominio del poder público”, en realidad son del dominio de alguno de los poderes públicos.

Cada uno de los poderes federales tiene su propia personalidad y patrimonio, y lo mismo las entidades paraestatales y los organismos autónomos, a los cuales la propia Constitución les reconoce su personalidad jurídica y patrimonio propio.⁹

Por las mismas razones, se puede concluir que el pueblo de cada entidad federativa o región, así como cada Municipio¹⁰ de la República tienen su propia personalidad y su propio patrimonio, como está expresamente reconocido en el artículo 27 constitucional, fracción VI, y en los artículos 25-I y 765 del Código Civil. Y también, que cada uno de los poderes estatales, así como las entidades paraestatales y organismos autónomos locales, y los ayuntamientos o gobiernos y las entidades municipales, tienen o pueden tener su propia personalidad jurídica y su respectivo patrimonio. Todas estas entidades puedan que-

⁹ La Constitución federal reconoce la personalidad jurídica y patrimonio propio de cada uno de los organismos autónomos en los artículos donde se regulan, por ejemplo, el artículo 3-IX reconoce la personalidad jurídica del organismo Sistema de Mejora Continua de la Educación, o el artículo 6o. la reconoce del organismo constituido para decidir sobre el ejercicio del presupuesto, etcétera.

¹⁰ La Constitución federal reconoce expresamente la personalidad jurídica y patrimonio propio de los municipios, artículo 102-II.

JORGE ADAME GODDARD

dar incluidas en la fracción II del artículo 25 del Código Civil, que reconoce personalidad jurídica a las “corporaciones de carácter público reconocidas por la ley”.

Una vez aclarado el punto de quiénes pueden ser los titulares de los bienes públicos. Se puede proseguir con la distinción de tres clases de bienes públicos, que hace el propio código en su artículo 767, donde dice que pueden ser “bienes de uso común, bienes destinados a un servicio público y bienes propios”.

i. Los bienes de uso común

De acuerdo con el artículo 768, esos bienes son “inalienables e imprescriptibles”, lo que significa que no pueden ser objeto de propiedad, y podrían considerarse como cosas que están excluidas del comercio¹¹ y que pertenecen al pueblo (al pueblo de México o nación, al pueblo de un Estado o al pueblo de un municipio). De estos bienes, dice el artículo, pueden aprovecharse “todos los habitantes”, es decir que todos los podrán usar, pero se podrán hacer “aprovechamientos especiales”, es decir aprovechamientos exclusivos a favor de alguna o algunas personas determinadas, mediante concesiones.

El código no indica qué bienes en concreto son de uso común. El artículo 27 constitucional trata de bienes que son de la “nación”, como los yacimientos de minerales preciosos, los mantos de petróleo e hidrocarburos (párrafo IV), o las aguas y los cauces de los ríos que transcurren por el territorio de dos o más estados, o las aguas y los lechos de los lagos interestatales (párrafo V); pero no los llama bienes de uso común. Respecto de esos bienes afirma (párrafo VI) que el dominio de la nación sobre ellos es inalienable e imprescriptible, es decir que su titular sólo puede ser la nación; no obstante, admite que se pueden otorgar concesiones a personas determinadas para que hagan uso y aprovechamiento de esos bienes. Por otra parte, el artículo 132 constitucional dice que el “gobierno de la unión”, es decir el Ejecutivo Federal, puede destinar ciertos bienes para el uso común.

¹¹ Se considera que las cosas que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente son cosas fuera del comercio por su propia naturaleza, artículo 749 del CCF.

LA CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES EN LOS CÓDIGOS CIVILES DE LA REPÚBLICA MEXICANA

Por su parte, la *Ley General de Bienes Nacionales* (artículo 7o.) hace una lista de bienes destinados al uso común, que incluye, entre otros, algunos de los bienes que el artículo 27 dice que son de la nación, como el espacio aéreo (fracción I), el mar territorial (fracción III), los cauces de los ríos y los lechos de los lagos que sean de propiedad nacional (fracción VIII) o las riberas de las corrientes, con la respectiva zona federal determinada por la ley (fracción IX); pero añade otros bienes como las playas marítimas (fracción IV), la zona federal marítimo terrestre (fracción V), los puertos, bahías, radas y ensenadas (fracción VI); los diques, muelles, escolleras, malecones y demás obras de los puertos de uso público (fracción VII); las presas, diques y sus vasos, canales y zanjas construidos para usos de utilidad pública (fracción X); los caminos, carreteras, puentes y vías férreas que sean vías generales de comunicación (fracción XI); los inmuebles considerados monumentos arqueológicos (fracción XII); las plazas, paseos y parques públicos, cuya conservación esté a cargo del Gobierno Federal.

Es de notar que está ley se refiere a bienes de uso común para todos los habitantes de la República, pero cada entidad federativa o municipio puede destinar ciertos bienes al uso común de sus habitantes. El actual Código Civil Federal, como no es un código que rija exclusivamente en una determinada entidad federativa, puede considerarse como la ley supletoria para regir los bienes de uso común que son propiedad de la nación, y corresponde a los códigos locales regir los bienes de uso común que son propiedad del pueblo de una entidad federativa o de un municipio.

El artículo 769 del Código Civil Federal protege el uso común de estos bienes afirmando que quienes “estorben” (no sólo que impidan) su “aprovechamiento” (que puede ser el uso común o el aprovechamiento especial concesionado) deberán pagar las penas que fijen las leyes, indemnizar los daños que hubieran causado y perder las obras que sobre ellos hubieran hecho.

ii. Los bienes destinados a un servicio público

El artículo 770 habla de los bienes destinados a un servicio público y de los bienes propios. De ambos dicen que “pertenecen en pleno do-

JORGE ADAME GODDARD

minio” a la Federación, a los estados o a los municipios, es decir, que pertenecen a los poderes federales, a los poderes locales o al gobierno municipal. Es interesante que afirme que son bienes que se tienen “en pleno dominio”, lo cual parece significar que sobre ellos se tiene la propiedad, a diferencia de los bienes de uso común, sobre los que no hay “pleno dominio”.

Sin embargo, el mismo artículo dice que los bienes destinados a un servicio público son “inalienables e imprescriptibles”, es decir que no se pueden enajenar ni se puede perder su propiedad por prescripción adquisitiva en favor de un poseedor, a menos que se les “desafecte”, esto es, se les desligue, del servicio público al que están destinados. La disposición del código parece contradictoria, pues no parece verdadero afirmar que se tiene el “pleno dominio” sobre los bienes destinadas a un servicio público, y al mismo tiempo afirmar que son “inalienables”, es decir que quien tiene el dominio sobre ellos no los puede enajenar. Puede entenderse o interpretarse el artículo en este sentido: que los bienes destinados a un servicio público son bienes cuya disposición el propietario ha restringido al haberlos destinados a un fin específico, a un determinado servicio público, pero, en cuanto se desliguen del servicio público al que están destinados, su propietario recupera la plena disposición sobre ellos. del mismo. Algo semejante puede ocurrir respecto de bienes de personas privadas, por ejemplo, cuando el propietario afecta algún bien al servicio de los fines de un fideicomiso o fundación.

El artículo 771 considera el caso de que se autorice la venta de una vía pública. La vía pública es originalmente un bien de uso común, pero conforme a la Ley de Bienes Nacionales, los bienes de uso común o destinados a un servicio público pueden dejar de ser considerados bienes públicos, si se cumplen determinados requisitos, y entonces venderse, y quien compra adquiere la propiedad privada. El artículo simplemente otorga a los propietarios de los predios colindantes a la vía pública un derecho preferente para comprarla, y si no se respeta ellos pueden pedir la rescisión de la venta.

iii. Los bienes propios

No hay un artículo en el código que los trate de forma especial. El artículo 770 sólo dice que son bienes que pertenecen “en pleno dominio” a la Federación, a los estados o a los municipios. La expresión “pleno dominio” sobre los bienes significa que los bienes no son inalienables ni imprescriptibles, y, por lo tanto, sus titulares, los poderes públicos, los pueden enajenar libremente, y otras personas pueden adquirir su propiedad mediante la prescripción adquisitiva.

b. Bienes de propiedad de los particulares

Los bienes “de propiedad de los particulares” (artículo 772) son todos aquellos cuyo “dominio” ellos hayan adquirido legalmente; de esos bienes, dice el artículo, nadie puede aprovecharse sin “consentimiento del dueño o autorización de la ley”.¹²

Llama la atención la frase final del artículo que admite que la ley puede autorizar que alguna persona que no sea el propietario se aproveche de un bien objeto de propiedad privada. De acuerdo con la Constitución federal (artículo 27 tercer párrafo), le corresponde a la nación imponer modalidades a la propiedad privada, lo cual lo haría por medio del Poder Legislativo Federal; pero imponer modalidades no significa negar el derecho de propiedad ni el aprovechamiento exclusivo que corresponde al propietario; si, por ejemplo, una ley ordenara que las instalaciones de una empresa fueran aprovechadas por varias empresas, o que la casa habitación de una familia fuera aprovechada por varias, o que los terrenos de cultivo de un agricultor fueran aprovechados por varios, tal ley sería anticonstitucional porque no respetaría la propiedad privada que el artículo 27 constitucional reconoce en su primer párrafo. La negación del derecho exclusivo del propietario a aprovechar el bien objeto de propiedad equivale a la expropiación, la cual, según el mis-

¹² La frase “o autorización de la ley” parece indicar que el legislador tiene libertad para determinar en qué momento se puede autorizar que una persona se aproveche de bienes ajenos. El artículo 27 constitucional, párrafo tercero, dice que el derecho de imponer modalidades a la propiedad privada le corresponde a la “nación”.

JORGE ADAME GODDARD

mo precepto constitucional (segundo párrafo) solo puede hacerse “por causa de utilidad pública y mediante indemnización”.

Los bienes que los particulares pueden adquirir en propiedad privadas son bienes de cualquier clase, muebles o inmuebles, específicos o fungibles, salvo los bienes que son de la nación, esto es, los previstos en el artículo 27 constitucional y los que están previstos en la ley de bienes nacionales como destinados al uso común. Sobre estos bienes los particulares pueden tener concesiones o permisos que les permitan usarlos y aprovecharlos, pero no pueden adquirir la propiedad o dominio sobre ellos.

c. Los bienes mostrencos

Son bienes mostrencos,¹³ según el artículo 744, los bienes muebles “abandonados” y los muebles “perdidos cuyo dueño se ignore”. El código no indica de qué manera se pueden distinguir los bienes perdidos de los abandonados, por lo que los trata como si fueran iguales.

Los artículos 775 a 783 definen cómo se podrá disponer de los bienes mostrencos. Quien se encuentra uno de estos bienes, debe entregarlo a la autoridad municipal (artículo 775), la cual deberá guardarlo y tasar su valor (artículo 776), anunciarlo durante un mes (artículo 776), o venderlo si no puede ser conservado (artículo 778); si se presenta un reclamante, él tendrá que probar ante un juez que es el propietario (artículo 779), y si lo prueba, se le entregará el bien o su precio, si hubo que venderlo, deducidos los gastos (artículo 780); si el reclamante no prueba su propiedad, o pase un mes sin que nadie reclame el bien, la autoridad municipal lo venderá en subasta pública, y dará una cuarta parte del precio a quien lo halló, y el resto a un establecimiento de beneficencia pública (artículo 781 y 783); pero si la autoridad pública decide conservarlo, le dará a quien lo halló una cuarta parte de su valor (artículo 782).

Termina el capítulo con un artículo (784) que se refiere a los bienes mostrencos que se recojan en alta mar o que el mar arroje a las pla-

¹³ La palabra “mostrencos”, según el *Diccionario de la Lengua Española*, de la Real Academia, es una derivación de “mesteco”, que significa sin señor o dueño conocido.

LA CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES EN LOS CÓDIGOS CIVILES DE LA REPÚBLICA MEXICANA

yas, de los que dice que se rigen por las disposiciones del Código de Comercio.

d. *Los bienes vacantes*

El código llama bienes vacantes a “los inmuebles que no tienen dueño cierto y conocido” (artículo 785). En el Código Civil de 1870 en la categoría de bienes mostrencos se incluían los bienes inmuebles que no tuvieron dueño conocido, y lo mismo en el Código de 1884. Fue el Código Civil Federal, hoy vigente, el que introdujo la distinción, de modo que en la categoría de mostrencos se contemplaron exclusivamente bienes muebles, y en la de vacantes, bienes inmuebles.

Es interesante destacar que el Código contempla bienes inmuebles que no tengan un dueño cierto y conocido, no obstante que la Constitución federal, en su artículo 27, afirma que la nación tiene la propiedad originaria de todo el territorio nacional. Esto hace ver que esa “propiedad originaria” de la nación no es, en realidad, un derecho real de propiedad, sino un poder de mando o soberanía sobre las tierras que conforman el territorio, y por eso el Código Civil puede fijar un régimen para los bienes vacantes, es decir, para terrenos que no tengan un dueño cierto y conocido.

Actualmente, cuando ya se cuenta con registros públicos de la propiedad inmobiliaria, parecería que no debía haber inmuebles que no tengan un dueño registrado, pero, por diferentes causas, como las complicaciones, gastos e impuestos que implica el registro, hay muchos casos de inmuebles cuyo dueño actual no está registrado.

El código dispone que quien conozca un bien vacante debe denunciarlo ante el ministerio público (artículo 786), para que éste ejerza una acción con el objeto de que un juez lo declare vacante y lo adjudique al fisco federal (artículo 787); la indicación de que se adjudique, no a la nación, sino al fisco federal, es decir, a la Secretaría de Hacienda dependiente del Poder Ejecutivo Federal, es una clara indicación de que se reconoce que el Poder Ejecutivo Federal tiene una personalidad y patrimonio propio, distinto del que correspondería a la nación.

JORGE ADAME GODDARD

3. Análisis de los códigos civiles de las entidades federativas

En general, todos los códigos mantienen las mismas clases de bienes que contempla el código federal, es decir, las de bienes inmuebles y bienes muebles, y dentro de estos, las de bienes fungibles y no fungibles; la de bienes de dominio del poder público, con la distinción entre bienes de uso común, bienes destinados al servicio público y bienes propios, y la de bienes de propiedad de los particulares, y, finalmente, las clases de bienes mostrencos y bienes vacantes. No obstante, hay algunas diferencias. Algunas son de orden sistemático, porque ciertos códigos introducen clasificaciones no contempladas por el código federal. Hay otras diferencias que consisten en diferentes maneras de regular los bienes contemplados en las clasificaciones comunes.

A. Diferencias sistemáticas

Los códigos de Coahuila,¹⁴ Puebla¹⁵ y Quintana Roo¹⁶ introducen la distinción entre bienes principales y bienes accesorios o pertenencias. Es una diferencia importante, porque entre los bienes accesorios o pertenencias se incluyen muchos de los bienes que en el código federal están considerados como “bienes inmuebles,” tales como los graneros, los acueductos, estatuas, maquinaria, y otros más. De este modo, para estos códigos los inmuebles son principalmente el suelo, las construcciones adheridas, así como las plantas y árboles unidos a la tierra; pero añaden algunos más: el código de Coahuila y el de Puebla incluyen las aguas mientras están de algún modo sobre el suelo; el de Puebla, la sal de las salinas, mientras no se separe de éstas, y el de Quintana Roo, los materiales con los que se hicieron las construcciones.¹⁷

¹⁴ CC Coah. artículos 1293 y ss.

¹⁵ CC Pue. artículos 953 y ss.

¹⁶ CC QR artículos 1748 y ss.

¹⁷ CC Coah artículo 1286. CC Pue artículo 951. CC QR artículo 1744, que se refiere a los materiales como “muebles por anticipación”.

LA CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES EN LOS CÓDIGOS CIVILES DE LA REPÚBLICA MEXICANA

Hay códigos que incluyen otras clasificaciones, como la de bienes consumibles y no consumibles,¹⁸ bienes divisibles e indivisibles,¹⁹ bienes tangibles e intangibles,²⁰ y que ponen la clasificación de bienes fungibles y no fungibles²¹ de manera independiente, y no como está en la mayoría de los códigos, como una subclasificación de los bienes muebles. Estas clasificaciones no tienen relevancia jurídica en lo que se refiere al régimen de derechos reales, pero son importantes, especialmente la que distinguen entre fungibles y no fungibles, en materia de obligaciones y contratos.

B. Diferencias en cuanto a las clasificaciones de los bienes

Me referiré a ellas en el orden en que aparecen en el código federal.

a. Bienes inmuebles y bienes muebles

Todos los códigos incluyen esta clasificación. Respecto de los bienes inmuebles, casi todos coinciden con el código federal, al considerar como inmuebles, además del suelo, las cosas que están colocadas o adheridas al mismo y presentan una lista de estas. Hay algunas diferencias en las listas de inmuebles que tienen los códigos locales, por ejemplo, la mayoría de ellos²² incluye el “material rodante de los ferrocarriles”, expresión que parece significar, no los carros del ferrocarril, sino, como dice el código de San Luis Potosí,²³ las “vías de los ferrocarriles”; otros²⁴ agregan a la lista de inmuebles las concesiones a las que se refiere el artículo 27 constitucional, como las concesiones mineras, y otras concesiones para el aprovechamiento de energías na-

¹⁸ *Ibidem*. artículo 1289. CC Pue artículo 983.

¹⁹ *Ibidem*. artículo 1290.

²⁰ *Ibidem*. artículo 1292. CC Jal artículos 838 y 839. CC Tamps artículo 680 y 681.

²¹ *Ibidem*. artículo 1288. CC Pue artículos 981 y 982.

²² Por ejemplo, CC Ags. artículo 775-XIII; CC BC artículo 742-XIII y casi todos los demás.

²³ CC SLP artículo 697-XIII.

²⁴ CC Ags artículo 775-XIV; CC Chis artículo 739-XIV; CC Hgo artículo 825-XIV; CC OaxO artículo 760-XIII.

JORGE ADAME GODDARD

turales o que requieren de plantas o instalaciones adheridas al suelo. Hay códigos²⁵ que afirman que los derechos reales sobre inmuebles son bienes inmuebles.²⁶ Algunos²⁷ aclaran que hay inmuebles “por naturaleza”, “por destino”, por el objeto sobre el cual recae el derecho²⁸ o por “disposición de la ley”. Hay un Código²⁹ que contiene una definición de bienes inmuebles, que dice que son “aquellos que no pueden trasladarse de un lugar a otro sin alterar su forma o sustancia”, lo cual, en lugar de aclarar el significado de la palabra inmueble, lo oscurece, pues parece decir que hay inmuebles que pueden trasladarse.

La diferencia más importante respecto de la noción de bienes inmuebles, que se comentó arriba,³⁰ es la que presentan los tres códigos que añaden las categorías de bienes accesorios o pertenencias, los cuales afirman que son inmuebles principalmente el suelo y las construcciones adheridas al mismo, y renuncian a considerar las cosas muebles que están adheridas al suelo o las cosas que sirven para la explotación económica de una finca como inmuebles “por destino” o “por disposición de la ley”, y los tratan como pertenencias o accesorios del inmueble; esta diferencia representa un retorno al sentido común, a ver las cosas tal cual son.

Respecto de los bienes muebles, el código federal distingue los que son por naturaleza, que son los que pueden ser trasladados o trasladarse de un lugar a otro, y los que son por “disposición de la ley”, que son las obligaciones y derechos que se refieren a cosas muebles, las acciones societarias y los derechos de autor.³¹ Por lo general, todos

²⁵ CC Oax artículo 760-XIV; CC Pue artículo 952.

²⁶ Es una afirmación, interpretada literalmente, significaría que el derecho de propiedad sobre un bien inmueble es también un bien inmueble, lo mismo que los derechos de servidumbre, de usufructo, de uso o habitación o de hipoteca.

²⁷ CC Mor artículo 939; CC Pue artículo 952; CC QR artículos 1744 y 1745.

²⁸ Decir que son inmuebles los derechos que recaen sobre bienes inmuebles (CC Mor artículo 939) es más amplio que decir que los son los derechos reales sobre bienes inmuebles, pues esa afirmación incluiría los derechos personales sobre inmuebles, por ejemplo, el derecho del comprador a que le entreguen la casa que ha comprado.

²⁹ CC Zcs artículo 60.

³⁰ *Sub II A.*

³¹ El CC Jal artículo 802 considera que también son bienes muebles por disposición de la ley los derechos derivados de concesiones o asignaciones dada por el Estado o algún municipio.

los códigos locales siguen esa noción y esa distinción, salvo algunos códigos³² que introducen una nueva clase muebles, los que lo son “por anticipación”, que son aquellos materiales de construcción empleados en una construcción que, al ser demolida ésta, recuperan su condición de muebles, lo cual también lo dice el código federal y los demás locales, pero no los clasifican como muebles por “anticipación”; los códigos que hablan de muebles por anticipación, también incluyen, entre éstos, los frutos pendientes en una tierra cultivada que ha sido dada en prenda.

Casi todos los códigos locales siguen la distinción que hace el código federal entre bienes fungibles y no fungibles y dan el mismo concepto, que se basa en el hecho de que los bienes fungibles pueden ser sustituidos por otros de su misma especie, cantidad y calidad; pero hay algunos códigos³³ que hacen la distinción, no como una subclasificación de los bienes muebles, sino como una distinción más general que pudiera ser aplicada a los inmuebles.

b. Distinción de los bienes según las personas a las que pertenezcan: bienes de dominio del poder público y bienes de propiedad de los particulares

Todos los códigos locales, salvo el de Tlaxcala,³⁴ hacen la distinción entre bienes que son del poder público y los que son de propiedad de los particulares, pero con algunas diferencias. La más evidente es que dos códigos³⁵ aclaran que se refieren a los bienes que son propiedad del Estado o de algún municipio, y no a los bienes que, según el código federal, pertenecen a la Federación, pero la mayoría sí los contemplan.

Unas variantes interesantes, en tanto que implican una distinta concepción de la propiedad, se dan en tres códigos: el de Jalisco³⁶ que

³² CC Mor artículo 945. CC Son artículo 921. CC Tab artículo 842-III. CC Zcs artículo 62.

³³ CC Coah artículo 1288. CC Pue artículo 981. CC Tamps 680.

³⁴ El CC Tlax artículo 729 dice que los bienes que pertenezcan a “personas jurídicas de orden público” se registrarán por leyes administrativas, y no contiene, como los demás códigos, un capítulo donde se enuncie y desarrolle aquella distinción.

³⁵ Por ejemplo, CC Coah art CC QR artículo 1756.

³⁶ Artículo 812.

JORGE ADAME GODDARD

habla de bienes “de dominio público”, en vez de la expresión común de bienes “de dominio del poder público”, lo que da mayor fuerza a la contraposición entre propiedad privada y dominio público; el código de Puebla³⁷ que habla de bienes de “propiedad pública o privada”, de modo que no resalta una diferencia esencial entre la propiedad privada y el dominio público, siempre se trata de propiedad. El tercer código es el de Tamaulipas,³⁸ que también solo utiliza la palabra propiedad, pero distingue si los propietarios son “personas jurídicas de orden público” o son “particulares”.

La subclasificación que hace el código federal de los bienes del poder público, en bienes de uso común, bienes destinados a un servicio público y bienes propios, la recogen casi todos los códigos locales, salvo los códigos de Coahuila y de Morelos, que posiblemente la recogen en sus leyes especiales sobre los bienes públicos.

La regla que da el Código Civil Federal, según la cual los bienes de uso común son inalienables e imprescriptibles, la mantienen todos los códigos locales, así como la que dice que los bienes destinados al servicio público y los bienes propios pertenecen “en pleno dominio” a los estados o a los municipios, quienes pueden enajenar libremente los bienes propios, y podrían enajenar los bienes destinados a un servicio público, en cuanto fueran desafectados conforme a la ley que los rige.

La afirmación tautológica de que los bienes “propiedad de los particulares” son aquellos “cuyo dominio les pertenece legalmente” la repiten todos los códigos, y lo mismo la regla de que nadie puede aprovecharse de ellos “sin consentimiento³⁹ del dueño o autorización de la ley”, con la excepción del código de Puebla que los denomina “bienes de propiedad privada” y omite expresar la posibilidad de que puedan ser aprovechados por otros en virtud de “autorización de la ley”.⁴⁰

³⁷ Artículo 962.

³⁸ CC Tamps artículo 675.

³⁹ En realidad, no debiera decir “consentimiento”, lo cual supone la voluntad concurrente de dos o más personas, sino “sin la voluntad del dueño”.

⁴⁰ CC Pue artículo 964.

c. *Bienes mostrencos*

Esta clase de bienes se reconoce en todos los códigos civiles, aunque con ciertas diferencias en cuando a la noción de bienes mostrencos, al tipo de bienes que pueden entrar en esa categoría, y al procedimiento para atribuir su propiedad

El Código Civil Federal afirma que los bienes mostrencos son “los muebles abandonados y los perdidos cuyo dueño se ignore”. La frase “cuyo dueño se ignore” debe referirse exclusivamente a los bienes perdidos, puesto que los bienes abandonados son aquellos que su propietario ya no quiere tener, por lo que son bienes que no tienen dueño. Esta identificación de dos tipos de bienes con un mismo nombre ha generado confusión. Por eso, en algunos⁴¹ códigos civiles se dice que los bienes mostrencos son los que carecen de dueño por haber sido perdidos o abandonados.

En cuanto al tipo de bienes que comprende esta categoría, casi todos los códigos incluyen únicamente bienes muebles, salvo los códigos de Michoacán⁴² y Querétaro⁴³ que incluyen los inmuebles abandonados, como era la posición común de todos los códigos anteriores al Código Civil de 1928, que introdujo la categoría de bienes vacantes para los inmuebles abandonados.

Es interesante que estos dos códigos también mencionen expresamente que los animales domésticos o de corral pueden ser bienes mostrencos, pues esto remite al origen de esa palabra; de acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española*, la palabra «mostrenco» es una alteración de la palabra “mesteco”, que significa lo perteneciente a la “Mesta”, es decir a la asociación de ganaderos que tenían pastos en común; si alguien encontraba en los pastos comunes una res, caballo o animal de corral que no era suyo, y no sabía quién era su dueño, se decía que era «mesteco» es decir, de alguno de los miembros de la Mesta, cuyo nombre de momento se ignoraba.

⁴¹ CC Mich artículo 57; CC Pue artículo 965; CC Qro artículo 70.

⁴² CC Mich artículo 65.

⁴³ CC Qro artículo 70.

JORGE ADAME GODDARD

Todos los códigos civiles locales, al igual que el federal, dan reglas de lo que debe hacerse cuando alguien encuentra un bien mostrenco, que, en pocas palabras, dicen lo siguiente: el que lo encuentra debe avisar y entregarlo a la autoridad municipal, para que ésta lo guarde y lo anuncie, y su dueño pueda reclamarlo; si alguien lo reclama se hace un procedimiento ante un juez, quien declara si el reclamante es el propietario, y recupera el bien, o si no lo es, y entonces se adjudica al municipio o alguna otra entidad pública, y se da la cuarta parte de su valor al denunciante, previa deducción de los gastos de conservación; las reglas fijan también una pena contra el que se apodera de un bien mostrenco sin respetar el procedimiento.

Por supuesto existen diferencias entre los códigos respecto de aspectos concretos del procedimiento, de las penas que se imponen y de la persona a la que se adjudica el bien en caso de que no haya quien lo reclame o si el reclamante no prueba ser propietario. Es una paradoja que los códigos que dicen que los bienes mostrencos son los que carecen de dueño, también afirman que puede haber un reclamante que pruebe que él es el dueño.

d. *Los bienes vacantes*

Todos los códigos locales, salvo los que incluyen los inmuebles como bienes mostrencos, recogen esa categoría de bienes. Según el código federal, los bienes vacantes son los inmuebles que “no tienen dueño cierto y conocido”. Se entiende que dueño cierto es aquél cuyo nombre está inscrito en el Registro Público de la Propiedad Inmobiliaria de la entidad correspondiente; y que es conocido aquel que lo reconocen los vecinos del lugar, aunque su propiedad no esté registrada. El requisito de que el dueño sea “cierto y conocido” parece excesivo, porque si se tiene certeza de quién es el dueño, por estar inscrito en el registro de propiedad, no tiene sentido exigir que, además, sea conocido por los vecinos del lugar. Por eso, conviene entender que el requisito es que tenga un dueño cierto o uno conocido.

El código federal da reglas para determinar a quién se adjudica la propiedad de los bienes vacantes. Quien sabe de la existencia de un

LA CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES EN LOS CÓDIGOS CIVILES DE LA REPÚBLICA MEXICANA

bien vacante puede denunciarlo ante el ministerio público del lugar, el cual, si ve fundada la denuncia, iniciará una acción ante el juez competente para que declare si el inmueble es vacante y, en tal caso, lo adjudique al “fisco federal”; al denunciante se le premia dándole una cuarta parte del valor catastral del inmueble.

En esta categoría hay algunas diferencias en los códigos respecto de qué tipo de bienes pueden llamarse vacantes. Aunque la mayoría de los códigos sigue el concepto de que son los inmuebles que no tienen dueño “cierto y conocido”, unos cinco códigos⁴⁴ han suavizado esa exigencia con el objeto de proteger al poseedor de un inmueble y por eso señalan que no son bienes vacantes, aunque carezcan de dueño cierto y conocido, los que tengan un poseedor registrado, con una posesión apta para adquirir la propiedad por prescripción, y otro código⁴⁵ acepta que no es vacante el inmueble que alguno posea, aunque no esté registrada su posesión, si cumple con las condiciones para adquirir la propiedad por prescripción. Otros códigos⁴⁶ parecen restringir más el concepto de bienes vacantes porque exigen, además de que no tengan dueño cierto y conocido, que “se encuentren abandonados”, lo cual parece indicar que no haya alguien que cuide o aproveche el inmueble, por lo que bastaría que ahí hubiera un poseedor de cualquier tipo para afirmar que el inmueble no está abandonado.

Por otra parte, los códigos de Puebla y Tlaxcala⁴⁷ han ampliado la categoría de bienes vacantes para incluir los inmuebles “abandonados” por su dueño, lo que supone que se trata de inmuebles que tienen dueño, pero que éste ha dejado de cuidarlos o aprovecharlos, y entonces, aunque tengan dueño cierto y conocido, pueden ser denunciados como bienes vacantes. Otros dos códigos⁴⁸ han dado un paso más en esa dirección, y han introducido una nueva categoría, además de la de bienes vacantes, la de “bienes abandonados”, que son los “predios rústicos”, aunque tenga dueño o poseedor conocido, “que no se cultiven o per-

⁴⁴ CC Coah artículo 1317; CC NL artículo 785; CC Oax artículo 794; CC Sin artículo 786; CC Tlax artículo 776.

⁴⁵ CC Gto artículo 823.

⁴⁶ CC Jal artículo 833. CC Yuc artículo 619.

⁴⁷ CC Pue artículo 966-II. CC Tlax artículo 776.

⁴⁸ CC Son artículo 952, segundo párrafo. CC Tab artículo 869.

JORGE ADAME GODDARD

manezcan ociosos por más de cinco años” y “los inmuebles en los que se haya establecido una explotación agrícola o industrial si permanecen ociosos o improductivos por más de cinco años”.

Todos los códigos locales dan reglas similares a las del código federal, con algunas variantes, para atribuir la propiedad de los bienes vacantes. Por lo general, la propiedad se atribuye al Estado,⁴⁹ y al denunciante se le da una cantidad de dinero equivalente a la cuarta parte del valor catastral del inmueble. Un caso aparte es el código de Chiapas,⁵⁰ que ofrece la propiedad del inmueble al denunciante, quien la adquiere pagando la mitad de su valor catastral.

Los códigos de Sonora y Tabasco⁵¹ que introdujeron la categoría de bienes abandonados contemplan otro procedimiento para la adquisición de estos bienes. Un juez decide si se trata de bienes abandonados, y de llegar a esa conclusión advierte al dueño que tiene el plazo de un año para hacer que el bien sea productivo, y si no lo hace, el juez otorgará la posesión del bien conjuntamente al municipio del lugar y al denunciante, posesión que los habilita para adquirir la propiedad por prescripción; el propietario se puede oponer alegando que es incosteable hacer una explotación económica de ese bien, y eventualmente puede recuperar la posesión del bien.

4. La clasificación en el derecho romano clásico

Los juristas romanos hicieron la distinción entre cosas que están fuera del comercio y las cosas que están en el comercio. Las cosas fuera del comercio son las cosas sagradas, las cosas que son comunes a todos los hombres, y las cosas públicas, es decir, las que son del pueblo romano. Respecto de las cosas que están en el comercio, hicieron algunas clasificaciones que en parte coinciden con las de los códigos civiles y en parte son diferentes.

⁴⁹ En Jalisco, se atribuye a un organismo de asistencia social CC Jal artículo 835.

⁵⁰ CC Chis artículo 780.

⁵¹ CC Son arts 956 y ss. CC Tab artículos 956 y ss.

A. *Res Mancipi y res nec Mancipi*

Esta es la clasificación más antigua, que estaba ligada al acto formal de adquisición de la propiedad llamado *Mancipatio*. *Res Mancipi* eran las cosas económicamente importantes para la economía agraria primitiva, como la tierra, los animales de tiro, los esclavos, o las servidumbres sobre predios ajenos, que eran cosas que tendían a permanecer en el patrimonio de una persona, y cuya propiedad se adquiría mediante un acto formal, que podía ser la *Mancipatio* o la *in iure cessio*. Las demás cosas eran *res nec Mancipi*, cuya propiedad se adquiría mediante la simple entrega o *traditio*; en la Roma republicana, las cosas *nec Mancipi* más importantes eran los animales de ganado menor y el dinero.

Si bien esa clasificación está condicionada por el tipo de economía en que se dio, contiene, en términos más abstractos, una distinción entre un grupo reducido de las cosas económicamente más importantes y el resto de las cosas, con la consecuencia de que la adquisición de la propiedad sobre las primeras requiere un acto formal que asegure públicamente al adquirente que tiene la propiedad sobre ellas. En los códigos civiles actuales está implícita esa distinción cuando prescriben que ciertos actos, por ejemplo, las compraventas de inmuebles que tienen un valor superior al salario mínimo de un año deben realizarse en escritura pública e inscribirse en un registro público,⁵² lo cual no es necesario para las compraventas de mercancías.

B. *Bienes inmuebles y bienes muebles*

Los juristas romanos distinguen el suelo o terreno (*fundus, praedium, solum, ager*) y lo edificado (*villa, aedes*) de los bienes muebles, pero no hay,⁵³ ni siquiera en los libros de Gayo y Justiniano destinados a la enseñanza (*institutiones*), la exposición de una clasificación que distinga entre *res mobiles* e *immobiles*. La distinción no tenía la importan-

⁵² Código Civil Federal artículos 2320 y 2322.

⁵³ , Kaser, M. *Das Römische Privatrecht* I § 94,I,2.

JORGE ADAME GODDARD

cia que tiene hoy porque no existían registros públicos de la propiedad inmobiliaria,⁵⁴ pero los juristas la tuvieron en cuenta en determinados casos, por ejemplo, en la adquisición de la propiedad por usucapión,⁵⁵ pues el plazo para adquirir la propiedad es diferente según la cosa sea mueble o inmueble; o en relación con el delito de hurto, que solo se da respecto de cosas muebles; o en el caso de que el demandado por una acción reivindicatoria haya ocultado dolosamente la posesión de la cosa, pues entonces se puede dar contra él un interdicto (*interdictum quem fundum*) si la cosa es inmueble, o una acción exhibitoria (*actio ad exhibendum*) cuando es mueble; o también en la protección jurídica de la posesión por medio de interdictos, que son diferentes según que la cosa poseída sea mueble o inmueble.

No tuvieron los juristas romanos la ocurrencia de considerar que alguna cosas que son muebles por su naturaleza pudieran ser tratadas como cosas inmuebles por destino o por disposición de la ley, porque observaron que hay muchas cosas muebles que están al servicio de un inmueble de forma más o menos permanente, de modo que, con el inmueble, constituyen un conjunto, que puede ser considerado como un solo objeto en algún acto jurídico, por ejemplo, se puede vender una finca, es decir el terreno más las construcciones, corrales, almacenes, pasturas, instrumentos de labranza y demás cosas que se requieren para su explotación, como si fuera una sola cosa y por un precio único; o puede venderse de la misma manera una negociación (*taberna*) que incluye un inmueble más las mercancías, anaqueles, herramientas y demás cosas necesarias para su explotación.

Las cosas muebles al servicio de inmuebles se llamaron «instrumentos» (*instrumenta*), y hoy algunos de los códigos civiles analizados las llaman «pertenencias». La relación entre ellas y el inmueble al que sirven depende principalmente de la voluntad del propietario que las destina a tal servicio. No se trata de cosas que sean accesorias del inmueble en el sentido de estar ligadas necesariamente a él. En un

⁵⁴ Salvo en la provincia de Egipto donde existió algo parecido a un registro inmobiliario, ver D'ORS, *Derecho Privado Romano* § 108.

⁵⁵ La Ley de las XII Tablas 6,3 ya establecía que el plazo para adquirir la propiedad de un *fundus* es de dos años, y de un año respecto de las demás cosas.

acto jurídico, los instrumentos pueden o no considerarse como parte del inmueble que se vende, hipoteca o arrienda; eso queda a la libre voluntad de las partes.

Respecto de las cosas muebles, los juristas romanos conocieron la distinción entre los muebles que alguien introduce en una finca (*invecta*) y los animales (semovientes) conducidos a ella (*illata*), y la utilizaron en relación con la prenda que daba el colono de una finca rústica para garantizar el pago de la renta, que gravaba todos los muebles y animales (*invecta et illata*) que introdujera en la finca.

Lo que algunos de los códigos analizados llaman “muebles por anticipación”, es decir los materiales de construcción que se integran en una edificación y que al ser ésta demolida recuperan su condición de muebles, los juristas romanos no los contemplaron desde la perspectiva de ser una cosa mueble, que luego integra una cosa inmueble y finalmente recupera su condición de mueble. La cuestión que ellos planteaban era quién es el propietario de los materiales incorporados a una edificación y quien lo sería en el caso de que ésta fuera demolida. La respuesta es que el dueño del suelo es igualmente dueño de lo edificado, y si edificó con materiales ajenos, deberá indemnizar al dueño de los materiales, y éstos se hacen suyos por accesión; más si la edificación fuere demolida, sin que el dueño del suelo hubiere pagado la indemnización por los materiales ajenos, el que era dueño de éstos sigue siéndolo y puede reivindicarlos.⁵⁶

C. Bienes fungibles y no fungibles

Los juristas romanos prefieren hablar, de cosas que se pesan, se miden o se cuentan, para indicar aquellas que se identifican por su cantidad y género, como diez botellas de vino, tres kilos de plata o cien monedas de oro. Es interesante que esta distinción la hacen⁵⁷ cuando

⁵⁶ Inst. 2,1,29.

⁵⁷ Gai. 3,90. Paulo, 28 *ad Edictum* D12,1,2,1. Gayo (Gai. 2,196 y 3,175) la hace también a propósito de la distinción entre el legado de efecto personal, cuyo objeto son cosas que se pesan, se miden o se cuentan, y el de efecto real, *per vindicationem*, que se da respecto de cosas específicas. En cambio, la distinción no aparece en el capítulo de las

JORGE ADAME GODDARD

explican el negocio de mutuo, que genera la obligación a cargo del mutuario de restituir, no las mismas cosas que recibió, sino una cantidad igual y del mismo género que se recibió. Las cosas genéricas o fungibles son las que pueden ser objeto de mutuo.

La denominación de cosas fungibles proviene del jurista humanista Zasius,⁵⁸ quien la formó a partir del texto de Paulo⁵⁹ que dice que el pago de la obligación del mutuario se hace, no con la misma cosa específica recibida, sino con otras de su mismo género. De ahí viene la noción incluida en los códigos civiles que dice que las cosas fungibles son las que se pueden sustituir por otras de su mismo género.

Las cosas no fungibles son las que se identifican por sus características individuales y por eso se denominan cosas específicas. Éstas son las que pueden ser objeto de propiedad, posesión o derechos reales. Las cosas genéricas no pueden ser objeto de propiedad, posesión o derechos reales, a menos que se especifiquen, es decir que se identifiquen individualmente, por ejemplo, poniendo una cantidad de dinero en una bolsa, de modo que la bolsa que contiene el dinero se hace una cosa específica que puede ser poseída o incluso tenida en propiedad.

D. Bienes consumibles y no consumibles

Esta distinción se hizo en relación con las cosas que pueden ser objeto de un usufructo, que en principio solo pueden ser aquellas que perduran y no se consumen por el primer uso que se hace de ellas, ya que el usufructuario tiene la obligación de devolver la misma cosa que recibió en usufructo. Las cosas consumibles (*quae ipso uso consumuntur*),⁶⁰ como el dinero, los alimentos o los combustibles, no podían ser dadas en usufructo.

instituciones de Justiniano (Inst. 2,1) sobre la división de las cosas, ni en el título del Digesto (D 1,8) sobre lo mismo.

⁵⁸ En sus *Institutiones de actionibus* (1536) § 30 notas 17 y 18; citado por D'Ors, *Derecho Privado Romano* § 132 nota 1.

⁵⁹ Paulo, 28 *ad Edictum* D12,1,2,1

⁶⁰ Inst. 2,4,2.

LA CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES EN LOS CÓDIGOS CIVILES DE LA REPÚBLICA MEXICANA

La diferencia dejó de tener utilidad por un senadoconsulto⁶¹ que permitió el usufructo de cosas consumibles, si el usufructuario daba una garantía de devolver una cantidad igual y del mismo género de lo que recibió; esto equivalía a decir que el usufructuario, respecto de esos bienes consumibles, se obligaba como si fuera un mutuario. El senadoconsulto permitió que cuando se dejaba un legado de usufructo sobre una finca, en la cual había también bienes consumibles, el usufructo valiera sobre la finca y todos sus instrumentos, sin tener que separar los bienes consumibles.

Por otra parte, la división entre cosas consumibles y no consumibles coincide por lo general con la de cosas fungibles, que por lo general son consumibles y cosas no fungibles o específicas.

E. Cosas indivisibles y divisibles

Son indivisibles las cosas que no pueden dividirse materialmente sin pérdida de su valor (*res quae sine interitu dividi non possunt*),⁶² como un esclavo, un animal, una escultura y cosas semejantes. Hay otras cosas que pueden dividirse sin perder valor, como un fundo que se divide en dos o más partes, y, una vez dividido, cada parte constituye una cosa independiente, que puede ser objeto de propiedad.

La utilidad de esta clasificación puede verse en relación con la copropiedad y con el pago de legados dejados conjuntamente a varios colegatarios.⁶³

F. Conjuntos de cosas (*universitates*)

Los juristas romanos del tiempo de la república, posiblemente influenciados por la filosofía estoica,⁶⁴ se plantearon la cuestión de si una cosa compuesta de varias partes es una sola cosa, y si se puede adqui-

⁶¹ Ulpiano 18 *ad Sabinum* D 7,5,1.

⁶² Paulo 21 *ad Edictum*, D 6,1,35,3.

⁶³ *Ibidem*, 18 *ad Edictum*, D 6,1,35,3. Gayo 3 *de legatis ad Edictum praetoris* D 35,2,80,3.

⁶⁴ Kaser, *Das Römische Privatrecht* I, § 93, p. 383.

JORGE ADAME GODDARD

rir usucapir por partes o no. Afirmaron⁶⁵ que la propiedad de una cosa única, aunque fuera compuesta de muchas partes (*corpus ex contin-gentibus*), como un edificio o una nave, se adquiere respecto de toda la cosa y no parte por parte. Y respecto de cosas que son independientes pero que constituyen una unidad (*corpus ex distantibus*), como un rebaño o una biblioteca, concluyeron que se puede adquirir la propiedad de las partes por separado o el conjunto en su totalidad. Es un tratamiento semejante al que daban a un inmueble con sus pertenencias.

G. *Cosas de nadie (res nullius), cosas perdidas y cosas abandonadas (res derelictae)*

Los juristas romanos consideraron que hay cosas que no tienen dueño (*res nullius*), por lo que el primero que se apodera de ellas, el que las ocupa, se hace su propietario por *occupatio*. Las cosas sin dueño son, en primer lugar, los animales salvajes cuya propiedad se adquiere por cazarlos, atraparlos o pescarlos. Igualmente, las cosas que hay en el mar, como las perlas y otras piedras preciosas. También se consideró que los bienes quitados al enemigo en la guerra eran cosas sin dueño y se hacían de la propiedad de quien las capturaba. Respecto de inmuebles, se decía que una isla que emergiera en el océano sería una cosa sin dueño, lo mismo que los cauces de los ríos definitivamente abandonados, cuando los fundos de sus riveras fueron delimitados públicamente (*fundi limitati*).⁶⁶

Los juristas romanos no parecen haber dado a las cosas perdidas un nombre o un tratamiento especial, simplemente consideraron que siguen siendo de su dueño mientras éste no las haya abandonado, por lo tanto, si alguien se lleva una cosa perdida con intención de quedarse con ella comete hurto, y no importa que sepa o que ignore quién sea el propietario; pero si se la lleva, con intención de anunciar que la ha encontrado y devolverla a su propietario, no comete hurto, y si se la lleva con intención de devolverla al propietario esperando

⁶⁵ Pomponio, 30 *ad Sabinum*, D 41,3,30.

⁶⁶ D'ORS, *DPR* § 164. Kaser, *Das Römische Privatrecht I* § 102.

LA CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES EN LOS CÓDIGOS CIVILES DE LA REPÚBLICA MEXICANA

que éste le dé una recompensa, tampoco comete hurto, aunque no obra rectamente.⁶⁷

En cambio, las cosas voluntariamente abandonadas sí tienen nombre y tratamiento especial, se les llama *res derelictae*, y los juristas se planteaban la cuestión del momento en que dejan de ser del propietario original y de cómo puede adquirirse su propiedad. La distinción entre cosas perdidas y abandonadas no es fácilmente perceptible, pues depende de la intención del dueño de la cosa, de si él tiene la intención de abandonarlas (*animus derelinquendi*) o no. Es claro que existe el ánimo de abandonar las cosas arrojadas en lugares donde se deposita la basura; pero el solo hecho de arrojar una cosa no implica el ánimo de abandonarla, como cuando se echan al mar las mercancías que lleva una nave para salvarse de una tempestad.⁶⁸

El régimen de las cosas abandonadas es distinto según se trate de cosas *nec mancipi* o de cosas *mancipi* (cosas económicamente importantes, entre ellas inmuebles). Respecto de las primeras, los juristas clásicos discutían en qué momento se perdía la propiedad por el abandono de la cosa; los sabinianos opinaban que era en el mismo momento del abandono, y los proculeyanos, que en el momento en que alguien ocupaba la cosa; en consecuencia, los sabinianos admitían que la cosa abandonada era una cosa sin dueño (*res nullius*) y la adquiría en propiedad quien la ocupaba, y los proculeyanos opinaban que la cosa abandonada se adquiría por usucapión, por la posesión continuada durante un año.⁶⁹ Justiniano pasó por alto esa distinción y afirmó que quien ocupa una cosa abandonada por su dueño se hace inmediatamente propietario de ella.⁷⁰

Respecto de las cosas *mancipi* que hubieren sido abandonadas, se entendió que seguían siendo de su propietario, por lo que, si alguien tomaba posesión de ellas, era considerado un poseedor civil con justa causa que podía adquirir la propiedad mediante la posesión continuada por uno o dos años, según fuera mueble o inmueble.

⁶⁷ Ulpiano, 41 *ad Sabinum*, D 47,2,43,4-9.

⁶⁸ *Ibidem*. D 47,2,43,10 y 11.

⁶⁹ D'ORS, *Derecho Privado Romano* § 164, n. 4.

⁷⁰ Inst. 2,1,47.

JORGE ADAME GODDARD

En el caso de los inmuebles, se entendió que los que hubieran sido ocupados violentamente nunca se podría adquirir su propiedad por la posesión continuada, como tampoco se podía adquirir por usucapión la propiedad de las cosas robadas. Sin embargo, se llegó a admitir que los inmuebles, aunque tuvieran un dueño, podrían ser ocupados sin violencia si estaban abandonados, o si el dueño hubiera muerto sin tener herederos, o si el dueño se hubiera ausentado durante mucho tiempo. En tales casos, aunque el que tome posesión no puede adquirir la propiedad por usucapión, si cede la posesión a un tercero de buena fe, éste sí puede adquirir la propiedad por usucapión.⁷¹

H. Cosas públicas y cosas del Príncipe

En el Derecho romano clásico, las cosas del pueblo romano —*res publicae*— son cosas que están fuera del comercio y del patrimonio, por lo que no son totalmente equiparables a lo que los códigos civiles llaman cosas que son propiedad del poder público.

Sin embargo, con la introducción del régimen político del Principado, se fue configurando un conjunto de cosas que constituyeron un patrimonio del príncipe, distinto del patrimonio del pueblo romano y del patrimonio personal del príncipe. Este nuevo patrimonio fue llamado Fisco del emperador (*Fiscus Caesaris*), y se transmitía del emperador a su sucesor en el gobierno, no a sus herederos.⁷² Aunque se entendía que los bienes que integraban el patrimonio del Fisco debían emplearse en obras y servicios públicos, el príncipe lo administraba y disponía libremente de él, sin tener la supervisión del Senado, que era el encargado de vigilar el patrimonio del pueblo. Por eso, el patrimonio del fisco se llegó a llamar “cosa privada del emperador” —*res privata Caesaris*—.

Poco a poco, el patrimonio del Fisco se fue incrementando y, al mismo tiempo, reduciendo el patrimonio del pueblo, lo cual era un signo claro del absolutismo monárquico que se iba gestando,⁷³ en el que se

⁷¹ Gai 2,51.

⁷² El Digesto tiene un título especial sobre los bienes del Fisco: D 49,14.

⁷³ Kaser, *Das Römische Privatrecht* I, § 73 III 2.

LA CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES EN LOS CÓDIGOS CIVILES DE LA REPÚBLICA MEXICANA

entendió que el rey era propietario del territorio y de los bienes que antes eran del pueblo.

Ese conjunto de bienes del príncipe, que no son ni del pueblo, ni tampoco patrimonio personal del príncipe en turno, tienen un régimen semejante al que tienen hoy los bienes que son propiedad de los poderes públicos, que no son bienes ni del pueblo, ni de los gobernantes, sino de la estructura de gobierno.

Las cosas que constituyen el patrimonio del Fisco se rigen, en principio, por el derecho privado, aunque con algunas ventajas y privilegios por estar destinados a fines públicos.

5. Apreciación crítica

Haré la crítica de la clasificación de los bienes siguiendo el mismo orden en el que se presenta en el Código Civil Federal.

A. *Bienes inmuebles y bienes muebles*

El considerar como bienes inmuebles a los que están asentados en un inmueble o a su servicio no parece que tenga razón de ser ni utilidad alguna. Es evidente que los corrales, los abonos, las líneas telegráficas, los pies de cría y las otras cosas que mencionan los códigos no son bienes inmuebles. Si el propósito es considerar que, en determinado negocio, por ejemplo, en una hipoteca, el bien inmueble debe considerarse junto con todas las cosas que hay en él, no es necesario afirmar que esas cosas son bienes inmuebles, basta decir que son partes o pertenencias del inmueble, como lo hacen algunos códigos arriba analizados, y que, por voluntad de las partes pueden quedar comprendidas o no en la hipoteca del inmueble, o en cualquier otro acto jurídico que se refiera a él.

La consideración de los derechos reales o de los derechos derivados de una concesión sobre bienes públicos como si fueran bienes inmuebles, igualmente carece de razón de ser y de utilidad. Es evidente que un derecho real o uno derivado de una concesión no es una cosa

JORGE ADAME GODDARD

mueble ni inmueble.⁷⁴ Si el propósito de esa declaración es exigir que para la constitución de un derecho real o de una concesión se requiere hacer un acto formal, lo más sensato es afirmar eso directamente y no de modo indirecto diciendo que, como tal derecho es un bien inmueble, se tiene que constituir por medio de un acto formal.

Respecto de la categoría de bienes muebles “por disposición” de la ley, es decir, los derechos personales, que son bienes muebles por disposición legal, reitero que no tiene sentido querer tratarlos como cosas cuando no lo son y porque tienen un tratamiento propio en la parte de los códigos relativa a las obligaciones.

La categoría de los muebles “por anticipación”, es decir los materiales de construcción que, una vez derruida una construcción, recuperan su condición de muebles, no tiene ninguna utilidad. Los materiales de construcción son bienes muebles; en cuanto se incorporan a una construcción son parte de ella, y en cuanto se desprenden son bienes muebles, y nada les afecta que lo sean por “anticipación” o por su propia naturaleza.

La distinción entre bienes fungibles y no fungibles resulta más clara cuando se indica que los fungibles son los que se identifican como una cantidad de un género determinado, en oposición a los no fungibles o específicos, que se individualizan por sus características propias, que distinguirlos, como lo hacen todos los códigos, por razón de si se pueden o no sustituir por otros de su mismo género.

Dadas las condiciones de la economía actual, resulta más conveniente que la clasificación de bienes fungibles o no fungibles sea una clasificación independiente, como está en algunos códigos, y no una subclasificación de los bienes muebles, ya que hoy también los bienes inmuebles algunas veces se tratan como fungibles, por ejemplo, cuando se vende una casa o un departamento de algún conjunto habitacional, indicándose que es un tipo de casa o departamento que hay en ese conjunto, sin precisar su ubicación; en tal ejemplo, la casa o departamento se vende como un bien fungible.

⁷⁴ Ver la crítica de la consideración de los derechos como si fueran «cosas incorporales» en el capítulo sobre el concepto de bienes.

B. Bienes de dominio del poder público y bienes propiedad de los particulares

Existe en los códigos una grave confusión porque no distinguen entre bienes que son del pueblo (nación, comunidad regional o municipio) y bienes que son de los poderes públicos federales, estatales o municipales. Por eso tampoco queda claro si el “dominio público” es un poder sobre las cosas diferente de la propiedad, o si bien el derecho de propiedad es único, aunque su titular pueda ser una persona o corporación pública o una privada.

Haciendo esa distinción entre pueblo y poder público, se pueden separar los bienes que son del pueblo, los que realmente son bienes públicos, que son bienes que están fuera del comercio, sobre los cuales no puede haber derecho de propiedad alguno. Y, por otra parte, los bienes que son de los poderes públicos, sobre los cuales puede haber derecho de propiedad.

Siguiendo la clasificación que hacen los códigos de los bienes que pertenecen al poder público, a la vista de la distinción entre bienes del pueblo y bienes de los poderes públicos, se puede proponer lo siguiente: los llamados bienes de uso común son los bienes públicos, sobre los cuales no hay ni puede haber derecho de propiedad. El titular de estos bienes puede ser la nación, el pueblo de una entidad federativa (o región) o de los municipios. El administrador de estos bienes es el Poder Ejecutivo federal, estatal o municipal, quien tiene sobre ellos un poder de administración que puede denominarse dominio público, porque es un poder que debe ejercerse en beneficio del pueblo; el dominio público incluye la facultad de concesionar el uso y aprovechamiento de los bienes públicos cuando esto es conveniente para el pueblo.

Los bienes destinados a un servicio público y los bienes propios son, como lo dicen los códigos, de pleno dominio o propiedad de los poderes públicos Ejecutivo, Legislativo o Judicial, sean federales, sean locales, serán municipales. Pero no puede haber un poder que concentre la titularidad de todos los bienes de los diversos poderes públicos, porque eso está prohibido por la constitución. Es un error hablar de bienes de la Federación o de una entidad federativa, como si fueran una persona

JORGE ADAME GODDARD

distinta de la que corresponde a cada uno de los tres poderes; sí cabe hablar de bienes de los Ayuntamientos, porque el poder público municipal no está dividido.

Hay una diferencia entre los bienes destinados a un servicio público y los bienes propios, aunque ambos sean objeto de propiedad de alguno de los poderes políticos. Los destinados a un servicio público son bienes cuyo propietario ha destinado o afectado a un determinado servicio, por lo tanto, no puede disponer de ellos mientras sigan destinados a ese servicio; para poder disponer de ellos tiene que desafectarlos, es decir, declarar formalmente que ya no estarán destinados a ese servicio. En cambio, los bienes propios son bienes sobre los cuales el poder público puede disponer libremente, como lo puede hacer un propietario privado que no haya restringido voluntariamente su derecho de propiedad con algún gravamen o afectación.

Haciendo la distinción entre bienes públicos, que son los del pueblo, y bienes de cada uno los poderes públicos, que son los del aparato político, se preserva la libertad del pueblo y se ponen límites a la concentración de los bienes en manos de un super poder político, lo cual es camino al absolutismo.

Respecto de los bienes de propiedad de los particulares, los códigos civiles nada dicen acerca de su naturaleza, simplemente apuntan que son aquellos sujetos al poder de un propietario particular, quien puede impedir que cualquier otra persona los ocupe, es decir los posea, sin su consentimiento. La frase que dice que pueden ser ocupados o poseídos si la ley lo autoriza, debe analizarse a propósito del contenido del derecho de propiedad.

C. *Bienes mostrencos*

Todos los códigos civiles incluyen en esta categoría los bienes muebles perdidos y los abandonados. Pero esa identificación de dos tipos de bienes genera confusión. Es muy distinto que alguien abandone un bien mueble tirándolo a la basura, a que alguien pierda involuntariamente un bien; en el primer caso, el propietario renuncia a la propiedad del bien que abandona, mientras que, respecto del bien perdido, sigue

LA CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES EN LOS CÓDIGOS CIVILES DE LA REPÚBLICA MEXICANA

con la voluntad de ser su propietario, al menos por algún tiempo, y por eso lo busca, pero si no lo encuentra, llega el momento en que renuncia a su propiedad o, como se dice comúnmente, “lo da por perdido”.

La consideración de los bienes perdidos y abandonados en una misma categoría también genera confusión en cuanto al modo de identificarlos. Algunos códigos dicen que se trata de bienes “cuyo dueño se ignore”, lo cual corresponde completamente a los bienes perdidos, pero no a los abandonados, porque éstos ya no tienen dueño. Otros códigos dicen que los bienes mostrencos son los que carecen de dueño, lo cual corresponde a los bienes abandonados, pero no a los perdidos.

En cuanto a las reglas sobre la entrega de los bienes mostrencos a la autoridad municipal del lugar donde se encuentren, se observa que son impracticables. Son reglas que parecen razonables cuando se trata, como era el supuesto original que dio lugar a la categoría de mostrencos, de animales de corral, que tienen cierto valor, cuyos dueños no renuncian fácilmente a perder la propiedad sobre ellos. Pero no tiene ningún sentido aplicarlas respecto de bienes muebles de poco valor, y mucho menos respecto de los bienes abandonados.

Esas reglas implican, además, una cierta tendencia estatista, al prescribir que todos los hallazgos de estos bienes tienen que ser notificados a los gobiernos municipales, como si no fuera más sensato que se notificaran a los responsables del lugar donde se hallaron, por ejemplo, al dueño del restaurante donde se encontró una cartera, o al director de una oficina o empresa donde se halló un collar, o a las personas en la vía pública donde se encontró algo, etcétera.

Respecto de los bienes muebles abandonados es más razonable la posición de los juristas romanos de la Escuela Sabiniana que les consideran cosas de nadie (*res nullius*), que se hacen del primero que las ocupa. Eso es lo que efectivamente sucede con las cosas tiradas a la basura, que se hacen del primero que las toma con intención de llevárselas.

También pueden considerarse cosas abandonadas las que alguien deja en un lugar para que ahí las reparen, limpien o simplemente guarden, con la intención de recogerlas posteriormente. En cuanto se dejan así las cosas no están abandonadas, pero si pasa un tiempo sin que el

JORGE ADAME GODDARD

propietario se presente a recogerlas, y ha sido previamente advertido de que las recoja, se puede considerar que ha abandonado esas cosas, y por lo tanto se hacen de quien las ocupe.

Los códigos civiles mexicanos, por no tener esa categoría de cosas sin dueño, tratan los bienes abandonados como si fueran perdidos, y generan esa acumulación de cosas que suele verse en los establecimientos donde hacen reparaciones, limpieza y demás servicios sobre cosas ajenas que les dejan sus propietarios y que nunca recogen, por lo que el dueño del establecimiento no sabe qué hacer con ellas, porque entiende que tienen un dueño.

La categoría de bienes sin dueño, que los juristas romanos aplicaban principalmente respecto de los animales salvajes, los peces, las cosas que se encuentran en el mar y las cosas *nec mancipi* abandonadas, no es del todo ajena a los códigos civiles mexicanos, aunque no la mencionan expresamente, pues está implícita en las disposiciones relativas a la apropiación de los animales silvestres, que se hacen de quien los caza.

D. *Bienes vacantes*

Esta es una categoría conflictiva. La mayor parte de los códigos sigue el régimen del código federal, que dice que los inmuebles que no tienen dueño cierto y conocido pueden ser denunciados por cualquier persona, a fin de que el ministerio público del lugar ejerza una acción para que un juez decida si el bien es efectivamente vacante y lo adjudique al “Fisco Federal”, y ordene se pague al denunciante una cuarta parte del valor catastral del inmueble.

Esta disposición presupone que los inmuebles delimitados y sin dueño conocido no son propiedad de la nación, sino inmuebles que carecen de dueño, y por eso es necesario que un juez los adjudique. Es otro indicio de la necesidad de esa categoría de bienes sin dueño que puede aplicarse también a los inmuebles.

La indicación de que el bien vacante se adjudica al “Fisco Federal” debe entenderse en el sentido de que se adjudica al Poder Ejecutivo federal, y es otra prueba de que el código reconoce que los poderes

públicos pueden tener la propiedad de bienes es diferente de la propiedad de la nación.

Vuelve a manifestarse el estatismo que late en el Código Civil Federal cuando prescribe que los bienes vacantes se adjudiquen al Poder Ejecutivo federal (o al Poder Ejecutivo local), y no considera los derechos que pudiera tener un poseedor no propietario de esos bienes.

El premio que se otorga al denunciante es una invitación a denunciar. Este premio es algo muy distinto del respeto que la ley puede conceder al poseedor de un bien vacante, pues éste suele ser alguien que trabaja e invierte en ese bien, mientras que el denunciante solo tiene interés en recibir una cantidad de dinero.

La recompensa al denunciante es mayor en el código de Chiapas, ya que a él se le adjudica la propiedad del inmueble si paga un precio equivalente a la mitad de su valor catastral. La denuncia de bienes vacantes se convierte así en un medio de adquisición de bienes inmuebles a cambio del pago de un precio considerablemente inferior al valor del bien.

El requisito para que un inmueble no sea vacante parece muy exigente. Solo están seguros los inmuebles que tengan un dueño “cierto y conocido”, lo cual parece exigir que el dueño esté registrado públicamente y que sea conocido por los vecinos. ¿Cuántos inmuebles habrá, sobre todo en tierras rústicas, que no tengan dueño registrado, y cuántos los que tengan dueño registrado que no sea conocido por los vecinos? ¿Cuántos casos de propietarios registrados que murieron y sus herederos nunca formalizaron la adquisición de la propiedad de alguno o varios inmuebles que había en la herencia? Se tiene la impresión, siguiendo literalmente lo que prescribe el código federal y la mayoría de los códigos locales, que una gran parte de los inmuebles que hay en el país pueden ser denunciados como bienes vacantes por no tener un dueño debidamente registrado.

Se ha moderado el requisito en algunos códigos que excluyen que sean vacantes los inmuebles que tengan un poseedor registrado o un poseedor en condiciones de adquirir la propiedad por prescripción adquisitiva. Esto es una corrección importante, pues protege al poseedor de buena fe, esto es, al que tiene una causa suficiente para poseer pacíficamente. De esta manera, se limita la posibilidad de denunciar inmuebles vacantes, y los que hubiera, pueden ser adquiridos por el

JORGE ADAME GODDARD

poseedor de buena fe, lo cual es mejor que adjudicarlos al Poder Ejecutivo, porque fomenta una mejor distribución de la propiedad inmueble entre el pueblo y es económicamente más productivo.

Los códigos que además de la categoría de inmuebles vacantes, han añadido la de inmuebles abandonados, es decir, los que durante cinco años permanecen improductivos, promueven la conflictividad innecesariamente, ya que aceptan que se pueda denunciar el inmueble, aunque tenga un propietario cierto y conocido, por la sola razón de que aparezca como improductivo. Esta disposición no estimula el mejor aprovechamiento de la propiedad inmobiliaria, pues si el propietario no aprovecha el bien, es por alguna razón, como la falta de recursos, ausencia de condiciones económicas favorables o presencia de condiciones económicas negativas, enfermedad u otras; por otra parte, el solo hecho de ser propietario de un inmueble, conservarlo y pagar los impuestos correspondientes es ya una contribución económica a la comunidad.

6. Propuesta para un régimen común

Parece conveniente mantener algunas de las clasificaciones que actualmente tienen los códigos, con algunas correcciones, pero también eliminar algunas categorías y añadir otras. Me referiré a ellas en el mismo orden.

A. *Bienes inmuebles y bienes muebles*

La distinción debe mantenerse porque hay distinto tratamiento jurídico para los bienes según sean muebles o inmuebles. Pero la consideración de bienes inmuebles por destino o por disposición de la ley no tiene razón de ser ni utilidad práctica, si, como lo hacen algunos códigos, que se introduce la noción de conjuntos de bienes (*universitates*), generalmente formado por un bien inmueble y muchos muebles, que pueden ser considerados como una unidad en los negocios jurídicos.

La distinción entre inmueble y mueble debe volver a su sentido originario, los inmuebles no pueden trasladarse, los muebles sí. Esto reduce

LA CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES EN LOS CÓDIGOS CIVILES DE LA REPÚBLICA MEXICANA

los bienes inmuebles a los terrenos. Las construcciones, los árboles y otras cosas adheridas al suelo son partes del terreno, no son inmuebles por sí mismos. Las cosas que puede haber en un inmueble son sus pertenencias, instrumentos o accesorios y, por lo general, son separables del inmueble, aunque las partes pueden libremente convenir que se consideren como una unidad en un determinado acto jurídico.

La categoría de bienes muebles debe reducirse a las cosas que pueden cambiar de lugar. Es inútil la afirmación de que los derechos personales son muebles por disposición de la ley,⁷⁵ como ya se comentó al analizar el concepto de bienes, pues no son objeto de posesión ni de derechos reales.

La distinción entre bienes fungibles y no fungibles (o específicos) debe conservarse, aunque su utilidad está en relación con las obligaciones o los legados de dar una cosa, que tienen tratamientos diferentes según que la cosa debida sea fungible o específica. No es relevante en materia de posesión y derechos reales, porque las cosas fungibles no son objeto de posesión o derechos reales, a menos que se hagan cosas específicas, es decir, a menos que no sean fungibles.

Para mayor claridad, conviene recuperar la definición de bienes fungibles como aquellos que consisten en una cantidad de un género determinado, que es más fácilmente comprensible que la que dan los códigos, esto es, la de bienes que se pueden sustituir por otros de su mismo género y cantidad.

Esta distinción, como está en algunos códigos, debe ser una clasificación independiente y no una subclasificación de los bienes muebles, porque actualmente pueden tratarse algunos inmuebles como bienes fungibles.

B. Bienes propiedad de los poderes públicos y bienes propiedad de los particulares

Esta distinción de los bienes según a qué tipo de personas pertenezcan resulta confusa, porque, como se advirtió arriba, no hace distinción

⁷⁵ Igualmente, la afirmación de que los derechos reales o los derechos derivados de concesiones son bienes inmuebles.

JORGE ADAME GODDARD

entre el pueblo y el poder político, entre la nación y la “federación”, o el pueblo de una entidad federativa o región y el estado local, o entre el municipio y el ayuntamiento. Haciendo la diferencia entre los bienes que son del pueblo (nación, región o municipio) y los que son de los poderes públicos, se puede proponer lo siguiente.

Los bienes que son del pueblo (en cualquiera de sus dimensiones) son bienes que, como estaba previsto por los juristas romanos, están fuera del comercio y son inalienables. A esa categoría corresponden los bienes que menciona el artículo 27 constitucional como bienes nacionales, así como los bienes que los códigos y la ley de bienes nacionales denominan “de uso común”. Respecto de estos bienes no hay derecho de propiedad, pero sí un régimen especial, que puede denominarse de dominio público, cuyo administrador es el Poder Ejecutivo correspondiente, el cual debe conservar y administrar estos bienes, lo que implica la facultad de concesionarlos a particulares para un uso y aprovechamiento privado, a cambio del pago de una cantidad de dinero que debe aprovecharse para beneficio del pueblo.

Los bienes que son propiedad de los poderes públicos, esto es, de cada uno de los poderes públicos y no exclusivamente del Poder Ejecutivo, son los bienes que los códigos dicen que pertenecen en “pleno dominio” a los poderes públicos, y que son los bienes destinados a un servicio público y los bienes propios. Sobre los primeros hay un derecho de propiedad limitado, en cuanto esos bienes sigan afectados a un servicio público, pero en cuanto sean “desafectados” del servicio público, de acuerdo con lo prescrito por las leyes de la materia, pueden ser libremente enajenados. Los bienes propios son bienes que los poderes públicos tienen en propiedad sin alguna limitación especial.

De acuerdo con esa propuesta, no debe distinguirse entre propiedad pública y propiedad privada, sino entre bienes públicos, que están fuera del comercio, y bienes sobre los cuales puede haber un derecho de propiedad, cuyo titular pueden ser personas privadas individuales o colectivas y también personas públicas. Sí se puede y se debe hacer la distinción entre el “dominio público”, que es un régimen de conservación y administración, y el derecho de propiedad, que implica un poder de disposición.

LA CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES EN LOS CÓDIGOS CIVILES DE LA REPÚBLICA MEXICANA

Respecto de los bienes que son propiedad de los particulares, debe reconocerse, relacionando este precepto con el correspondiente, cuál es el contenido del derecho de propiedad, y, como ha hecho el Código de Puebla, eliminar la disposición que dice que podrán ser aprovechados por otra persona con “autorización de la ley”, lo cual contradice el derecho de propiedad reconocido en el artículo 27 constitucional.⁷⁶

El hecho de que los poderes públicos puedan tener bienes en propiedad privada hace ver que la distinción de los bienes, que hace el Código Civil Federal, “según las personas a quienes pertenecen” no es clara. Pues los poderes públicos, especialmente el Ejecutivo, pueden tener el dominio público sobre los bienes del pueblo y propiedad sobre sus bienes.

Resulta mejor distinguir los bienes según la función que tengan, es decir, distinguir entre bienes públicos, que son los bienes del pueblo, sobre los que hay el régimen de dominio público, y los demás bienes que son susceptibles de apropiación, sea por personas particulares, sea por personas públicas.

C. Bienes mostrencos

Por la confusión que genera al tratar de la misma manera los bienes muebles perdidos y los abandonados, conviene eliminar esa categoría, y, en su lugar, introducir la categoría de bienes muebles sin dueño (*res nullius*), que comprende los animales salvajes, las cosas halladas en el mar, cuya apropiación no esté especialmente regulada, y las cosas abandonadas por sus dueños, que pueden ser aquellas respecto de las cuales se hace un acto de abandono, como dejarlas en un depósito de basura, y aquellas cuyo propietario olvida o deja de buscar durante un cierto tiempo.

⁷⁶ Es cierto que el artículo constitucional también afirma (párrafo III) que la nación tiene el derecho de imponer a la propiedad privada las “modalidades” que dicte el interés público. Pero imponer modalidades no significa extinguir o anular el derecho de propiedad, sino simplemente restringirlo en punto específicos, por razón del bien común. Véase Adame Goddard, J., *La propiedad de la nación mexicana*, México, Porrúa-UNAM, 2018, pp. 91-94.

JORGE ADAME GODDARD

La propiedad sobre estas cosas sin dueño la adquiere quien las ocupa, es decir quien se apodera de ellas con la intención lícita de hacerse dueño.

D. *Bienes vacantes*

Esta categoría de inmuebles sin dueño cierto y conocido es una fuente de conflictos, como lo demuestra el hecho de que varios códigos la han restringido a los inmuebles que no tengan un poseedor registrado o con justa causa para poseer.

Dada la ineficacia del sistema registral de los terrenos urbanos y rústicos, es muy fácil encontrar un inmueble cuyo dueño no esté debidamente registrado, sea porque compró un inmueble y no ha hecho la escritura pública, sea porque lo recibió en herencia y no ha hecho el cambio de propietario, sea porque lo tiene la familia desde hace muchos años y el propietario nunca se ha registrado, sea porque resulta muy costoso pagar los impuestos y los gastos de escrituración.

Por otra parte, carece de justificación que se premie al denunciante con una cantidad de dinero y que el inmueble se adjudique al “fisco”, es decir al Poder Ejecutivo correspondiente del lugar; esa adjudicación viene a ser, de hecho, una expropiación sin justificación por el bien público y sin indemnización al propietario expropiado, pero con recompensa al denunciante.

Es conveniente eliminar esa categoría de inmuebles vacantes, y regular adecuadamente la posesión de inmuebles, de modo que si se diera el caso de un inmueble vacante, quien lo posea a nombre propio, que será ordinariamente quien se encargará de cuidarlo, pagar gastos e impuestos y mejorarlo, quede protegido en su calidad de poseedor; esta protección jurídica deberá ser diversa, según que el poseedor tenga o no tenga una justa causa para poseer.

7. Bibliografía y fuentes utilizadas⁷⁷

Código Civil del Estado de Aguascalientes, *Periódico Oficial del Estado de Aguascalientes*, 7 de diciembre de 1947, última reforma publicada el 4 de noviembre de 2019.

Código Civil para el Estado de Baja California, *Periódico Oficial del Estado de Baja California*, 31 de enero de 1974, última reforma publicada el 27 de noviembre de 2020.

Código Civil para el Estado libre y Soberano de Baja California Sur, *Boletín Oficial del Estado de Baja California Sur*, 19 de julio de 1996, última reforma publicada el 24 de marzo de 2020.

Código Civil del Estado de Campeche, *Periódico Oficial del Estado de Campeche*, 17 de octubre de 1942, última reforma publicada el 27 de mayo de 2019.

Código Civil del Estado de Chihuahua, *Periódico Oficial del Estado de Chihuahua*, 23 de marzo de 1974, última reforma publicada el 16 de enero de 2021.

Código Civil del Estado de Chiapas, *Periódico Oficial del Estado de Chihuahua*, 23 de marzo de 1974, última reforma publicada el 23 de enero de 2019.

Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza, Periódico Oficial del Estado de Coahuila, 25 de junio de 1999, última reforma publicada el 22 de noviembre de 2019.

Código Civil para el Estado de Colima, Periódico Oficial del Estado de Colima, 25 de septiembre de 1954, última reforma publicada el 6 de febrero de 2021.

Código Civil para el Distrito Federal —Ciudad de México—, *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, el 25 de mayo de 2000, última reforma publicada el 9 de enero de 2020.

Código Civil del Estado de Durango, *Periódico Oficial del Gobierno Constitucional del Estado Libre y Soberano de Durango*, durante los me-

⁷⁷ He utilizado la versión electrónica de los códigos civiles locales y federal, disponible en: www.ordenjuridico.gob.mx. El orden en que presento los códigos es el orden alfabético que corresponde al nombre de cada estado.

JORGE ADAME GODDARD

ses de enero a agosto de 1948, última reforma publicada el 31 de diciembre de 2017.

Código Civil del Estado de México, *Gaceta del Gobierno del Estado de México*, 7 de junio de 2002, última reforma publicada el 12 de octubre de 2017.

Código Civil del Estado libre y Soberano de Guerrero, *Periódico Oficial del Gobierno del Estado*, 2 de marzo de 1993, última reforma publicada el 26 de septiembre de 2019.

Código Civil para el Estado de Guanajuato, *Anexo al Periódico Oficial del Estado de Guanajuato*, 14 de mayo de 1967, última reforma publicada el 1o. de noviembre de 2019.

Código Civil para el Estado de Hidalgo, *Periódico Oficial del Estado de Hidalgo*, Apéndice al núm. 38 del 8 de octubre de 1940, última reforma publicada el 1o. de agosto de 2018.

Código Civil del Estado de Jalisco, *Periódico oficial "El Estado de Jalisco"*, publicada el 25 de febrero de 1995, última reforma publicada el 21 de marzo de 2019.

Código Civil para el Estado de Michoacán de Ocampo, *Periódico Oficial del Estado de Michoacán*, 11 de febrero de 2008, última reforma publicada el 1o. de septiembre de 2017.

Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Morelos, *Periódico Oficial del Estado de Morelos*, 13 de octubre de 1993, última reforma publicada el 8 de marzo de 2017.

Código Civil para el Estado de Nayarit, *Periódico Oficial del Estado de Nayarit*, 22 de agosto de 1981, última reforma publicada el 13 de diciembre de 2019.

Código Civil para el Estado de Nuevo León, *Periódico Oficial del Estado de Nuevo León*, 6 de julio de 1935, última reforma publicada el 18 de octubre de 2019.

Código Civil para el Estado de Oaxaca, *Periódico Oficial del Estado de Oaxaca*, 30 de noviembre de 1944, última reforma publicada el 15 de febrero de 2020.

Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla, *Periódico Oficial del Estado de Puebla*, 30 de abril de 1985, última reforma el 24 de enero de 2020.

LA CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES EN LOS CÓDIGOS CIVILES DE LA REPÚBLICA MEXICANA

- Código Civil del Estado de Querétaro, *Periódico Oficial del Estado de Querétaro*, 21 de octubre de 2009, última reforma publicada el 10 de junio de 2020.
- Código Civil para el Estado de Quintana Roo, *Periódico Oficial del Estado de Quintana Roo*, 8 de octubre de 1980, última reforma el 16 de enero de 2020.
- Código Civil para el Estado de San Luis Potosí, *Periódico Oficial del Estado de San Luis Potosí*, 18 de abril de 1946, última reforma el 17 de marzo de 2020.
- Código Civil para el Estado de Sinaloa. *Periódico Oficial del Estado de Sinaloa*, 23 de julio de 1940, última reforma publicada el 28 de diciembre de 2016.
- Código Civil para el Estado de Sonora, *Boletín Oficial del Estado de Sonora*, 24 de agosto de 1949, última reforma publicada 27 de septiembre de 2018.
- Código Civil para el Estado de Tabasco, *Periódico Oficial del Estado de Tabasco*, 9 de abril de 1997, última reforma publicada el 16 de octubre de 2019.
- Código Civil para el Estado de Tamaulipas, *Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Tamaulipas*, 10 de enero de 1987, última reforma publicada en el periódico oficial, 17 de octubre de 2019.
- Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala, *Periódico Oficial del Gobierno de Tlaxcala*, 20 de octubre de 1976, última reforma publicada en el periódico oficial, 14 de octubre de 2019.
- Código Civil para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, *Gaceta Oficial del Estado de Veracruz-Llave*, 15 de septiembre de 1932, última reforma publicada el 4 de febrero de 2020.
- Código Civil del Estado de Yucatán, *Diario Oficial del Estado de Yucatán*, 31 de diciembre de 1993, última reforma publicada el 28 de diciembre de 2016.
- Código Civil del Estado de Zacatecas, *Periódico Oficial del Estado de Zacatecas*, 24 de mayo de 1986, última reforma publicada el 24 de febrero de 2018.
- Código Civil Federal, *Diario Oficial de la Federación*, 26 de mayo, 14 de julio, 3 de agosto y 31 de agosto de 1928, última reforma publicada el 11 de enero de 2021.

JORGE ADAME GODDARD

D'ORS, A. *Derecho Privado Romano*, 8a. ed., Pamplona, EUNSA, 1991.

D'ORS, A. y otros, *El Digesto de Justiniano*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1968.

GAI, *Institutionum comentarii quattuor*, edición bilingüe, en *Textos de Derecho Romano*, DOMINGO, Rafael (coord.), Pamplona, Aranzadi Editorial, 2001.

IUSTINIANI, *Digesta*. T. Mommsen-P. Krueger, 20a. ed., Weidman, 1968.

IUSTINIANI, *Institutiones*. P. Krueger, Weidman, 1968.

KASER, M. *Das Römische Privatrecht* I. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1971.

Ley de las XII Tablas, edición bilingüe, en *Textos de Derecho Romano*, DOMINGO, Rafael (coord.), Pamplona, Aranzadi Editorial, 2001.

Culpa in contrahendo. La necesidad de regularla en México

Culpa in contrahendo. The Need to Regulate it in Mexico

María Audry Luer*

RDP

Resumen

Se divide tradicionalmente la responsabilidad civil en dos grandes ámbitos: el contractual y el extracontractual, obviando la existencia de la responsabilidad precontractual. Una de las regulaciones más interesantes al respecto es la llamada *culpa in contrahendo*, cuyo fundamento es la buena fe objetiva que debe imperar entre las partes desde antes de la celebración del contrato. Institución de origen alemán, en Latinoamérica, en países como Argentina, Chile, Perú, Uruguay, Colombia y Venezuela, ha sido la doctrina primero y luego tímidamente la jurisprudencia, las que han reconocido la existencia de la responsabilidad precontractual.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil, buena fe, Von Ihering, obligaciones precontractuales, error, mala fe, dolo.

Abstract

Civil liability is traditionally divided into two fundamental areas, contractual and non-contractual, ignoring the existence of pre-contractual

* Maestra en derecho por la Humboldt-Universität zu Berlin.

MARÍA AUDRY LUER

liability. One of the most interesting regulations in this regard is the so-called *culpa in contrahendo*, whose foundation is the objective good faith that must prevail between the parties before the contract is concluded. Institution of German origin, in Latin America, in countries such as Argentina, Chile, Peru, Uruguay, Colombia and Venezuela, it has been the doctrine first and then timidly the jurisprudence, which have recognized the existence of pre-contractual liability.

KEYWORDS: Civil Liability, Good Faith, Von Ihering, Pre-contractual Obligations, Error, Bad Faith, Fraud.

Sumario:

1. Introducción.
2. Derecho comparado.
3. Diagnóstico del problema: ausencia de regulación en México.
4. Propuesta de solución y conclusión: necesidad de legislar la *culpa in contrahendo*.
5. Bibliografía.

1. Introducción

Tradicionalmente se divide la responsabilidad civil en dos grandes ámbitos: el contractual y el extracontractual, obviando la existencia de un campo que abarca un sinnúmero de hipótesis, cual es el de la responsabilidad precontractual. Cuando ocurren problemas en la fase de preparación, formación o de generación del contrato, en la cual las partes están ligadas por una especial relación jurídica de carácter precontractual, cobra gran importancia una regulación clara y estructurada para resolverlos con rapidez y justicia. Una de las regulaciones más interesantes al respecto es la llamada *culpa in contrahendo* (en adelante c.i.c.) o responsabilidad precontractual, cuyo fundamento es la buena fe objetiva que debe imperar entre las partes desde antes de la celebración del contrato.¹

¹ Existe una amplia literatura jurídica sobre el tema, así: Tomás Martínez, Gema, "Naturaleza de la responsabilidad precontractual (*culpa in contrahendo*) en la armonización jurídica europea", *Revista de Derecho*, Colombia, año 17, núm. 1, 2010, pp. 187-

La creciente importancia de la c.i.c. en otros países, así como su regulación en las legislaciones más avanzadas —en concreto Italia y Alemania—, hace imperioso su estudio.

Abordaremos la presencia de la c.i.c. en otras jurisdicciones para, posteriormente, en un ejercicio de derecho comparado, hacer una revisión analítica del orden jurídico mexicano que no conoce dicha institución de derecho. Concluye con una propuesta de legislación de la c.i.c.

Regular la *culpa in contrahendo* en México, como lo han hecho varias legislaciones evolucionadas, permitiría amparar diversas hipótesis que en la actualidad quedan desprotegidas y ello conllevaría seguridad jurídica tanto para la inversión nacional como para la extranjera, principalmente en las negociaciones preliminares que preceden al perfeccionamiento de los contratos.

2. Derecho comparado

A. Derecho alemán

a. Extracto

La c.i.c. tuvo su cuna en la Alemania de la segunda mitad del siglo XIX, posteriormente se desarrolló en el ámbito doctrinal y jurisprudencial, y finalmente ha sido codificada sistemáticamente en el *Código Civil Alemán* (BGB) en 2002. En efecto, el BGB originalmente incluyó la teoría de la c.i.c. sólo en algunos artículos dispersos, pero no la reguló de manera sistemática. Actualmente la c.i.c. abarca los siguientes supuestos: (i) la responsabilidad en el caso de celebración de un contrato inválido; (ii) la ruptura injustificada de las tratativas precontractuales; (iii) los casos en que se responde cuando una parte, antes de la celebración del

210. Asimismo, Domingo Monforte, José, “Responsabilidad precontractual. La culpa in contrahendo”, *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, 28 de abril de 2021, disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2021/05/20/responsabilidad-precontractual-la-culpa-in-contrahendo>; y Mendieta, Jaime, “La culpa in contrahendo: historia, evolución y estado actual de la cuestión”, *Revista e-mercatoria*, vol. 10, núm. 2, diciembre 2011, pp. 40-74.

MARÍA AUDRY LUER

contrato, ocasiona un daño a la otra y/o a los bienes jurídicos de ésta, y (iv) los casos en que el contrato se celebra en condiciones desfavorables para la otra parte. Luego, con la reforma, se ha reconocido legislativamente que un vínculo obligatorio, con las obligaciones que implica, puede surgir de las tratativas precontractuales.

b. *Desarrollo histórico*

Lo que actualmente la doctrina denomina responsabilidad precontractual se originó en la teoría de la *culpa in contrahendo* elaborada por el jurista alemán Rudolf von Ihering en 1861. Von Ihering² reflexionó sobre los daños que pueden ocasionarse en el periodo anterior a la celebración del contrato y sobre la necesidad de su resarcimiento. En su disertación, von Ihering, se ocupó sólo de un área parcial de los casos que hoy abarca la c.i.c., en concreto:

- a) *Celebración de un contrato nulo por error o por falsa declaración una de las partes.* La parte que contrató confiando en la validez del negocio jurídico y sin que le sea imputable la causal de invalidez de éste, no debe soportar los daños y perjuicios que le fueron causados, por lo que su contraparte debe indemnizarla.
- b) *No perfeccionamiento de un contrato por revocación de la oferta y por caducidad de la oferta por muerte o incapacidad del oferente.* Según Von Ihering, la c.i.c. es consecuencia del incumplimiento de la obligación de la *diligentia in contrahendo*, la cual impone a toda persona que pretende celebrar un contrato la obligación de asegurarse de que nada, en ella misma o en el objeto de la prestación, se oponga a la existencia y validez del contrato de que se trata. Esto es, la parte contratante debe estar en condiciones de celebrar un contrato válido y eficaz.

² Von Ihering, R., "*Culpa in contrahendo, oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*", en *Gesammelte Aufsätze*, t. I, Jena, 1881, pp. 341 y ss. Véase asimismo Schanze, Erich, "*Culpa in contrahendo bei Jhering*", en *IUS COMMUNE*, Frankfurt am Main, Alemania, núm. 7, Vittorio Klostermann, 1978.

Aun cuando aquello de lo que actualmente trata la c.i.c. se encuentra en su mayor parte fuera de la ruta del pensamiento original de von Ihering, fue él quien señaló el camino hacia una evaluación justa y sensata de numerosos supuestos.

c. Desarrollo jurisprudencial y doctrinal

Los redactores del BGB de 1900 no incluyeron una reglamentación general de la c.i.c. Sólo se dispuso una obligación de indemnización del daño en determinados supuestos que correspondían al material analizado por von Ihering.³

La culpa en la etapa precontractual como institución de derecho fue reconocida por la doctrina que generalizó las disposiciones citadas del BGB en la siguiente regla: el inicio de negociaciones contractuales obliga a las partes a obrar con la mayor diligencia, lo que, en consecuencia, crea una relación especial. La infracción culpable de dichas obligaciones conlleva la obligación de indemnizar.

Dado que el BGB no incluyó una regla general expresa para la c.i.c., ésta se desarrolló consuetudinariamente, con apoyo en la jurisprudencia y en la doctrina, como una institución jurídica central del derecho civil alemán.

Las peculiaridades del sistema de responsabilidad extracontractual alemán fueron determinantes en la evolución de la c.i.c. Ello porque el régimen de responsabilidad aquiliana no contempla la indemnización de daños en los que el único bien lesionado es el patrimonio, ni contempla un principio general de responsabilidad extracontractual.⁴ Luego entonces, el patrimonio como tal no se encuentra tutelado, a menos que la lesión patrimonial sea consecuencia del daño causado a uno de los bienes jurídicos expresamente protegidos.

³ Se trata de normas que contemplan supuestos de responsabilidad por invalidez contractual y obligan a indemnizar los daños causados en atención al criterio del interés negativo o interés de confianza, pues en todas ellas se hace referencia a la confianza que se tenía en la validez del contrato o en las facultades de representación, misma que resulta defraudada.

⁴ Como sí lo contienen otras legislaciones, entre ellas, la francesa en el artículo 1382 del Código Civil francés, la chilena en el artículo 2329 del Código Civil chileno y la mexicana en el artículo 1910 del Código Civil Federal.

MARÍA AUDRY LUER

Así pues, tanto la doctrina como la jurisprudencia recurrieron a la teoría de la c.i.c. para establecer indemnizaciones en supuestos no contemplados expresamente en el BGB, que no cabían en los supuestos de responsabilidad contractual por no existir un contrato celebrado y que tampoco tenían cabida en el régimen de responsabilidad extracontractual por tratarse de daños fundamentalmente patrimoniales.

Luego, del planteamiento inicial de von Ihering, la doctrina y la jurisprudencia ampliaron la teoría de la responsabilidad por c.i.c. para cubrir no sólo supuestos de contratos inválidos, sino también supuestos en los que no llega a celebrarse ningún contrato e, incluso, hipótesis en las que se celebra un contrato válido. Así, la responsabilidad por c.i.c. llegó a constituir un principio general que permite reclamar indemnización por daños experimentados como consecuencia de comportamientos precontractuales.

En el curso de los años, la jurisprudencia desarrolló algunos supuestos no limitativos de la c.i.c., por ejemplo, la ruptura de negociaciones contractuales, la infracción de deberes de tutela y protección, así como la infracción de obligaciones de información.⁵ Fueron múltiples las direcciones de desarrollo de la doctrina y de la jurisprudencia, entre los grupos de casos más significativos se encuentran:

- a. Daños y perjuicios corporales y patrimoniales en las negociaciones preliminares del contrato y obligaciones de garantizar la circulación segura

Se planteó la necesidad de cubrir supuestos en los que aún no se ha iniciado ningún tipo de negociación, como ocurre en los casos de lesiones físicas o en el patrimonio sufridas por potenciales clientes en almacenes, supermercados, etcétera.

⁵ En sentencia del 26 de abril de 1912 se estableció la responsabilidad por incumplimiento del deber de información de una empresa que cedió a otra la distribución de un producto respecto del cual existía una acusación por parte de una empresa competidora de estar violando el derecho de patente, acusación que llevó a la paralización de la venta del producto. El tribunal estimó que dicha información debió haber sido proporcionada por el cedente al distribuidor.

b. Responsabilidad por la causación
de un contrato perjudicial

Circunstancias especiales pueden justificar la obligación precontractual de una de las partes de informar y explicar correcta e íntegramente a la otra parte determinados hechos y riesgos.⁶ Cuando el contrato surte sus efectos en estos casos, el perjuicio originado por la c.i.c. consiste precisamente en este contrato desventajoso. Por ello, aquél que lesiona en forma culpable las obligaciones contractuales de información y esclarecimiento para inducir a error a su contraparte o para sostenerla en él, debe responsabilizarse por dicho perjuicio. El contrato debe ser rescindido.

c. Responsabilidad por ruptura de negociaciones
contractuales

En tanto que un contrato no ha sido celebrado, no existe entre las partes fundamentalmente ningún vínculo jurídico, y cada parte tiene el derecho de interrumpir las negociaciones y suspender el contrato. Cuando una de las partes hubiera realizado determinados gastos en la esperanza de que el contrato llegaría a celebrarse, debe asumir la pérdida si el contrato no llegara finalmente a perfeccionarse. Sin embargo, una de las partes puede incurrir en la obligación de indemnizar a la contraparte cuando hubiera despertado en ésta, a través de declaraciones o de comportamiento, la expectativa de que el contrato llegaría con seguridad a celebrarse, y posteriormente rompiera las negociaciones sin causa justificada.⁷ La obligación de señalar la incertidumbre con respecto a la celebración del contrato puede surgir cuando la contra-

⁶ Por ello el vendedor de una participación empresarial no tiene permitido transmitir una imagen falsa de la situación de ingresos de la empresa; al vendedor de mercancía de importación tampoco se le permite afirmar falsamente acerca de la exención de impuestos de importación sobre ciertas mercancías.

⁷ Un patrón quería contratar un trabajador nuevo e informó al solicitante que podía contar en firme con el empleo, por lo que el solicitante renunció a su empleo de entonces, sin embargo, no se llegó a la celebración del contrato y el tribunal obligó al empleador a compensar al solicitante el daño resultante.

MARÍA AUDRY LUER

parte incurre en gastos con miras a la celebración del contrato y la otra se percató de ello.⁸

d. Responsabilidad por la nulidad de un contrato

La parte que hubiera acarreado en forma culposa la nulidad del contrato, sin que la otra parte lo hubiera advertido o hubiera podido preverlo, debe responsabilizarse por culpabilidad. Sin embargo, el derecho a indemnización sólo abarca aquellos gastos que hubiera hecho una de las partes en un momento en que era dable que aún confiara en la validez del contrato.

e. Responsabilidad por la actuación de los auxiliares

Con respecto a la responsabilidad por negligencia en negociaciones contractuales, no hace diferencia que la respectiva contraparte haya conducido las negociaciones personalmente o a través tercero. La parte contractual se responsabiliza por la negligencia de la persona a la que delega como su auxiliar antes y durante el cierre del contrato.

d. Codificación en el BGB

La *Ley para la Modernización del Derecho de las Obligaciones* de 2002 codificó en el BGB la c.i.c., hasta entonces prácticamente no reglamentada y preponderantemente desarrollada a partir de la jurisprudencia. A partir de entonces, el § 311 del BGB contiene el fundamento legal de la responsabilidad derivada de c.i.c. La codificación no pretendió modificar la jurisprudencia existente, la cual sigue siendo aplicable a la nueva reglamentación.

⁸ Una empresa dedicada a la planeación había colaborado durante un prolongado período con la comunidad y era dable que confiara en la afirmación de los representantes de la comunidad de que se produciría un nuevo contrato. Este contrato no fue posteriormente celebrado, situación que pudo prever la comunidad, en tanto que la empresa de planeación no tenía modo de saberlo. El tribunal obligó a la comunidad a indemnizar a la empresa los gastos de planeación que realizó con miras a este siguiente contrato.

CULPA IN CONTRAHENDO. LA NECESIDAD DE REGULARLA EN MÉXICO

El sistema de c.i.c. se sintetizó con base a una serie de remisiones en los §§ 311,⁹ 241 (2)¹⁰ y 280¹¹ BGB, conforme a los cuales puede presentarse un vínculo obligatorio con deberes de protección inclusive desde el estadio precontractual. La c.i.c. abarca toda infracción de deberes: al inicio de las negociaciones contractuales, en las fases de iniciación de un contrato o en ocasión de contactos de negocios jurídicos para los que no existe una regulación legal especial.¹²

⁹ § 311 BGB: Vínculos obligatorios derivados de negocios jurídicos y similares.

(1) Para la constitución de una relación obligatoria mediante un negocio jurídico, así como para la modificación del contenido de un vínculo obligatorio, se requiere de un contrato entre las partes, salvo disposición en contrario.

(2) Se establece un vínculo obligatorio con deberes de conformidad con §241 párrafo 2, también a través de:

1. La iniciación de tratativas contractuales;
2. Los tratos preliminares de un contrato en los que una de las partes, con miras a una posible relación de negocios, permite a la otra la posibilidad de influir sobre sus derechos, bienes e intereses o se los confía, o;
3. Contactos similares a los de negocios.

(3) Una relación obligatoria con deberes según lo previsto en el §241 párrafo 2, puede surgir también entre terceros que no vayan a convertirse en partes contractuales por sí mismos. Una relación obligatoria de este tipo se produce, particularmente, cuando el tercero exige para sí mismo el depósito de una confianza extraordinaria y, a través de ésta, influye notablemente en las tratativas contractuales o en la celebración del contrato.

¹⁰ § 241 párrafo 2 BGB: El vínculo obligatorio puede, tomando en cuenta su naturaleza, obligar a cada parte a respetar de manera especial los derechos y bienes jurídicos de la otra parte. A esto puede limitarse el vínculo obligatorio.

¹¹ § 241 párrafo 1 BGB: Si el deudor infringe una obligación del vínculo obligatorio, puede el acreedor demandar la indemnización del daño surgido por esta causa. Esto no aplica cuando el deudor no sea responsable de la infracción de la obligación.

¹² El sistema alemán funciona a base de remisiones, pues la consecuencia jurídica directa del § 311 párrafo 2 y 3 BGB es el fundamento de un nexo obligatorio con las obligaciones del § 241 párrafo 2 BGB. La infracción de las obligaciones derivada de un vínculo obligatorio semejante resulta en una responsabilidad por daños, pues en el supuesto del §241 párrafo 2 BGB el obligado es responsable por indemnización de conformidad con el § 280 párrafo 1 BGB. Por lo tanto, el acreedor no tiene derecho alguno a la prestación, sino sólo derecho a indemnización en el caso de una infracción de la obligación correspondiente derivada del vínculo obligatorio precontractual. Una infracción culpable de estas obligaciones desencadena derechos de indemnización, sin embargo, ni el §241 BGB ni el § 311 BGB constituyen el fundamento de la reclamación. El derecho a indemnización por inobservancia de las obligaciones precontractuales se desprende del § 280 párrafo 1 BGB; sin embargo, deben cumplimentarse las premisas

MARÍA AUDRY LUER

Las obligaciones precontractuales existen independientemente de que finalmente se llegue a la celebración de un contrato o no. Dentro del marco de las obligaciones citadas se permite a cada una de las partes contractuales perseguir sus propios intereses. Entre las obligaciones precontractuales se encuentran las siguientes:

- a) Obligaciones de protección, cuidado y conservación de los derechos, bienes jurídicos e intereses de terceros. Su infracción fundamenta los casos de responsabilidad por c.i.c. en los casos de lesiones físicas o daños al patrimonio con ocasión de la preparación del contrato.
- b) Obligaciones de información, comunicación y esclarecimiento con respecto a las circunstancias importantes para la decisión de celebrar el contrato.
- c) Obligación de no interrumpir, sin motivo justificado, las negociaciones contractuales.

El parámetro para determinar la inobservancia de la obligación en el caso concreto es en qué medida resulta admisible que cada parte, habida consideración del objeto del contrato a celebrar, hubiera podido confiar conforme a los usos y costumbres y al *Treu und Glauben*,¹³ en que su contraparte iba a comportarse de un modo determinado.

Todos los intereses y bienes de las partes contractuales gozan de protección.

Actualmente, en derecho alemán las hipótesis de c.i.c. pueden ser muy variadas:

- a) Uno de los contratantes recurre a una sugestión, a un artificio, a un disimulo, al uso de violencia, etcétera, que resultan ser la causa determinante del contrato, lo cual determina su nulidad relativa por vicios del consentimiento;

antes citadas de la c.i.c. Por esta razón, la responsabilidad de indemnización deriva en todos los casos invariablemente del § 280 BGB.

¹³ El imperativo de no defraudar la confianza dispensada tiene su expresión en el BGB en la exigencia de observar el principio *Treu und Glauben*, término traduce al español como buena fe. En Alemania, la responsabilidad precontractual siempre deriva, en última instancia, de la infracción del principio *Treu und Glauben*.

CULPA IN CONTRAHENDO. LA NECESIDAD DE REGULARLA EN MÉXICO

- b) Uno de los contratantes, sin ningún propósito de cumplir las prestaciones contractuales, celebra un contrato;
- c) Después de celebrar un acuerdo verbal que requiere de alguna formalidad para su validez, una de las partes decide, sin causa justificada, no darle dicha formalidad al acuerdo;
- d) Sin ningún propósito de contratar, buscando sólo obtener determinada información y/o ganar tiempo, una persona mantiene con otros tratos, consecuencia de lo cual, la otra parte pierde la oportunidad de celebrar el contrato con una tercera persona;
- e) Una de las partes, después de hacer surgir en la otra razonable confianza de que el contrato será concluido, interrumpe o cesa arbitraria e injustificadamente las conversaciones;
- f) Con ocasión de los tratos preliminares, una de las partes ocasiona daños o lesiones a la otra parte o a sus bienes.

En los supuestos de c.i.c. la parte perjudicada tiene una acción para demandar el resarcimiento de los daños y la indemnización de los perjuicios ocasionados. Las consecuencias jurídicas de la responsabilidad por c.i.c. son:

- a) *Resarcimiento del interés de la confianza o interés negativo*: ha de colocarse al perjudicado como si la obligación precontractual hubiera sido cumplida correctamente, es decir, como si no se hubiera producido la infracción de la obligación. Debe resarcirse el daño que sufrió la parte perjudicada por haber confiado fundada y razonablemente en la seriedad, lealtad y honestidad del otro tratante. Esta indemnización abarca: el daño emergente (gastos realizados con motivo de las tratativas) y el lucro cesante (ganancia que el perjudicado dejó de obtener).
- b) *Interés positivo en el cumplimiento del contrato*: el derecho a indemnización puede también referirse al interés en el cumplimiento, por lo tanto, en algunos casos el perjudicado debe ser colocado en condición tal como si el contrato hubiera sido debidamente cumplido. Esto aplica cuando sin la c.i.c. el contrato hubiera llegado a celebrarse con el autor del perjuicio en condiciones más favorables para el perjudicado.

MARÍA AUDRY LUER

- c) *Revocación de un contrato ya celebrado*: en caso de que como resultado de la inobservancia de las obligaciones precontractuales de una de las partes se hubiera celebrado un contrato, la parte perjudicada tiene derecho a liberarse del contrato.
- d) *Adecuación del contrato*: en caso de que debido a c.i.c. el contrato hubiera sido celebrado en condiciones desfavorables y el perjudicado decida continuarlo, tiene derecho a su adecuación.
- e) *Indemnización por daño personal*. El plazo de prescripción normal para el derecho a indemnización de c.i.c. es de tres años a partir del fin del año en el que el acreedor, sin negligencia extrema, debió tener conocimiento del surgimiento del derecho a indemnización.

B. Otras jurisdicciones

La responsabilidad precontractual se originó en la doctrina y después fue acogida por la jurisprudencia del derecho continental europeo. Sin embargo, salvo por el BGB, no ha sido codificada de manera orgánica por las demás legislaciones. Por su parte, el Código Civil italiano establece expresamente el deber de comportarse de acuerdo con la buena fe en las tratativas preliminares. El hecho de que las demás legislaciones sean omisas al respecto se explica, en parte, por la disparidad de las hipótesis que es posible encuadrar en la responsabilidad precontractual, la mayoría de las cuales sólo tienen en común una violación de la buena fe objetiva que causa un daño.

En Latinoamérica, en países como Argentina, Chile, Perú, Uruguay, Colombia y Venezuela, ha sido también la doctrina primero y luego tímidamente la jurisprudencia las que han reconocido la existencia de la responsabilidad precontractual. Ahora bien, salvo por el Código Civil peruano de 1984, ninguna de las demás legislaciones civiles ha codificado el deber de comportarse de acuerdo con la buena fe en las negociaciones contractuales. La explicación más obvia es que éstas siguen rigiéndose por códigos inspirados en el derecho francés que justamente ha sido uno de los derechos europeos en los que menos ha penetrado

CULPA IN CONTRAHENDO. LA NECESIDAD DE REGULARLA EN MÉXICO

la teoría de la c.i.c. y, en la medida en que lo ha hecho, ha sido muy alejada de sus orígenes alemanes.

a. *Derecho italiano*

El Código Civil establece expresamente el deber de comportarse de acuerdo con la buena fe en las tratativas preliminares.¹⁴ En torno a esta norma gira la teoría de la responsabilidad precontractual en el derecho italiano. El que el legislador haya establecido una obligación de comportamiento en el período precontractual, es unánimemente interpretado como que se ha querido consagrar que quien vulnera la obligación precontractual de buena fe y causa un daño a otro, debe repararlo.

El derecho italiano reconoce la responsabilidad precontractual fundándola en la violación de la buena fe objetiva.¹⁵ Ahora bien, la vulneración del deber de buena fe en la etapa precontractual que acarrea daños implica un resultado lesivo injusto que permite configurar un ilícito civil y pedir la correspondiente reparación vía extracontractual. En este sentido se ha inclinado la jurisprudencia italiana de manera prácticamente unánime.¹⁶

¹⁴ Artículo 1337: "Las partes, en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, deben comportarse de acuerdo con la buena fe."

¹⁵ Véase Procchi, Federico, *Licet emptio non teneat: alle origini delle moderne teoriche sulla CD: culpa in contrahendo*, Milano, Italia, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2012. Del mismo autor: Procchi, Federico, "'Dolus' e 'culpa in contrahendo' nella compravendita. Considerazioni in tema di sinallagma genetico", en *La Compravendita e L'Interdipendenza delle Obbligazioni nel Diritto Romano*, t. I, 2007, pp. 181-246; y Vitucci, Paolo, "Responsabilità precontrattuale e inadempimento (Verso un'interpretazione giurisprudenziale più ampia delle norme sulla culpa in contrahendo, per l'applicazione di esse anche alle ipotesi di contratto concluso validamente), *Nozione formazione é interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne*, vol. IV, 1997, pp. 521 y 532.

¹⁶ Sobre el tema véase Sillani, Chiara Tenella, "Culpa in contrahendo, contatto sociale e "incoerenze" della Suprema Corte", en *Rassegna di diritto civile*, Napoli, Italia: Edizioni Scientifiche Italiane, volumen XXXVI, núm. 4, 2015; asimismo Turco, Claudio, "L'interesse negativo nella culpa in contrahendo", *Rivista Di Diritto Civile*, Italia, año LIII, núm. 2, marzo-abril, 2007.

MARÍA AUDRY LUER

b. *Derecho español*

A pesar de que el Código Civil en su artículo 1258¹⁷ no sujeta expresamente la fase de preparación del contrato al mandato de la buena fe, la doctrina ha sostenido su vigencia en dicha etapa por la aplicación analógica de esta norma y por lo dispuesto en el artículo 7o. inciso 1 del Código Civil,¹⁸ que consagra la buena fe como principio general de derecho.

Entonces, en España la buena fe objetiva es la fuente de deberes precontractuales, cuya violación acarrea una obligación de indemnización del daño causado. Ahora bien, un importante sector de la doctrina opina que la base normativa de la responsabilidad precontractual es la responsabilidad aquiliana que se encuentra en el artículo 1902 del Código Civil,¹⁹ el cual contiene una fórmula general en materia de hechos ilícitos que permite incluir cualquier tipo de daño producido por un comportamiento antijurídico, incluso el que tenga lugar en la fase precontractual.

La jurisprudencia española no ha sido unánime, pues ha fallado tanto a favor de la aplicación de las reglas de la responsabilidad contractual como de la extracontractual.

c. *Derecho francés*

Desde el siglo XVIII los autores franceses han fundado la responsabilidad precontractual en la culpa aquiliana. Así, Pothier estimó que la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados en la etapa precontractual nace de la regla de equidad de que nadie debe sufrir por el hecho de otro. Los autores clásicos del derecho francés, siguiendo

¹⁷ La redacción del artículo 1258 del Código Civil español es casi idéntico al artículo 1796 Código Civil mexicano y dice así: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley".

¹⁸ Artículo 7o. inciso 1 del Código Civil español: "Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe".

¹⁹ Artículo 1902 del Código Civil español: "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado".

CULPA IN CONTRAHENDO. LA NECESIDAD DE REGULARLA EN MÉXICO

las enseñanzas de Pothier, encontraron el fundamento de la indemnización de la responsabilidad precontractual en las normas que establecen la culpa aquiliana dentro del marco de un principio general de responsabilidad extracontractual. Según estos autores, la responsabilidad contractual es de excepción, ya que procede sólo cuando se ha celebrado un contrato válido, en tanto que la responsabilidad delictual o cuasidelictual constituye la responsabilidad de derecho común.

La naturaleza aquiliana de la responsabilidad precontractual también es sostenida por la jurisprudencia francesa, basándose fundamentalmente en que no se ha celebrado un contrato que permita aplicar las normas sobre incumplimiento de las obligaciones.

Cabe destacar que respecto de la responsabilidad precontractual se ha producido un movimiento pendular en Francia, pues la exigencia de buena fe en los tratos preliminares ha pasado a ser un tema estrella en los últimos años.

d. *Derecho peruano*

El Código Civil de 1984 también reconoce expresamente la vigencia de la buena fe en la negociación y celebración de los contratos.²⁰

e. *Derecho argentino*

Tanto la doctrina como la jurisprudencia, siguiendo la tendencia francesa, se han mostrado partidarias de la culpa aquiliana como fundamento de la responsabilidad precontractual. Así pues, en el sistema legal argentino la responsabilidad precontractual se rige por las normas de la responsabilidad extracontractual, las cuales se encuentran en los artículos 1056²¹ y 1109²² del Código Civil

²⁰ Artículo 1362: "Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes".

²¹ Artículo 1056 del Código Civil argentino: "Los actos anulados, aunque no produzcan los efectos de actos jurídicos, producen, sin embargo, los efectos de los actos ilícitos, o de los hechos en general, cuyas consecuencias deben ser reparadas".

²² Artículo 1109 inciso 1 del Código Civil argentino: "Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del

MARÍA AUDRY LUER

Ahora bien, cabe destacar que el artículo 1198 inciso 1 del Código Civil²³ establece el deber de obrar de buena fe en la celebración y ejecución del contrato. A su vez, el artículo 920²⁴ del Proyecto de unificación civil y comercial de 1998 postula el deber de comportarse de buena fe en las tratativas contractuales, el incumplimiento de dicho deber genera responsabilidad por daño al interés negativo. Esta normativa ha influido en que parte de la doctrina recurra al principio de la buena fe para explicar el deber de las partes de comportarse de manera leal y honesta durante la etapa precontractual.

f. *Derecho chileno*

El artículo 1546 del Código Civil chileno²⁵ consagra la buena fe en la ejecución del contrato, omitiendo referencia alguna a la etapa precontractual y de celebración de este. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina chilena opina que la normativa de la buena fe debe proyectarse a todo el *íter* contractual. Prevalece la opinión de que la buena fe es el fundamento de la responsabilidad civil en la etapa preliminar de los tratos: sea porque se aplica el principio de la buena fe subjetiva que establece el artículo 706 inciso 1 del Código Civil,²⁶ mismo que en el período precontractual se traduce en un comportamiento leal, honesto y veraz (buena fe objetiva) y/o porque se interpreta de manera amplia o analógica el artículo 1546 del Código Civil.

perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil”.

²³ Artículo 1198 inciso 1 del Código Civil argentino: “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión”.

²⁴ Artículo 920 PUCyC: “Las partes deben comportarse de buena fe para no frustrar injustamente las tratativas contractuales, aunque todavía no haya sido emitida una oferta. El incumplimiento de este deber genera responsabilidad por daño al interés negativo.

²⁵ Artículo 1546 del Código Civil chileno: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”.

²⁶ Artículo 706 inciso 1 del Código Civil chileno: “La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio”.

Ahora bien, la doctrina se ha inclinado por considerar que la responsabilidad precontractual se rige por las normas de la responsabilidad extracontractual, en virtud de que los supuestos de la primera encuadran en el principio general de no causar daño a otro, consagrado en materia delictual. Esta opinión se basa en una de las pocas sentencias²⁷ dictadas en Chile a propósito de la responsabilidad precontractual, la cual establece que la misma debe regirse por las normas de los delitos y cuasidelitos civiles.

3. Diagnóstico del problema: ausencia de regulación en México

El orden jurídico mexicano no prevé la c.i.c., esto es, en México no existe reconocida legislativamente responsabilidad por infracción de obligaciones precontractuales. Con excepción de las obligaciones que derivan del principio de *alterum non laedere* las partes no tienen obligaciones precontractuales. Por su parte, la jurisprudencia mexicana no ha abordado casos en el que se discuta una responsabilidad precontractual.

Las consecuencias que derivan de la falta de regulación de la c.i.c. son diversas, y entre las más importantes se cuentan:

A. Obligaciones de información y protección de la información

a. Obligaciones de información

En México existen tan sólo algunas normas específicas que prevén la obligación de dar información precontractual, la cual constituye parte importante del contenido del principio de buena fe en los tra-

²⁷ La sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción del 5 de junio de 1996, en la causa “Forestal Bío-Bío, S. A. y otra con Madesal y otra” declaró aplicable la normativa de la responsabilidad extracontractual al supuesto del retiro arbitrario de las tratativas preliminares. Véase asimismo Banfi del Río, Cristián, “Daño entre competidores: una aproximación desde el derecho inglés”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, Santiago, Chile, núm. 8, 2007, pp. 9-57.

MARÍA AUDRY LUER

tos preliminares. Tal es el caso de la Ley del Contrato de Seguro, de diversas leyes en materia de intermediarios financieros y bursátiles, y de la Ley Federal de Protección al Consumidor. Sin embargo, la inobservancia de estas obligaciones de información no conlleva como consecuencia jurídica un derecho a indemnización. Así pues, una infracción de este tipo sólo permite la anulabilidad del contrato por engaño doloso.

Ahora bien, en todos los casos de venta de una cosa defectuosa se encuentran previstos derechos de saneamiento. Empero, el espíritu de este artículo es más bien el de evitar la entrega de objetos con defectos ocultos y no el de establecer una obligación precontractual de informar a la otra parte sobre dichos defectos.

b. Protección de la información

No existen normas tendientes a proteger la información de las partes. Es por ello por lo que, en cada caso, es necesaria la celebración de un contrato de confidencialidad entre las partes. Sin embargo, aun existiendo un contrato de confidencialidad resulta difícil hacer valer derechos a indemnización por daños y perjuicios por infracción de la obligación de protección de la información, ya que la información no es objeto de protección legal en calidad de bien jurídico. En general, la eficacia de los contratos de confidencialidad es restringida ya que la protección de la información confidencial se relativiza merced a que no siempre es asible la determinación del objeto del contrato (identificación de la información protegida), una vez que hay un incumplimiento a la obligación de no hacer, no hay un instrumento jurídico eficaz que impida la utilización de la información y, por último, el resarcimiento o indemnización por la infracción acaba siendo insatisfactoria para el titular de la información, ya que la reparación consiste en daños y perjuicios contractuales que, por lo demás, están sujetos a prueba (salvo que las partes hayan establecido una pena convencional o cláusula penal en caso de violación de la confidencialidad).

B. *Garantías de la seguridad del tráfico*

No existen obligaciones jurídicas y concretas de protección al tráfico y, en consecuencia, carecen de protección tanto la persona como las cosas de las partes durante la etapa precontractual. La reclamación por infracción de la obligación a la protección del tráfico sólo puede derivar en una responsabilidad por manejo indebido. Sin embargo, en México no existe un desarrollo avanzado del derecho delictual.

C. *Responsabilidad por ruptura arbitraria de negociaciones contractuales*

Cabe destacar que las negociaciones preliminares no obligan a celebrar el contrato; en este sentido, es posible afirmar que las tratativas no son vinculantes, pero sí obligan a evitar la causación de daños a la otra parte y, en su caso, a indemnizar los daños y perjuicios que la ruptura injustificada hubiera ocasionado. Es pertinente subrayar que la responsabilidad precontractual en las tratativas no implica poner fin a la libertad de las partes para retirarse de manera unilateral de las mismas, es decir, el derecho a retiro se mantiene, sólo que, si no se funda en un desacuerdo en los intereses económicos es injusto, y, por lo tanto, acarrea la obligación de indemnizar a la contraparte.

En el derecho mexicano, no existe obligación de indemnizar a la contraparte cuando se ha despertado en ésta la confianza de la seguridad en la celebración del contrato y después se interrumpen las negociaciones sin motivo justificado. Esto resulta inequitativo, pues la contraparte que, en dicha expectativa, ha incurrido en determinados gastos debe asumir por cuenta propia la pérdida.

D. *Anulabilidad de los contratos por vicios del consentimiento*

El error, la mala fe, el dolo que constituyan la causa determinante del contrato, así como la violencia son vicios del consentimiento, cuya única consecuencia es la nulidad relativa del contrato y es prerrogativa

MARÍA AUDRY LUER

exclusiva del afectado pretender la anulación o ineficacia del acto. Así, la anulabilidad no desencadena ninguna obligación de indemnización del daño sufrido a causa de ésta. Todas estas hipótesis forman parte de la c.i.c., ya que en el seno de los tratos que preceden a la perfección del contrato resultan indebidos:

- I) El disimulo del error de la contraparte, constitutivo de la mala fe;
- II) El empleo de sugerencias o artificios para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes, constitutivo del dolo;
- III) El empleo de fuerza física o amenazas para inducir a la otra parte a inclinar su voluntad en determinado sentido, constitutivo de la violencia.

Sin embargo, en México la única consecuencia jurídica que deriva de viciar el consentimiento de la contraparte es la nulidad relativa del contrato y no se le otorga a ésta ningún derecho a indemnización.²⁸

4. Propuesta de solución: necesidad de legislar la c.i.c.

Como ha quedado establecido, la responsabilidad precontractual implica la existencia de unos especiales deberes de conducta en las relaciones que preceden a la perfección del contrato. Sin embargo, en las relaciones precontractuales no existe una vinculación jurídica propiamente dicha, así pues, es necesario analizar en qué se basan los mencionados deberes especiales de conducta. Es posible afirmar que la buena fe constituye una regla de conducta a la que ha de adaptarse el comportamiento jurídico del hombre: por el hecho de entrar en contacto y de relacionarse, los sujetos tienen el deber de ajustar su comportamiento a las exigencias de la buena fe objetiva, principio que debe regir todos los tratos entre las partes.²⁹ Así, cabe fundar la responsabi-

²⁸ Sobre el tema: Mancini, Alberto Mario, "La tutela del risparmiatore nel mercato finanziario tra culpa in contrahendo e vizi del consenso", *Rassegna di Diritto Civile*, Napoli, Italia, núm. 1, 2007.

²⁹ La buena fe es un principio general del derecho y, por lo tanto, debe permear todos los ordenamientos jurídicos, sea que se encuentre o no expresamente reconocido por la legislación.

CULPA IN CONTRAHENDO. LA NECESIDAD DE REGULARLA EN MÉXICO

lidad precontractual en los deberes dimanantes de la buena fe, la cual impone a los contratantes el deber de comportarse correcta y lealmente en sus relaciones mutuas desde el inicio de los tratos preliminares y hasta la terminación o consumación del contrato. Por lo tanto, se crea una “vinculación jurídica especial”,³⁰ en el seno de la cual es indebida toda trasgresión intencional de la buena fe que debe caracterizar las relaciones que preceden a la perfección del contrato. Dicha trasgresión fundamenta la responsabilidad precontractual que da lugar a la obligación de indemnizar.

En aras de la justicia y de la seguridad jurídica debiera existir en derecho mexicano una responsabilidad por inobservancia de las obligaciones precontractuales.

A. Premisas de la responsabilidad precontractual

En este punto se impone fijar una posición con respecto a algunas premisas fundamentales de la responsabilidad precontractual, éstas son su fundamento y naturaleza, mismos que condicionan y determinan su regulación.

a. Fundamento

La doctrina discute cuál es la fuente de la c.i.c.; se han elaborado diversas teorías que intentan explicar su fundamento, entre las que destacan aquellas que lo fincan en los conceptos como la culpa —que puede ser contractual, cuasicontractual, aquiliana o incluso una culpa que no corresponde a un criterio subjetivo de imputación—, el abuso del derecho, la ley, una declaración unilateral de la voluntad, una obligación de garantía, un pacto tácito, la costumbre, la seguridad creada, la confianza, la buena fe, o la equidad. Cabe señalar que algunas de estas posturas no son incompatibles entre sí y pueden coexistir, por ejemplo, la buena fe, la equidad y la confianza.

³⁰ Los alemanes la llaman “contacto negocial”.

MARÍA AUDRY LUER

Considero que es necesario distinguir entre el fundamento mediato y el inmediato de la responsabilidad precontractual. El fundamento mediato es invariable, pues siempre se encuentra en la violación de la buena fe objetiva, en cuanto regla de conducta que impone a las partes en la relación jurídica precontractual ciertas obligaciones, mismas que se dividen en:

- a) Obligación genérica de comportarse de manera correcta, leal y honesta.
- b) Obligaciones específicas de información, confidencialidad, seguridad y custodia.

En cambio, el fundamento inmediato es variable. Puede estar ligado a la culpa o dolo, dependiendo de cada supuesto y de las circunstancias del caso concreto; en caso de existir culpa o dolo, éstos constituirán el factor subjetivo de atribución de la responsabilidad. Ahora bien, aún de no ser posible configurar culpa o dolo, ello no impide la procedencia de la responsabilidad precontractual, pues la sola violación de la buena fe precontractual basta como factor de atribución de responsabilidad objetivo y autónomo.

b. *Naturaleza*

Con respecto a la naturaleza de la responsabilidad precontractual, la doctrina se ha agrupado en teorías contractualistas, extracontractualistas y las que se inclinan por una naturaleza autónoma, constitutiva de un tercer género dentro de la responsabilidad civil.

En los países, excepto Alemania, que de alguna manera han acogido la idea de la responsabilidad precontractual, ésta tiene un fundamento extracontractual, en virtud de que se trata de ordenamientos jurídicos que contemplan una fórmula general de responsabilidad extracontractual, ausente en el derecho alemán. Cabe recordar que tal ausencia fue en gran medida el detonante del desarrollo de la teoría de la c.i.c. para lograr abarcar hipótesis que quedaban fuera del ámbito contractual y del extracontractual.³¹

³¹ Véase arriba punto 1. Derecho comparado.

CULPA IN CONTRAHENDO. LA NECESIDAD DE REGULARLA EN MÉXICO

Ahora bien, es claro que la responsabilidad no puede ser contractual, ya que, justamente por tratarse de una etapa preparatoria del vínculo convencional no existe todavía relación jurídica de dicha naturaleza. Por otra parte, si no se trata de una responsabilidad derivada de un vínculo contractual se trataría entonces de una responsabilidad extracontractual. Sin embargo, los factores de atribución de la responsabilidad por c.i.c. varían levemente de aquéllos en los que se fundamenta la responsabilidad aquiliana. En esta última, la culpa juega un papel de gran importancia, pues se requiere haber actuado con culpa o negligencia para que el agente incurra en responsabilidad y consecuentemente quede obligado a indemnizar. A su vez, la responsabilidad precontractual tiene características muy específicas que la convierten en una categoría de responsabilidad especial, que se sitúa en una posición intermedia entre la responsabilidad extracontractual y la contractual. Las peculiaridades que presenta este tipo de responsabilidad, denominada “de tercer género” por la doctrina, consisten particularmente en que:

- a) Existen obligaciones específicas, nacidas de la buena fe objetiva, que las partes deben cumplir dentro del marco de la relación jurídica especial de carácter precontractual.
- b) La sola violación de la buena fe objetiva opera como factor objetivo de atribución de responsabilidad, por lo que hace presumir la culpa, es decir, la antijuridicidad implica la culpabilidad. Así, la infracción de la buena fe objetiva lleva al principio de inversión de la carga de la prueba, el cual consiste en que corresponde al imputado probar la ausencia de culpa. Por su parte, el perjudicado sólo debe probar el daño, la vulneración del deber precontractual y la relación de causalidad.
- c) El alcance de la responsabilidad se limita a reestablecer la situación que existiría de no haberse vulnerado la confianza o la credibilidad en que se celebraría un contrato válido, en algunos casos importa la liberación del contrato celebrado y/o la indemnización en caso de la celebración de un contrato nulo.
- d) El monto de la indemnización no debe rebasar o exceder del valor del interés que el perjudicado tuviera en la validez del contrato.

MARÍA AUDRY LUER

- e) Al tratarse de una responsabilidad de tercer género y, por tanto, diferente de la contractual y de la extracontractual, nada impide que, en su caso, se busque el resarcimiento por la vía contractual, además de la indemnización por responsabilidad precontractual.
- f) El régimen de prescripción de la obligación de indemnización se encuentra estrechamente ligado al del vínculo contractual.

B. *Aplicación a derecho mexicano*

Para hablar de una responsabilidad jurídica es indispensable hallar la infracción a una obligación en el sentido jurídico de la palabra. Si bien ya se ha hablado anteriormente de la existencia de deberes de conducta en la etapa precontractual, es requisito indispensable insertar en el ordenamiento jurídico dichos deberes para configurarlos como obligaciones legales que las partes estén compelidas a cumplir. Sólo así es posible establecer una relación jurídica prenegocial sobre la cual cimentar la responsabilidad jurídica. En este sentido, los sistemas jurídicos que han desarrollado el régimen de responsabilidad precontractual han ampliado el orden jurídico para basar en el deber general de comportamiento de buena fe una obligación jurídica en la etapa previa a la celebración de un contrato. Inicialmente esta ampliación del espectro de lo jurídico se dio a partir de la jurisprudencia, la cual determinó que el deber de conducirse de buena fe en el tráfico es exigible jurídicamente. A efectos de darle mayor rigor a este deber, es necesario legislarlo como obligación legal.³²

Por lo tanto, la reforma propuesta debe contemplar el establecimiento claro de una obligación general de buena fe, que, si bien inspira como principio general todo el ordenamiento mexicano, no está consagrado de manera expresa. En consecuencia, se propone la adición de dos preceptos que consignent expresamente el deber jurídico de buena fe con la que deben conducirse los sujetos en el tráfico: uno de carácter

³² Tal es el caso de la legislación alemana en el § 311 BGB y del Código Civil italiano en el artículo 1337.

general que imbuya a todo el ordenamiento civil y otro, también general, pero específicamente orientado al ámbito negocial y en concreto al período precontractual:

Artículo 6o. (primer párrafo). Los derechos deberán ejercitarse y las obligaciones cumplirse conforme a las exigencias de la buena fe.

Artículo 1803 (primer párrafo). Las partes, en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, deben comportarse de acuerdo con la buena fe.

Con esto se establece categóricamente la buena fe no sólo como un principio que rige a todo el ordenamiento y como un deber general de conducta, sino que se estatuye como una obligación concreta que debe cumplirse, específicamente en la etapa previa a la celebración de un contrato.

Ahora bien, en el régimen de c.i.c. han de establecerse en primera instancia los supuestos en los que se incurre en responsabilidad precontractual:

Artículo 1910 bis. De conformidad con el primer párrafo del artículo 1803, surgen obligaciones de buena fe para las partes desde la preparación de un contrato. Por ello, aquél que establece contacto con otro, para celebrar con él un acto jurídico tiene para con esa otra parte la obligación de actuar con la debida consideración con respecto a los bienes jurídicos e intereses de aquél y se responsabiliza de indemnizarlo por la inobservancia de esta obligación, en los siguientes o análogos supuestos:

- I) Buena fe en las negociaciones contractuales. Desde el inicio de las negociaciones contractuales cada una de las partes está obligada a proporcionar información amplia y precisa y explicar a la otra las circunstancias importantes de la celebración del contrato y, en su caso, responder en forma correcta y veraz las preguntas que le fueren hechas. Las partes están obligadas a no impedir la celebración del acto ni causar a los bienes de la otra parte ningún daño.
- II) Responsabilidad durante los tratos preliminares. Quedan comprendidos en esta obligación los tratos preliminares, esto es,

MARÍA AUDRY LUER

aquellos contactos negociales en los que aún sin existir negociaciones, existe la posibilidad para las partes de celebrar un acto jurídico. Los tratos preliminares deben interpretarse en forma amplia con miras a una posible relación jurídica. Para ello, basta con la apertura de establecimientos de cualquier índole para ofrecer a potenciales clientes la posibilidad de celebrar un contrato. La protección inicia al ingresar al establecimiento y se prolonga hasta su abandono; y se extiende también a los acompañantes.

- III) Interrupción sin motivo justificado de las negociaciones contractuales, después de haber despertado la confianza de la otra parte en la seguridad de la celebración del contrato.

La misma obligación surge entre terceros que no vayan a convertirse en partes contractuales por sí mismas, pero que actúen por cuenta de las partes contractuales.

Procede ahora regular la consecuencia de la infracción a las obligaciones establecidas. La obligación de indemnización que surge por dicha infracción tiene ciertos visos comunes con la responsabilidad aquiliana, pero se agregan un par de consecuencias adicionales que la particularizan merced a su peculiaridad precontractual:

Artículo 1915 bis. El incumplimiento a las obligaciones establecidas en el artículo 1910 bis dará lugar a la responsabilidad precontractual. La lesión de los derechos, bienes o intereses de la parte agraviada presume la culpa del infractor, salvo prueba en contrario. El resarcimiento derivado de la responsabilidad precontractual otorga al agraviado:

- I) Derecho de restitución. El derecho de reclamar en cualquier caso la indemnización consistente en restituir las cosas al estado que prevalecería de no haberse incumplido la obligación prevista en el artículo 1910 bis, en los términos del artículo 1915.
- II) Nulidad de un contrato ya celebrado. Si ya se hubiera celebrado el contrato, la parte perjudicada tiene derecho a reclamar la rescisión o nulidad del contrato, según el caso.
- III) Adecuación del contrato. El agraviado puede, asimismo, exigir ser colocado en condición tal que sin la responsabilidad precon-

CULPA IN CONTRAHENDO. LA NECESIDAD DE REGULARLA EN MÉXICO

tractual el contrato hubiera llegado a celebrarse en condiciones más favorables para él. La adecuación de las prestaciones del contrato puede consistir en la reducción de su prestación a la medida correspondiente y el reintegro de la cantidad excedente.

- IV) Daños y perjuicios. Para la estimación de la indemnización se ponderará, entre otras cosas, lo siguiente:
- a. Que el demandado haya hecho incurrir al perjudicado en gastos inútiles al truncarse las negociaciones contractuales o debido a la nulidad del contrato.
 - b. Que el demandante haya perdido la oportunidad de celebrar un acto distinto por haber confiado en el éxito de las negociaciones contractuales que finalmente fracasaron.
 - c. Que se haya celebrado el acto confiando en la información inexacta proporcionada por la otra parte.
- V) Acumulación de reclamaciones. El acreedor podrá exigir una o varias de estas prestaciones siempre que sean compatibles unas con otras.

La obligación de indemnización y el alcance de esta se ajustarán proporcionalmente, dependiendo de las circunstancias, en aquellos casos en los que la parte perjudicada haya contribuido a causar el daño.

Por último, cabe establecer el plazo de prescripción de esta nueva responsabilidad. Al efecto, se propone adicionar el artículo 1161 con la siguiente fracción:

Artículo 1161. Prescriben en dos años:

- VI) La responsabilidad precontractual. La prescripción se cuenta desde que el perjudicado debió haberse percatado del incumplimiento de la obligación. Sin embargo, a falta de dicho conocimiento, la responsabilidad ya no podrá ser exigible después de cinco años de sucedido el hecho.

MARÍA AUDRY LUER

5. Bibliografía

- BANFI DEL RÍO, Cristián, “Daño entre competidores: una aproximación desde el derecho inglés”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, Chile, núm. 8, 2007.
- DOMINGO MONFORTE, José, “Responsabilidad precontractual. La culpa in contrahendo”, *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, 28 de abril de 2021, disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2021/05/20/responsabilidad-precontractual-la-culpa-in-contrahendo>.
- ERP, Sief van, “A european “culpa in contrahendo” doctrine? towards a model of contract as a legal relationship and situation-specific duties to inform,” *Bases de un Derecho Contractual Europeo*.
- LAMBRINI, Paola, “La culpa in contrahendo e l’actio de dolo malo”, *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, a cura di Roberto Fiori, 2011.
- MANCINI, Alberto Mario, “La tutela del risparmiatore nel mercato finanziario tra culpa in contrahendo e vizi del consenso”, *Rassegna di Diritto Civile*, Italia, núm. 1, 2007.
- MENDIETA, Jaime, “La Culpa In contrahendo: historia, evolución y estado actual de la cuestión”, *Revista e-mercatoria*, año 10, núm. 2.
- PROCCHI, Federico, “‘Dolus’ e ‘culpa in contrahendo’ nella compravendita. Considerazioni in tema di sinallagma genetico”, *La Compravendita e L’Interdipendenza delle Obbligazioni nel Diritto Romano*, t. I, 2007.
- PROCCHI, Federico, *Licet emptio non teneat: alle origini delle moderne teoriche sulla CD: culpa in contrahendo*, Milano, Italia, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2012.
- SCHANZE, Erich, “Culpa in contrahendo bei Jhering”, en *Ius Commune*, Frankfurt am Main, Alemania, núm. 7, 1978.
- SILLANI, Chiara Tenella, “Culpa in contrahendo, contatto sociale e «incoerenze» della Suprema Corte”, *Rassegna di diritto civile*, Italia, vol. XXXVI, núm. 4, 2015.
- TOMÁS MARTÍNEZ, Gema, “Naturaleza de la responsabilidad precontractual (culpa in contrahendo) en la armonización jurídica europea”, *Revista de Derecho*, Colombia, año 17, núm. 1, 2010.

CULPA IN CONTRAHENDO. LA NECESIDAD DE REGULARLA EN MÉXICO

- TURCO, Claudio, “L’interesse negativo nella culpa in contrahendo”, *Rivista Di Diritto Civile*, Italia, año LIII, núm. 2, marzo-abril, 2007.
- VITUCCI, Paolo, “Responsabilità precontrattuale e inadempimento (Verso un’interpretazione giurisprudenziale più ampia delle norme sulla culpa in contrahendo, per l’applicazione di esse anche alle ipotesi di contratto concluso validamente), *Nozione Formazione é Interpretazione del Diritto Dall’Etá Romana alle Esperienze Moderne*, vol. IV, 1997.
- VON IHERING, Rudolph, “Culpa in contrahendo, oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen”, *Gesammelte Aufsätze*, Jena, 1881, t. I.

Filosofía de la tecnología: reflexión sobre la tecnología y el arbitraje

Philosophy of Technology: a reflection about Technology and Arbitration

Francisco González de Cossío*

RDP

Ne tombons pas dans le travers vulgaire qui est de maudire et de déshonorer le siècle où l'on vit.

Victor Hugo

Resumen

El arbitraje siempre se ha caracterizado por ser más eficiente que otras opciones, ha usado la tecnología en forma más ágil, propiciando eficiencia. El COVID-19 ha llevado dicha situación al siguiente nivel, exigiendo haya una readaptación. Una preocupación que el paso ha generado es la posibilidad de que se comprometa a que si haya un debido proceso. Este ensayo defiende que (1) la tecnología es perfectamente adecuada para seguir procesos arbitrales en forma totalmente electrónica; (2) que la innovación colaborará a que el ideal de procurar

* Observaciones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx. Una primera versión de este ensayo fue publicada en *Arbitraje y Nuevas Tecnologías*, Jhoel Chipana Catalán, Mauricio Duarte Lau (coordinadores), Ed. Themis, 2021, Tomo I, p. 17. Esta versión recoge observaciones recibidas y reflexiones derivadas del diálogo provocado por el mismo.

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

justicia se logre cada vez más, pues la reducción de costo implicará que más casos puedan ventilarse y adjudicarse, haciendo que lo que actualmente es un lujo (obtener justicia) se disemine y penetre segmentos distintos de la sociedad, actualmente descuidados; y (3) que los retos que enfrentamos exigen que así ocurra (por ejemplo, el cambio climático, pérdida de la biodiversidad). Lo único que se necesita es un cambio de actitud. En una palabra, adaptarse.

PALABRAS CLAVE: tecnología, debido proceso, procesos arbitrales, justicia, eficiencia.

Abstract

Arbitration is distinguished for being more efficient than other options. It has used technology in a more efficient way than other options. Covid-19 has taken this situation to the next level, demanding readjustment. Especially, a real concern regarding the possibility of compromising due process has been raised. This essay defends that (1) technology allows following arbitration processes virtually; (2) innovation will help to increasingly achieve the ideal of seeking justice, since the cost reduction will imply that more cases can be heard and adjudicated, causing what is currently a luxury (obtaining justice) to spread and penetrate distinct segments of society, which is currently neglected; and (3) the challenges we currently face demand so (e.g. climate change, loss of biodiversity). All it takes is a change of attitude. To adapt.

KEY WORDS: technology, due process, arbitration proceedings, justice, efficiency.

Sumario:

1. Introducción.
2. Idea.
3. Replanteando la cuestión.
4. La tecnología existente es suficiente-y eficiente.
5. Innovación y justicia.
6. Conclusión.
7. Bibliografía.

1. Introducción

Los eventos que nos sacuden por completo son infrecuentes. Irónicamente, son positivos. Aunque dolorosos, pueden y deben ser racionalizados positiva y constructivamente, pues de esa manera arrojan consecuencias deseables. Deben por ende ser aprovechados, pues permiten una introspección total y profunda. Y, sobre todo, nos dan “capital” para cambiar, ¿qué?, Aquello que dicha introspección arroje como algo que vale la pena cambiar. Vistas así, las crisis son buenas: nos brinda lo que necesitamos para mejorar. Por ello, lo único peor de una crisis es desperdiciarla.

COVID-19 es un evento con esas características, el COVID-19 ha cambiado muchas cosas, si somos inteligentes, extraeremos las lecciones correctas, dándoles un giro positivo. Si adquirimos consciencia podemos ver en el COVID-19 un “ensayo” del problema mayor que se avecina —que, de hecho, ya tenemos encima— y que no se está abordando con la urgencia y energía que se requiere: el cambio climático.

Una de las cosas que el COVID-19 ha cambiado es la práctica del arbitraje. A continuación, comparto una reflexión sobre el impacto que el COVID-19 está teniendo en el arbitraje. Al hacerlo, deseo abordar un cuestionamiento: el impacto que el debido proceso tiene que seguir en un proceso arbitral llevado a cabo en su totalidad por medios electrónicos.

La pregunta está en el centro de la discusión. No sólo porque hay quienes desean aprovechar la ocasión para retrasar, sabotear o frenar por completo una acción dirigida en su contra, sino porque existe un cuestionamiento profundo que merece ser atendido frontalmente: ¿es posible lograr justicia de calidad mediante medios electrónicos?

2. Idea

La respuesta al cuestionamiento descrito no solo es *positiva*, es *tajantemente positiva*. A continuación, explicaré porqué, reposándola en un triple postulado:

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

- 1) Debemos replantear la discusión actual;
- 2) La tecnología actual es suficiente, y promete mejorar, y
- C) La innovación no solo no resta, procura, justicia.

3. Replanteando la cuestión

Urge cambiar la narrativa. Actualmente se observa que la mayoría de las personas que meditan, discuten y discurren sobre la cuestión hacen algo que es entendible, pero mejorable: parten de considerar la situación desde la perspectiva del mundo pre-COVID-19. Es decir, se preguntan cómo lograr en una audiencia virtual lo mismo que en una audiencia física. El punto de partida es cuestionar a partir de la comparación. Determinar si la nueva realidad logra lo mismo que la vieja realidad.

Someto a la consideración del lector que ello plantea la cuestión en forma cuestionable y propicia un sesgo.

El *planteamiento mejorable* deviene de propiciar que una realidad se valore a partir de otra pre-existente, que sirve de referencia. Como punto de partida, propongo que una mejor forma de plantear la cuestión es no preguntarse si una audiencia virtual logra lo mismo que una física, sino *si una audiencia virtual permite exponer plenamente un caso*. El cambio es sutil pero trascendente. Mientras trabajemos desde el punto de partida pretérito, todo nuestro análisis estará orientado a *comparar* en vez de *evaluar* —lo cual conlleva un sesgo—.

El sesgo consiste en preferir lo que ya se tiene en vez de la opción, por el sencillo hecho de que ya se tiene y estamos habituados a ello. La Economía Conductual (*Behavioral Economics*) contiene conceptos que explican cómo funciona la mente ante tales situaciones; por ejemplo: *path dependence*, *adaptive preferences* y *endowment effect*.

Path dependence consiste en el conjunto de decisiones que las personas enfrentan respecto de una circunstancia se ve limitada por las decisiones que han tomado en el pasado, inclusive si estas circunstancias ya no son relevantes. *Adaptive preference* consiste en la preferencia por aquello a lo que ya nos hemos adaptado, y que por lo tanto se rechazan las nuevas alternativas. Y *endowment effect* es el fe-

nómeno de darle más valor a algo que el valor de intercambio visible en el mercado por el hecho de que ya está dentro de nuestro patrimonio. Es decir, las personas valoramos —y evaluamos más alto— aquello que ya tenemos a que si no lo tuviéramos. Está, por ejemplo, estudiado que, si una persona es propietaria de una casa, exigiría más por ella para venderla que lo que estaría dispuesta a pagar si no fuera su propietaria y se la ofrecieran en compra, dicho diferencial es identificado por la microeconomía como —valor de reserva—.

El común denominador de los hallazgos de la economía conductual es que las personas estamos negativamente predispuestas al cambio.¹ Preferimos aquello a lo que ya nos hemos adaptado —inclusive si no es óptimo—. Si existen mejores opciones. Y dicho sesgo es poderoso. Para evitar que nos lleve a decisiones subóptimas, debemos tomar consciencia de él.

Llevado a nuestro tema, debemos dejar de *comparar* y empezar a *evaluar*. Es necesario sustituir la pregunta ¿logra el mismo debido proceso? por ¿es posible lograr debido proceso mediante medios electrónicos?

La diferencia es sutil; pero el resultado evidenciaría un resultado abismal.

4. La tecnología existente es suficiente —y eficiente—

La tecnología *existente* es no sólo *suficiente* para lograr el debido proceso, sino más *eficiente*. Es decir, logra debido proceso *de mejor manera* y de forma *menos onerosa* que la opción. Y promete mejorar, por lo que cada vez más lograremos más y mejores procesos: debido proceso *in crescendo*.

Estábamos acostumbrados a reuniones y audiencias presenciales. La fuerza de la costumbre nos lleva a pensar que eso es lo convenient-

¹ Si se cuestiona si esto es racional, el cuestionamiento sería correcto, pero digno de cuestionamiento a su vez. Los seres humanos no siempre percibimos y asimilamos la información correctamente. Tenemos límites en nuestra racionalidad: lo que se conoce como *bounded rationality*. Ello explica que recurramos a heurísticos (atajos analíticos, en lugar de escudriñar pasos por paso) con miras a evaluar la compleja realidad que enfrentamos. Esto a veces propicia decisiones miopes.

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

te. Lo correcto. Lo que dicho sesgo —*status quo bias*— pasa por alto es el precio que pagábamos por ello: monetario y sombra.² Una reunión tiene como costo, además del evidente, el costo de oportunidad de celebrarla y de acudir a ella. Éste segundo es a su vez un costo de transacción: una audiencia tiene como costo implícito el viajar al lugar de esta, y costos accesorios.³ Todo esto lo asumíamos por el sencillo hecho que suponíamos que no había opción. Por que estábamos acostumbrados a esa dinámica. Sin embargo, la nueva realidad nos enseña lo contrario.

Esta nueva realidad nos hace ver que podemos celebrar audiencias en forma virtual de una manera extraordinariamente eficaz y eficiente. La comunidad arbitral ha rápidamente emitido lineamientos diversos para cerciorarse de ello.⁴ También ha modificado reglamentos para permitir y fomentar el uso de medios electrónicos, disipando dudas.⁵ Hemos aprendido que podemos lograr el mismo resultado de las audiencias físicas (eficacia), y con menos erogación de recursos —eficiencia—.

² El “precio sombra” es el precio no-monetario que se paga por algo. Si por ejemplo existe escasez de un producto, las fuerzas del mercado se acomodarán para incrementar el precio de dicho producto, equilibrando quiénes compran y en cuánto compran. Pero si se establece un límite artificial —por ejemplo, un precio máximo—, el resultado inevitable será la escasez: el producto no estará disponible para muchos. Si para atender dicho resultado se racionaliza, lo que se provocarán son filas largas de personas que tendrán que esperar para obtener su cuota. El tiempo de las filas será el “precio sombra” a pagar por un producto cuyo precio monetario es artificialmente bajo.

³ Viáticos, hoteles, taxis, alimentos, tiempos de espera.

⁴ *ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects if the COVID-19 Pandemic*, International Court of Arbitration, International Chamber of Commerce, abril 2020. *The Vienna Protocol: A Practical Checklist for Remote Hearings*, Vienna International Arbitral Centre (VIAC), Junio de 2020. *Seoul Protocol on Video Conferencing in International Arbitration*, Korean Commercial Arbitration Board (KCAB), marzo 2020. *Guidance Note on Remote Dispute Resolution Proceedings*, The Chartered Institute of Arbitrators (CI Arb), abril 2020. *Hogan Lovells Protocol for the use of technology in virtual international arbitration hearings*, Hogan Lovells, abril 2020. *Africa Arbitration Academy Protocol on Virtual Hearings in Africa*, Africa Arbitration Academy, abril 2020.

⁵ Por ejemplo, la adecuación tecnológica es uno de los temas transversales a las modificaciones en vías de ser discutidas (agosto 2020) de las Reglas de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje, Cámara de Comercio Internacional (ICC). El nuevo reglamento de la *London Court of International Arbitration* (LCIA) (octubre 2020) está plagado de alusiones a la consecución del proceso en forma electrónica (virtual).

FILOSOFÍA DE LA TECNOLOGÍA: REFLEXIÓN SOBRE LA TECNOLOGÍA Y EL ARBITRAJE

Existen externalidades positivas adicionales, sin embargo. La nueva realidad nos hace ver que las reuniones y audiencias virtuales tienen eficiencias accesorias. Empiezan puntualmente, evitan costos de transacción. Gracias a las mismas, podemos sostener más reuniones al día que las que sosteníamos antes. Gracias a ellas podemos dialogar al mismo tiempo en espacios distintos, con personas distintas. Podemos, por ejemplo, tener al mismo tiempo en nuestra pantalla diversas tecnologías abiertas que permitan dialogar con personajes diversos. Ello es superior a la realidad pre-COVID-19 que hacía que la presencia física exigiera comunicación en un solo plano. Y el efecto de lo anterior no solo es más representación, sino mejor: el poder dialogar en tiempo real con más de un interlocutor o interesado tiene por efecto *mejor* representación: lo que se argumenta goza de todos los insumos necesarios —sin tener que esperar al escrito final—.

Todo lo anterior es cierto respecto del *presente*. El *futuro* promete más.

Ante el repunte inmediato de demanda mundial de productos y servicios de tecnología que súbitamente se ha generado por COVID-19, el mercado inevitablemente jugará un papel. Y ello será positivo para todos: consumidor y productor —tanto abogado como cliente final de servicios legales—.

COVID-19 ha tenido por efecto que usemos los productos disponibles, mismos que ostentan limitaciones. Independientemente que se trate de Zoom, Teams, BlueJeans, Webex u otros, el resultado observable son productos que, si bien logran el propósito, lo hacen con complejidad y onerosidad diversa —en algunos casos elevada—. El resultado natural de ello es que existan personas que no estén logrando tener acceso a toda dicha tecnología —ya sea por su costo o porque no es amigable—. Y todo esto a tasas de retorno altas. Dicho retorno atraerá competencia. Y dicha oferta empujará el precio más cerca de costo marginal. Se predice que en el futuro cercano arroje una cascada de productos nuevos, menos onerosos y más sencillos. La competencia por el mercado de productos y servicios de tecnología virtual será en beneficio del consumidor. Las altas tasas de retorno actualmente visibles serán efímeras. La complejidad de los productos cederá a pro-

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

ductos fáciles de entender y manejar. Ello tendrá por resultado más y mejores productos tecnológicos que mejorarán la oferta actual. Resultado: cada vez será menos oneroso y más natural presentar un caso en forma virtual.

El resultado de todo lo descrito es positivo. Aunque predecir siempre es peligroso, si las fuerzas actualmente visibles continúan (una suposición no sólo aceptable sino probable), el resultado se augura positivo.

Por lo tanto, el futuro es prometedor, para todos.

5. Innovación y justicia

La innovación incide en la procuración de justicia. Entre más innovación exista, más y mejor justicia lograremos, *caeteris paribus*. Reposo la anterior tesis en tres postulados a título de premisas:

- 1) La innovación reduce el costo de obtener justicia, procurándola;
- 2) La inteligencia artificial permitirá segmentar el mercado de la justicia, y
- 3) La eficiencia y externalidades son especialmente deseables en el mundo en que vivimos.

A. Costo: la innovación procura justicia

La innovación es inherente a la justicia. La innovación facilita la justicia. Defiendo esta idea haciendo ver el papel del costo en la procuración de justicia (§a), contestando las inquietudes existentes (§b), y por qué exige concluir que la utilización de la tecnología en la procuración de justicia no es un lujo, es una necesidad —además de un paso evidente (§c).

a. Costo es el enemigo de la justicia

Un óbice perpetuo del debido proceso es su onerosidad. El esfuerzo inherente para seguir un “proceso” necesariamente implica costo. Di-

cho costo es un obstáculo del debido proceso. Algo en lo que hay que incurrir para lograr el objetivo: vindicar derechos. Resolver problemas.

La tecnología reduce dicho costo. En la medida en que se premie la utilización de la tecnología, lejos de cuestionar debido proceso, se procurará: entre menos cueste una actividad, más fácil será lograrla; más beneficio arrojará; y más de la misma ocurrirá. Llevado a nuestro tema, entre menos cueste un proceso, más fácil es que sea “debido”.

b. Los escépticos

El punto expresado en la sección anterior parece tan fácil de apreciar, que podría considerarse evidente —banal inclusive—. Sin embargo, dicho planteamiento está divorciado de la discusión actual. La narrativa visible no lo considera. Tampoco las objeciones de muchos, y consecuente respuesta de otros.

Comencemos con la legalidad (por debido proceso) de sostener audiencias en forma remota (“virtual”). La organización internacional de arbitraje más importante del mundo, el *International Council for Commercial Arbitration* (“ICCA”) hizo un estudio sobre el estado de reflexión —y decisión judicial— mundial sobre la cuestión de audiencias virtuales. Su resultado es visible en internet,⁶ y es contundente: todas las jurisdicciones consultadas aceptan que los procesos pueden ser “debidos” si se llevan mediante medios electrónicos. Dicho de otra manera, el que un proceso se siga de forma virtual no resta su legalidad —ni constitucionalidad—. La conclusión del estudio dice:

“There is no reported case in which an award has been vacated solely on the basis of a hearing being held remotely, nor is there any reported decision of an arbitrator being disqualified for such conduct”.

Propongo que la cuestión deber verse bajo la perspectiva de costo. Aceptado que defenderse tiene como obstáculo su costo, la conclusión

⁶ ICCA, “Does a Right to a Physical Hearing exist in International Arbitration? Investigating the Legal, Conceptual and Practical Implications of a Remote Hearings in International Arbitration,” *ICCA Reports*, No. 10, 2022, https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/Right-to-a-Physical-Hearing-General-Report.pdf. El resumen lo presentan Giacomo Rojas Elgueta, James Hosking, Yasmine Lahlow. El capítulo mexicano fue realizado por Francisco González de Cossío.

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

que la utilización de tecnología mejora, no cuestiona, el debido proceso parecería apodíctica. Sin embargo, lo que se observa son preocupaciones. Contestaré todas concentrándome en la que considero que tiene más mérito: el interrogatorio.

El tema más álgido de una audiencia es el interrogatorio. El motivo es la complejidad de hacerlo bien, y lo sutil de lo que se comunica cuando a un buen interrogatorio concurre una buena audiencia —árbitros que sintonizan con el subtexto—. Ello, de sí difícil, se dificulta —imposibilita según algunos— realizar por medios electrónicos.

Propongo que un interrogatorio eficaz es logvable electrónicamente; lo único que requiere es una preparación *distinta*.

Interrogar es una de las dos cúspides intelectuales de una audiencia. Es una esgrima intelectual entre dos contendientes —interrogador y contra-interrogador— que a veces se torna en tres: cuando el interrogado es un experto. Es por ello por lo que es tan difícil hacerlo bien. Lograrlo implica entrenamiento y preparación. Hacerlo virtualmente requiere adicionar al entrenamiento un *modus operandi* electrónico, y una preparación *in casu* adicional. Ello dará lugar a una subdisciplina: abogacía virtual. Pero nada de lo anterior implica imposibilidad, sólo adaptación —lo cual abordo abajo—. Lo que es relevante por ahora indicar es que dicha adaptación es posible y que la tecnología existente lo permite —de hecho—, *ilo facilita!*

La tecnología tiene méritos que el cuestionamiento no considera. La tecnología nos acerca a la gente; inclusive nos permite ver facciones. No es infrecuente que en audiencias físicas el testigo o perito esté a varios metros de distancia del tribunal y las partes cuando es interrogado. Contrástese ello con los centímetros entre la cara del testigo y su cámara, y la pantalla y cada miembro del tribunal. Ambos sumados no llegan ni a medio metro.

Es cierto, algo se pierde cuando pasa por una cámara. Pero si existe atención del tribunal, no se pierde lo esencial. La tecnología actual permite discernir. Y dado que mejorará, todo parece indicar que ello también mejorará.

Existen beneficios adicionales. Respecto del equipo legal, la tecnología permite mensajes en tiempo real entre el equipo legal —y de forma más legible que los *post-it* escritos con prisa que durante la audiencia

le son presentados a quien hace el argumento o interrogatorio. Además, no es infrecuente que los miembros del equipo estén sentados en forma lineal, estando el líder del equipo en el puesto más cerca del tribunal. Si el miembro sentado en el polo opuesto —a varios lugares del interrogador— tiene algo que transmitir al interrogador, para cuando su *post-it* llegue a manos del interrogador, sin duda será demasiado tarde. Ello se resuelve con la tecnología que permite comentarios en tiempo real. Gracias a la misma, el interrogatorio mejorará.⁷

Estos ejemplos ilustran que *el único límite para lograr que la tecnología logre que un proceso sea “debido” está en la mente de sus participantes.*

c. Anacronismo

La virtualización es un caso particular de un fenómeno humano en ciernes, inevitable y deseable. Estamos entrando a una nueva época. Una que resulta de la Cuarta Revolución Industrial. Como resultado, la tecnología se filtrará cada vez más en las fibras del tejido social jugando cada vez más un papel importante.

Ante dicho fenómeno, cualquier solución distinta a que la tecnología siga la misma suerte que la forma normal en que la sociedad interactúa es (sería) extraño. Condenaría a la materia al anacronismo —obstruyendo, en vez de mejorando, el Estado de Derecho—.

El derecho es fruto de la realidad. El derecho debe compaginar con la realidad. Si nuestra materia —que en esencia se cerciora de la vida del Derecho en la realidad— está dissociada de la realidad, el resultado será anacronismo.

⁷ Existen preocupaciones sobre la posibilidad que el testigo y perito esté siendo asesorado mientras es interrogado. Ello puede ocurrir con una persona estando en el sitio del interrogado o mediante la tecnología misma que he descrito en el cuerpo de este ensayo. En mi opinión, las preocupaciones son válidas, pero sobreexpuestas. Pueden resolverse mediante pasos diversos todos menos onerosos que una audiencia donde *todos* tengan que estar físicamente presentes. Pero sobretodo, por el sencillo hecho que afectan la frescura del testimonio de lo cual el tribunal se percataría. Por ende, la solución más adecuada a la preocupación es que el tribunal ponga cuidadosa atención a la forma en que el testigo o perito contesta. (¿Es espontáneo su testimonio? ¿Están distrayéndose? ¿Suenan accidentado, pausado, contradictorio, comunicando instrucción?).

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

La disciplina jurídica es renuente al cambio. Como regla, somos conservadores. Valoramos más la tradición que la adaptación. Esto se explica por motivos diversos que no expando.⁸ Lo que es relevante hacer ver para nuestro tema es que, si el derecho no se adapta a la nueva realidad, fracasará en mejorarla.

B. Inteligencia artificial

La inteligencia artificial ocupa cada vez más espacios. Y, COVID-19 parece haber galvanizado el proceso: ante imposibilidad de usar humanos, algunas empresas han recurrido a sustitutos. Máquinas e inteligencia artificial.

Existe una preocupación sobre qué será de nuestra materia ante la inteligencia artificial. Ante la tendencia de que máquinas sustituyan quehaceres humanos, algunas logran alcanzar resultados muy cercanos a lo que harían los jueces correspondientes,⁹ surge una pregunta

⁸ Las costumbres se basan en el pasado —y la costumbre es fuente de derecho—. La certeza es un objetivo del derecho. Y la certeza se basa en lo que ha ocurrido en el pasado. La teoría de los órdenes espontáneos como explicación del derecho descansa en aceptar que las cosas son como resultado de una “gravedad” de la conveniencia: las personas en su actuar suelen seguir los patrones que suelen ser considerados mejores para lograr objetivos. Dichos patrones de conducta se cristalizan en normas como resultado de repetición y aceptación, de tal manera que cuando alguien se sale de los mismos, se activan los mecanismos sociales (uno de los cuales es el Derecho) para regresar a dicha persona al patrón aceptado. —Ver teoría de los órdenes espontáneos de Friedrich A. Hayek—.

⁹ Tegmark, Max, *Life 3.0. Being Human in the Age of Artificial Intelligence*, Estados Unidos de América, Alfred A. Knopf, 2018. Bostrom, Nick, *Superintelligence: Paths, Dangers, Strategies*, United Kingdom, Oxford University Press, 2014. Domingos, Pedro, *The Master Algorithm: How the Quest for the Ultimate Learning Machine Will Remake Our World*, Estados Unidos, Basic Books, 2015. Ezrachi, Ariel y Stuke, Maurice E., *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, United States of America, Harvard University Press, 2016. Susskind, Richard E., *Online Courts, and the Future of Justice*, Estados Unidos de América, Oxford University Press, 2019. Buchanan, Bruce G. y Headrick, Thomas E., “Some Speculation about Artificial Intelligence and Legal Reasoning,” *Stanford Law Review*, Estados Unidos de América, vol. 23, No. 1, 1970. Alarie, Benjamin et al., “Law in The Future”, *The University of Toronto Law Journal*, Canadá, vol. 66, No. 4, 2016. Rissland, Edwina L., “Artificial Intelligence and Law: Steppingstones to a Model of Legal Reasoning,” *The Yale Law Journal*, vol. 99, No. 8, 1990. Cuéllar, Mariano-Florentino, “A Common Law for The Age of Artificial Intelligence: Incremental Adjudication,

que es necesario considerar para resolver qué pasará: ¿qué tanto desean los humanos ser juzgados por máquinas?

Al respecto, el Premio Nobel de Economía, Daniel Kahnemann hace la siguiente apreciación en un libro reciente e interesante:¹⁰

“Humans are keenly aware that we make mistakes, but that is a privilege we are not prepared to share. We expect machines to be perfect. If this expectation is violated, we discard them”.

Es decir, aunque sea *posible* ser juzgados por máquinas, la gente parece no desearlo. Y al respecto, siendo que las máquinas no motivan sus decisiones —no valoran pruebas como lo hace un humano; no explican su razonamiento jurídico como lo hacen los humanos—, todo parece indicar que, por lo menos con el estado actual de las cosas, el que las máquinas reemplacen jueces y árbitros es algo que no ocurrirá para un segmento de problemas que exigen solución.

Tomemos la inquietud por partes. Primero, conviene dejar claro que la tendencia que máquinas desplacen a personas en áreas diversas es loable. Significa incremento en productividad. Eficiencia. En nuestra materia, existe un universo de materias donde contar con inteligencia artificial significará más procuración de justicia. Por ejemplo:

- Cobranzas, seguros, ejecuciones de pagarés, cartas de crédito, mecanismos de ejecución bancarios —como fideicomisos de garantía—, y otros instrumentos semejantes que no requieran de manejo de variables con componente humano, sino ciertos pasos específicos y limitados.¹¹ Esto en buena medida ya se observa con los “Smart contracts”.
- Software que ante reclamaciones de, por ejemplo, protección al consumidor permiten mediante un primer intercambio con cada

Institutions, And Relational Non-Arbitrariness,” *Columbia Law Review*, vol. 119, No. 7, 2019. Steven, Goldberg, “NINE. Artificial Intelligence and the Essence of Humanity”. *Culture Clash: Law and Science in America*, Estados Unidos de América, New York University Press, 1994.

¹⁰ Kahneman, Daniel, et al. *Noise. A Flaw in Human Judgment*, Estados Unidos de América, Little, Brown Spark, 2021, p. 135.

¹¹ Piénsese por ejemplo en las limitadas excepciones que pueden interponerse en la ejecución de un pagaré.

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

parte identificar zonas de posible arreglo, haciendo sugerencias a ambas partes.

¿Me pregunto sin embargo si no habrá otro universo de disputas que sean lo opuesto y que por ende lo que resulte es que dichos temas se sigan canalizando a humanos? Por ejemplo, en disputas en que la evaluación de las pruebas y de lo ocurrido no es un proceso mecánico, sino humano. Por ejemplo, controversias cuya solución implica discernir la existencia de negligencia. O controversias donde, más que una aplicación mecánica del derecho exista un alto componente humano —por ejemplo, emocional— en la solución de una diferencia.¹²

De lo que observo, tiendo a pensar que, mientras que el primer tipo de problemas serán canalizados a máquinas, el segundo permanecerá en manos de humanos.¹³ La apreciación descansa en el estado de conocimiento de asimilación por la gente de la posibilidad de ser juzgados por máquinas. Mientras resolvemos lo segundo deseo adelantar una reflexión sobre lo primero: *sería positivo*. El futuro sería prometedor. Querría decir que podríamos sacar de las manos de humanos controversias que no exigen su atención, y dejar en las manos de las máquinas controversias para las cuales los humanos somos idóneos. Ello tendría el laudable efecto de que aplicando principios elementales de economía —la conjugación de oferta y demanda—, el resultado sería que se logra expandir —inclusive masificar— lo que hoy por hoy es un lujo: la justicia.¹⁴

¹² Por ejemplo, la graduación de la culpa para determinar si debe existir responsabilidad civil.

¹³ Deseo reconocer el valioso intercambio que he sostenido con un abogado que sabe mucho sobre este tema: Erick Clavel. (Solo yo soy responsable por lo aquí descrito, sin embargo).

¹⁴ Mi amigo Orlando Cabrera hace apreciaciones interesantes sobre este tema en su obra *El Futuro del Arbitraje Internacional en la Era de la Inteligencia Artificial* (en *Ensayos sobre Arbitraje de Comercial y de Inversión*, Tirant LoBlanch, 2022), que recomiendo al lector. En la opinión que me ha expresado a través de diálogo sobre este tema (lo cual agradezco, pues él es un experto en estos temas), es que la tecnología e inteligencia artificial magnificarán nuestra productividad (probablemente exponencialmente). Al hacerlo, me ha hecho ver cosas que desconocía y que robustecen la tesis aquí presentada. En sus palabras, para “2075 podremos empezar a ver la magia de la inteligencia artificial obrando con cierto esplendor”. Creo que tendrá voz de profeta. Y sospecho que, como tantas

Dicho de otra manera, los mercados se segmentarán, el abasto y la satisfacción por lo tanto crecerán. Los mercados se distinguirán entre áreas en las que el componente humano no es indispensable, de las que sí lo son. Las primeras serían canalizadas a inteligencia artificial, las segundas a humanos, por lo tanto, el resultado será la eficiencia en la procuración de justicia.

Lo anterior no debe preocuparnos, debe gustarnos, —inclusive emocionarnos— y por dos motivos, el primero de ellos, por que significará que en las áreas en las que actualmente el Estado de derecho no se ha consolidado, dado el costo de este, serán colmadas por inteligencia artificial —un resultado muy superior a la impunidad o justicia “de facto” que existe en las mismas— a veces ley de la selva, en segundo lugar, porque la historia del fenómeno de la innovación equivale a una mayor productividad y satisfacción —agregada—. Es cierto, existirán desplazamientos, pero esa es la historia del sistema de mercado. De la “destrucción creativa” a la que aludía Schumpeter:¹⁵

Al tratar con el capitalismo estamos tratando con un proceso evolucionario... El capitalismo es por naturaleza una forma o método de cambio económico... que nunca es fijo... Este proceso de creación destructiva es un hecho esencial sobre el capitalismo. Es en lo que consiste el capitalismo y dentro de lo que cada interés capitalista debe vivir...

[In dealing with capitalism we are dealing with an evolutionary process... Capitalism... is by nature a form or method of economic change... never can be stationary... This process of Creative Destruction is the essential fact about capitalism. It is what capitalism consists in and what every capitalist concern has got to live in].

La constante en esta “destrucción creativa” es una paulatina mejora de la productividad agregada, misma que resulta en mayor bienestar para todos. Es cierto, algunos deben cambiar de actividad. Otros espe-

veces ha pasado, la realidad rebasará nuestra imaginación: esto ocurrirá aún antes de dicha fecha.

¹⁵ Schumpeter, Joseph A., *Capitalism, Socialism and Democracy*, Estados Unidos, HarperPerennial, 1950, pp. 82 and 83.

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

cializarse, pero el resultado agregado es superior. ¿O acaso reprochamos la quiebra de la última compañía productora de carruajes a caballo por el advenimiento del automóvil? o ¿La desaparición de las cintas Beta o VHS como resultado de la aparición del DVD? o ¿El desplazamiento de Startac y Nokia por los *Smartphones*? Si se observan todos esos fenómenos históricos, el resultado ha sido mayor productividad —para todos—.¹⁶ Dicha mayor productividad ha resultado en mayor bienestar para todos.

Luego entonces, la segmentación propiciada por la innovación en la inteligencia artificial será loable. Para todos.

Entender el proceso anterior es importante pues dicho proceso siempre ha estado con nosotros —y siempre estará—. Es responsable de la bonanza que vivimos: la mayor y mejor de la historia de la humanidad.¹⁷ Pero, sobre todo, porque la innovación implica un cambio, —e inclusive dicho cambio está evolucionando. Mientras que históricamente las innovaciones que han cambiado a la humanidad (los “*Gutenberg moments*”) tomaban más tiempo en ocurrir, tener efectos y filtrarse con el tejido social, dando tiempo a la sociedad para que se adapte, hoy en día los cambios se han acelerado. Están en vías de concebirse, nacer y florecer cambios en diez áreas importantes que cambiarán por completo la faz de la tierra;¹⁸ y esto ocurrirá del siguiente lustro a diez años. Este fenómeno es insólito ya que nunca ha pasado que tantos cambios trascendentales arriben tan rápido. ¿Está lista la humanidad? Los cambios implican modificaciones profundas y radicales en los patrones de producción, consumo y comportamiento social. Si no se entienden,

¹⁶ Piénsese por ejemplo en el tiempo de transporte por carruaje y por automóvil, esto incrementa la productividad del usuario.

¹⁷ Como defiende Johan Norberg en *Progress: The Reasons to Look Forward to the Future*, Reino Unido, Oneworld Book, 2016. Dicho autor estudia diez áreas y concluye que la humanidad está mejor *en todas*. Por ende, quienes piensan que estamos peor lo único que evidencian es mala memoria (!). (Las áreas son alimentación, sanidad, expectativas de vida, pobreza, violencia, medio ambiente, nivel de educación, libertad, igualdad, y prospectivas para la siguiente generación).

¹⁸ Por ejemplo, robótica, inteligencia artificial, biotecnología, nanotecnología, energía solar, industria automotriz (coches autónomos), *criptocurrencias*, computación, medicina. Como resultado de *Moore's law*, el desarrollo de estas tecnologías es (literalmente) exponencial —de allí que algunos hablen de *Exponential Organizations*—.

generarán malestar.¹⁹ Y ello a su vez invitará aún más demagogos en puestos clave —como el escenario político actual lo demuestra—.

C. *Eficiencia y externalidades en un mundo en peligro*

Todo lo expuesto se enfoca en la perspectiva *individual*. Existe sin embargo una perspectiva adicional que debe tomarse en cuenta: la *agregada*. La perspectiva agregada es aquella que debe ser parte de *toda toma de decisión*. Para entender porqué, un comentario sobre el mundo en que vivimos es justificado (§a), particularmente por el importante papel que nuestra disciplina tiene (§b), y cómo ello exige concluir a favor de la idea defendida en este ensayo (§c).

a. *El contexto mundial*

Como alerta Jacques Attali con su habitual sabiduría: “La humanidad está amenazada”.²⁰ Observo sin embargo que muchos no se han percatado de ello. Como resultado, están (estamos) “bailando en el Titanic”.

La práctica arbitral pre-COVID-19 mostraba una cantidad impresionante de recursos cuestionablemente encausados. Un ejemplo, son los viajes. Quienes nos dedicamos al arbitraje vivimos (vivíamos) una realidad que con frecuencia a otros les cuesta trabajo comprender —y que es digna de cuestionarse—. Un árbitro y abogado de arbitraje pasa (¿pasaba?) una cantidad importante de su tiempo en viajes. No solo son las audiencias en distintas partes del mundo, sino los clientes, las juntas con testigos y peritos, funcionarios mismos del cliente, así como otros miembros del equipo legal. Si a ello se suma la (creciente) cantidad de congresos especializados, no es infrecuente que un abogado de arbitraje pase más de la mitad de su tiempo en viajes.

¹⁹ Quienes piensan que los tiempos de antaño (los “*good old days*”) eran mejores suelen olvidar o descontar el bienestar del que gozan, en beneficio de épocas anteriores en las que tenían condiciones de comodidad en su nicho de mercado. Como resultado, culpan de su devenir al “capitalismo”, como si fuera el padre de todos los males.

²⁰ Attali, Jacques, *Comment nous protéger des prochaines crises*, Francia, Fayard, 2018, p. 173.

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

En sí, esto no es criticable. Pero sí es cuestionable: ¿hay alguna mejor manera de lograr lo mismo? La respuesta es sí, mediante tecnología.

La frugalidad de los recursos es no solo un deber *individual*, sino *colectivo*. Debemos aspirar a utilizar la menor cantidad de recursos posibles en la consecución de nuestras actividades. —todas—. El motivo es que, en varias esferas de la actividad humana, hemos llegado a los límites planetarios de conservación —y en otras estamos excedidos—. ²¹ *Si no tomamos medidas inmediatas, radicales y contundentes, el futuro próximo promete ser desastroso, —no es exageración—.*

Vivimos una paradoja lamentable y peligrosa. Una que, si no manejamos con cuidado, puede generar consecuencias delicadas, dado el sentir vigente respecto de la desigualdad: los países desarrollados tienen una responsabilidad histórica mayor por el cambio climático que los países en vías de desarrollo, pero son los países en vías de desarrollo los que sufren en forma desproporcional el impacto y las consecuencias del cambio climático. Ello fue reconocido en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.²² Lo anterior es materia de un libro importante, que debe ser un “abreojos” no solo a los abogados, sino ciudadanos en general: *Climate Justice*²³ de Mary Robinson, la Enviada Especial de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (*UN Special Envoy on Climate Change*), el Acuerdo de París²⁴ es la respuesta a dicho reto. Busca mantener el incremento de temperatura global muy por debajo de 2°C (respecto de los niveles de la Revolución Industrial) y propiciar esfuerzos para limitar el incremento de temperatura a 1.5°C (por encima de niveles pre-industriales). Se trata del primer instrumento global para evitar los efectos del cambio climático. Robinson cuenta las dificultades que Christiana Figueres vivió durante años para lograr dicho tratado, y su gran logro.²⁵ Dado el mismo,

²¹ Por ejemplo, la contaminación, los ciclos de nitrógeno y fósforo, la conversión de la tierra, pérdida de biodiversidad. El cambio climático es una consecuencia de ello.

²² Adoptada el 9 de mayo de 1992 y que entró en vigor el 21 de marzo de 1994.

²³ Robinson, Mary, *Climate Justice*, Reino Unido, Bloomsbury Publishing, 2018.

²⁴ De 12 de diciembre de 2015 y que entró en vigor el 4 de noviembre de 2016.

²⁵ Robinson, *Climate Change*, pp. 127 y ss.

y la importancia del reto que taclea, Robinson no esconde su furiosa frustración ante la postura de Estados Unidos respecto de este:²⁶

Es imperdonable que los Estados Unidos hayan simplemente abandonado su responsabilidad hacia las personas de su país y del mundo para privilegiar utilidades a corto plazo generadas por combustibles fósiles, abandonando un acuerdo que fue negociado por más de 190 líderes del mundo, durante décadas, en beneficio de todos los habitantes del planeta.

[It is unconscionable that the United States has simply walked away from its responsibility to people both at home and abroad, in the interest of short-term fossil fuel profits, and abandoned an agreement that was negotiated by more than 190 world leaders, over decades, in the interests of all people of the planet].

No puedo estar más de acuerdo. Y considero que los gobiernos que recientemente han tomado pasos para revertir los esquemas de energía renovable son dignos del mismo reproche. Las personas que los encarnan no merecen el puesto que se les ha confiado. El líder del (complejo) mundo que vivimos debe ser altamente preparado. Sensible a los dilemas que el mundo enfrenta, y esmeroso en canalizar capital político a la consecución de soluciones inteligentes a los mismos.

Compárese la postura de Estados Unidos con la respuesta que —*iminentos después!*— del anuncio de Trump, vino de Francia, Alemania e Italia: “el acuerdo es irreversible”. Sus países continuarán con el mismo. ¡Este es el liderazgo que el mundo necesita! Y que muchos, por dolor o ignorancia, han confundido apoyando a demagogos que sólo capitalizan sus dolores o su ignorancia (populistamente).²⁷ Este, por

²⁶ *Ibidem*, p. 130.

²⁷ Nunca ha sido más importante ejercer el derecho de voto con responsabilidad. Quienes votan con las vísceras han puesto en lugares clave de la sociedad a demagogos ignorantes e insensibles a los retos que enfrentamos. Por definición, un demagogo no es un idealista. Es una persona que se adapta al electorado que enfrenta, adecuando su retórica al dolor que las personas muestran. Su objetivo no es mejorar el mundo en que vivimos, es llegar al poder para ejercer el poder. Punto. Ese es justamente el tipo de personas que no deben tener poder: lo persiguen por motivos distintos a aquellos para los cuales fue creado. (Una obra reciente presenta una idea al respecto que merece eco: Gehl, Katherine M. y Porter, Michael, *The Politics Industry: How Political Innovation can*

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

cierto, es otra de las consecuencias de COVID-19: la lección que la elección de populistas y demagogos tendrá como resultado consecuencias graves.²⁸ En el mundo complejo en que vivimos, debe privilegiarse escoger a expertos e idealistas; no quienes persiguen el poder por el poder mismo.

De continuar las tendencias visibles, la temperatura global subirá a 3 o 4 grados centígrados por encima de niveles preindustriales *en este siglo*. De ocurrir, las consecuencias serán desastrosas.²⁹

El origen de todo esto es la relación del humano con el planeta. La forma en que el humano ha escogido saciar sus necesidades. Un ejemplo comunicativo es la nutrición. Actualmente, el planeta satisface las necesidades alimentarias de 7,700 millones de habitantes. La *forma* en que logramos dicha finalidad es tal que hemos exacerbado la problemática de cambio climático —además de que no nos nutrimos bien—.³⁰ Es decir, cómo nos nutrimos es cuestionable *individual y agregadamente*.³¹

La forma en que procuramos nuestras necesidades ha tenido por efecto desplazar y orillar a la fauna. El intercambio consecuente con el humano ha hecho florecer enfermedades, incluyendo COVID-19. La pandemia de coronavirus es fruto de la manera como la especie humana se ha relacionado con los ecosistemas. Su intromisión en nichos de especies salvajes, su tráfico, su distribución y uso, genera la dispersión de enfermedades (como SARS-CoV-2).

break partisan Gridlock and save our Democracy, Estados Unidos, Harvard Business Review Press, 2020. En la misma, se explica cómo el paradigma electoral requiere cirugía mayor para lograr que las personas correctas lleguen al poder, y se premie al que resuelve —no perpetúa y sangüijuelea— problemas sociales).

²⁸ Ejemplifica la aseveración la constatación que son los países timoneados por demagogos populistas los que más muertes han tenido.

²⁹ Robinson, *Climate Change*, *op. cit.*, p. 87.

³⁰ Ver informe Eat-Lancet (*Food in the Anthropocene: the EAT Lancet Commission on healthy diets from sustainable food systems*) copresidida por el Prof. Walter Willett y el Prof. Johan Rockstrom. La Comisión EAT-Lancet ha reunido a expertos de 16 países en diversos campos como la salud humana, la agricultura, la ciencia política y sostenibilidad ambiental.

³¹ Existe una pandemia de desnutrición y una pandemia de diabetes. Éstas conjuntamente procuran una sindemia: la concurrencia y agravación de dos o más pandemias-lo cual por cierto se relaciona con la pandemia de COVID-19. Sumados, tenemos cuatro pandemias que propician un preocupante sindemia.

¿La relevancia de lo anterior con nuestro tema? *El cuidado del planeta es un factor en la toma de toda decisión de toda actividad del humano.* No hacerlo nos llevará al desastre. De hecho, es válido aseverar que el desastre ya no es futuro, —es presente—. Y cuesta más no hacer nada, que hacer.³²

La historia de la humanidad es una historia de adaptación ingeniosa a los retos del momento. Nuestro reto presente es enfrentar el reto más grande de la historia: salvarnos del desastre que, si seguimos como vamos, detonará el cambio climático. Para ello, hay mucho por hacer. Y hay pasos específicos que cada uno de nosotros puede —*debe!*— tomar:

- 1) **Cobrar consciencia:** tomar en cuenta el contexto (la crisis) mundial que vivimos en todo lo que hacemos. Los pequeños cambios importan. No sabemos dónde está el punto de inflexión, pero sabemos que, si todos hacemos poco, logramos mucho. Vale la pena expresarlo en un aforismo:

**Si pocos hacemos mucho, el resultado es poco.
Si muchos hacemos poco, el resultado es mucho.**

Cada vez que tomemos una decisión, debemos actuar como custodios de nuestro precioso planeta azul.

Es urgente tomar consciencia. Y que esto nos lleve a un cambio de actitud. Si no cambiamos nuestro camino, acabaremos precisamente hacia donde vamos: el desastre.

- 2) **Alimentariamente:** comer más vegetales, menos carne, menos azúcares y evitar desperdicio de alimentos.³³
- 3) **Reforestación:** Plantar un árbol, al año. Hemos cortado la mitad de los árboles de la tierra - tres trillones. Es hora de cambiar dicha tendencia. Pocas acciones son tan críticas como plantar

³² Esta apreciación merece profundización. Ya es más caro no hacer nada, que hacer. El costo de atención del problema de contaminación y cambio climático es alto; es cierto. Pero es menos costoso que no hacerlo. Implicación: si no es por *ideal* que debemos hacer algo, pues por conveniencia: ¡es más barato!

³³ En caso de desear abundar, ver el informe *Eat-Lancet*. A su vez, ver las publicaciones del Instituto Nacional de Salud Pública, disponible en: www.insp.mx.

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

árboles. Si cada uno de nosotros siembra *un árbol al año*, podemos cambiar radicalmente la tendencia de deforestación. Obviamente, entre más, mejor.³⁴ Se trata de la “*single largest opportunity for cost-effective and immediate reductions of carbon emissions*”.³⁵

- 4) **Energías renovables:** Debemos curar nuestra adicción a los combustibles provenientes de fósiles (*fossil fuels*). No se trata de erradicarlos, sino canalizarlos a las áreas donde son indispensables. Ello implica muchas cosas. Por ejemplo, casi todos los países subsidian combustibles de fósiles estableciéndolos a un precio artificialmente bajo. Resultado: sobreconsumo. Algunos países han lastimado industrias nacientes de renovables con tal de beneficiar a sus organismos públicos de energía que se basan en combustibles fósiles —por ejemplo, combustóleo—. Ello es un ecocidio.

¿Qué podemos hacer individualmente? Tres pasos inmediatos vienen a la mente: (i) contratar **celdas solares** en nuestras casas y oficinas; (ii) proponernos que nuestro siguiente **automóvil** sea **eléctrico** (por lo menos híbrido), y (iii) denunciar actividad gubernamental incorrecta —lo cual me lleva a la siguiente sugerencia—.

- 5) **Activismo:** la historia enseña que cuando el 3.5% de una población participa de forma no violenta en una protesta, tiene éxito.³⁶ Mucha conducta incorrecta ocurre ante complacencia. Ante la ausencia de consecuencia provocada por lo difícil que es generar acción colectiva que objete actuar miope o incorrecto. La sociedad civil tiene un papel que jugar en esto. ¡Actuemos!
- 6) **Igualdad de género:** existen estudios que concluyen que la participación femenina fomenta no solo la sabiduría de las decisio-

³⁴ Figueres, Christiana y Rivett-Carnac, Tom, *The Future We Choose: Surviving the Climate Crisis*, Estados Unidos, Alfred A. Knopf, 2020, p. 124.

³⁵ Stern, Nicholas, *The Economics of Climate Change: The Stern Review*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2007.

³⁶ Robson, David. “The «3.5% rule»: How a small minority can change the world”, *BBC Future*, Reino Unido, 2019, available at: <https://www.bbc.com/future/article/20190513-it-only-takes-35-of-people-to-change-the-world>.

nes, sino la rentabilidad y mejor administración de las organizaciones. Que existe una correlación positiva entre mayor cantidad de mujeres en cargos y juntas directivas, y el aumento de los beneficios para las empresas, no sólo financieros sino otros. Por ejemplo, rentabilidad del capital, compromiso de los empleados, reputación y gobernanza.³⁷ Démosle el espacio que merecen. No sólo redundará en un mejor desempeño organizacional, sino un mundo más justo.

El futuro no está escrito; está en nuestras manos. Pero debemos actuar. Al hacerlo, lo primero que debemos cambiar es nuestro estado mental. Como advertía Gandhi, las acciones que perseguimos se definen en forma importante por el estado mental que cultivamos previo a seguirlas. Por lo anterior, *lo más poderoso que podemos hacer es **cam-biar nuestra predisposición***. Y al hacerlo, como defiende Attali, hay que ser “lucidos, combativos, y positivos”.³⁸

Hasta ahora hemos actuado como si pudiéramos extraer recursos de nuestro mundo en forma ilimitada. Como resultado, los utilizamos en forma ineficiente. Desperdiciamos. Esto no puede continuar. Debemos entender que estamos inextricablemente vinculados con el planeta. *Toda decisión que tomemos debe considerar el impacto agregado que tiene*. Después de todo, somos parte de algo mayor. Y es ese algo mayor es lo que nos ha llevado a la (crítica) situación que estamos viviendo.

Estamos entrando a una nueva fase de evolución humana. Debemos adaptarnos a una escasez de recursos naturales que nosotros mismos hemos causado.³⁹ La época que vivimos —el Antropoceno— se carac-

³⁷ Lee, Linda-Eling et al. “Women on boards: Global trends in gender diversity on corporate boards,” MSCI Research Insights, 2015. WERNER, Charlotte et al., “Moving women to the top: McKinsey global survey results,” McKinsey & Company, 2010, available at: <http://www.mckinsey.com/business-functions/organization/our-insights/moving-women-to-the-top-mckinsey-global-survey-results>. Organización Internacional del Trabajo, “La mujer en la gestión empresarial: Cobrando impulso en América Latina y el Caribe”, *Oficina de Actividades para los Empleadores*, Suiza, 2017, available at: https://www.ilo.org/public/spanish/dialogue/actemp/downloads/events/2017/lima_conf/wibm_fullreport_2017_sp.pdf.

³⁸ Attali, *op. cit.*, p. 150.

³⁹ Ello incluye el espacio rápidamente disminuido en la atmósfera por las emisiones de carbono.

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

teriza justamente porque el humano incide en su medio. ¡Incidamos positivamente!

b. Papel del arbitraje y otros mecanismos de solución de controversias en el complejo mundo en que vivimos

Lo expuesto en la sección anterior puede parecer una digresión injustificada al lector ávido de profundizar en arbitraje. Tengo que reconocer que *posiblemente*⁴⁰ es una digresión, pero no es injustificada: el contexto que vivimos tiene que ser considerado *so pena* que nuestra materia no se adapte a la realidad que busca atender.

La teoría del conflicto enseña que las disputas son en esencia manifestaciones de acomodo en una relación. De corrección de una incompatibilidad. De modificación de algo.⁴¹ De cambios que tienen que ocurrir para permanecer. Si no ocurre el cambio, no puede continuar la relación. Si no se acomodan correctamente las piezas de la relación, esta no podrá continuar con éxito. Es por eso por lo que el conflicto es universal: siempre ha existido, siempre existirá.

El corolario de la lección descrita es que, ante cambio, habrá conflicto. Siendo que el mundo está cambiando —y estrepitosamente— promete haber más problemas. Más disputas. Éstas tendrán que ser canalizadas y resueltas mediante el arbitraje y otros mecanismos de solución de controversias —si es que han de ser bien-manejadas—.

Quienes nos dedicamos a la solución de controversias somos depositarios de un voto de confianza social. Tenemos el —enormemente importante— papel social de lograr que las controversias sean inteligente y constructivamente canalizadas y resueltas. Los dos adjetivos en la oración anterior militan a favor de considerar que nuestro desempeño se nutra de la tecnología. Sin la misma, no sólo seremos ajenos —dislocantes— de la realidad que atendemos, sino que simplemente nos quedaremos cortos ante la realidad que enfrentamos.

⁴⁰ La conclusión no es sin embargo obligada, por los motivos expresados en la sección siguiente.

⁴¹ Por ejemplo, el “espacio” ocupado por uno, que es deseado por otro.

Nuestra disciplina es una con mucho futuro. Debemos sin embargo estar a la altura de los retos que enfrentaremos —en todos los ámbitos—.

c. *Una conclusión tan obligada como conveniente*

Lo expuesto hace que la idea defendida en este ensayo deba ser aceptada. Ateamos los hilos del argumento hasta aquí expresado, para tejer la conclusión defendida.

Aceptado que:

- 1) El fenómeno humano de innovar es social y económicamente deseable;
- 2) La procuración de justicia no solo no es una excepción de inclusión en dicho fenómeno, sino ejemplo de la regla: los beneficios que arroja la innovación son particularmente útiles en la impartición de justicia—y no hacerlo implicaría distanciar la impartición de justicia de su realidad y condenar esta importante actividad al anacronismo, y
- 3) El mundo en que vivimos exige diseñar la actividad humana de una manera que permita desarrollo sustentable.⁴²

Es necesario concluir que, ante la opción entre, por un lado, exigir concebir al “debido proceso” como la exigencia de un proceso *presencial*, y, por otro, aceptar que un proceso puede ser “debido” aún si se sigue mediante medios electrónicos, debemos optar por la segunda opción. Mucho depende de ello.

6. Conclusión

A. *Filosofía de la tecnología*

“Filosofar” es preguntarse el por qué de las cosas. Titulé esta reflexión “filosofía de la tecnología” porque, para resolver la pregunta sobre la

⁴² Es decir, que la actividad económica *presente* no comprometa la viabilidad ambiental *futura*.

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

posibilidad de lograr el debido proceso mediante medios electrónicos, es necesario filosofar. Preguntarnos el papel, alcances y límites de la tecnología cuando es empleada para llevar a cabo una actividad importante: adjudicar.

La tecnología es una herramienta. *Per se* no es buena ni mala. Todo depende de cómo se usa. Lo que la experiencia ganada enseña, particularmente en esta época de cambio acelerado, es que, aplicada a nuestra materia, *la tecnología ha significado reducción de costos y mejora de resultados*. El logro de los fines últimos de la adjudicación en forma crecientemente *exitosa*, mediante una reducción creciente de recursos. Es decir, la tecnología hace que el objetivo de un proceso debido sea más eficaz y eficiente.

B. Corolario

Por lo anterior, la consecución de los procesos —arbitrales y otros— por medios electrónicos:

- 1) Es un caso particular de la evolución tecnológica de la sociedad y por ende un paso natural en la evolución del ser humano.
- 2) No aceptar lo anterior haría que los procesos legales estén divorciados del resto del quehacer humano. Ello condenaría nuestra disciplina al anacronismo.
- 3) La tecnología no solo *permite*, sino *fomenta*, el debido proceso. Es por ende bienvenida, dados los efectos loables derivados de las tendencias visibles.

C. Postulado

Por todo lo anteriormente expuesto, los procesos arbitrales seguidos mediante medios electrónicos:

- 1) *Eo ipso* no dejan de satisfacer el debido proceso.
- 2) Logran el debido proceso de una manera más eficiente que la opción —audiencias presenciales— pues vencen el obstáculo más importante para ello: su costo.

- 3) Prometen mejorar la calidad del debido proceso en la medida en que mejore la tecnología.

Por lo anterior, merecen ser fomentadas en la praxis y respetadas judicialmente cuando ocurren, descartando peticiones de nulidad o no-ejecución de laudos por aseverar ausencia del debido proceso.⁴³

7. Bibliografía

- ALARIE, Benjamin et al., "Law in The Future", *The University of Toronto Law Journal*, Canadá, vol. 66, num. 4, 2016.
- ATTALI, Jacques, *Comment nous protéger des prochaines crises*, Francia, Fayard, 2018.
- BOSTROM, Nick, *Superintelligence: Paths, Dangers, Strategies*, United Kingdom, Oxford University Press, 2014.
- BUCHANAN, Bruce G. y HEADRICK, Thomas E., "Some Speculation about Artificial Intelligence and Legal Reasoning", *Stanford Law Review*, Estados Unidos, vol. 23, num. 1, 1970.
- CUÉLLAR, Mariano-Florentino, "A Common Law for the Age of Artificial Intelligence: Incremental Adjudication, Institutions, and Relational Non-Arbitrariness", *Columbia Law Review*, vol. 119, num. 7, 2019.
- DOMINGOS, Pedro, *The Master Algorithm: How the Quest for the Ultimate Learning Machine Will Remake Our World*, Estados Unidos, Basic Books, 2015.
- EZRACHI, Ariel y STUKE, Maurice E., *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, United States of America, Harvard University Press, 2016.
- FIGUERES, Christiana y RIVETT-CARNAC, Tom, *The Future We Choose: Surviving the Climate Crisis*, Estados Unidos de América, Alfred A. Knopf, 2020.
- GEHL, Katherine M. y PORTER, Michael, *The Politics Industry: How Political Innovation can break partisan Gridlock and save our Demo-*

⁴³ Artículo V(1)(b) de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Naciones Unidas, 1958. Artículos 1457(1)(b) y 1462(2)(b) del Código de Comercio.

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

cracy, Estados Unidos de América, Harvard Business Review Press, 2020.

GOLDBERG, Steven, “NINE. Artificial Intelligence and the Essence of Humanity”, *Culture Clash: Law and Science in America*, Estados Unidos de América, New York University Press, 1994.

International Council for Commercial Arbitration, “Does a Right to a Physical Hearing exist in International Arbitration? Investigating the Legal, Conceptual and Practical Implications of a Remote Hearings in International Arbitration”, *ICCA Reports*, num. 10, 2022, available at: https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/Right-to-a-Physical-Hearing-General-Report.pdf.

KAHNEMAN, Daniel et al. *Noise. A Flaw in Human Judgment*, Estados Unidos, Little, Brown Spark, 2021.

LEE, Linda-Eling et al., “Women on boards: Global trends in gender diversity on corporate boards”, MSCI Research Insights, 2015.

NORBERG, Johan, *Progress: The Reasons to Look Forward to the Future*, Reino Unido, Oneworld Book, 2016.

Organización Internacional del Trabajo, “La mujer en la gestión empresarial: Cobrando impulso en América Latina y el Caribe”, *Oficina de Actividades para los Empleadores*, Suiza, 2017, available at: https://www.ilo.org/public/spanish/dialogue/actemp/downloads/events/2017/lima_conf/wibm_fullreport_2017_sp.pdf.

RISSLAND, Edwina L., “Artificial Intelligence and Law: Steppingstones to a Model of Legal Reasoning”, *The Yale Law Journal*, vol. 99, num. 8, 1990.

ROBINSON, Mary, *Climate Justice*, Reino Unido, Bloomsbury Publishing, 2018.

ROBSON, David, “The «3.5% rule»: How a small minority can change the world,” *BBC Future*, Reino Unido, 2019, available at: <https://www.bbc.com/future/article/20190513-it-only-takes-35-of-people-to-change-the-world>.

SCHUMPETER, Joseph A., *Capitalism, Socialism and Democracy*, Estados Unidos de América, HarperPerennial, 1950.

STERN, Nicholas, *The Economics of Climate Change: The Stern Review*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2007.

- SUSSKIND, Richard E., *Online Courts, and the Future of Justice*, Estados Unidos, Oxford University Press, 2019.
- TEGMARK, Max, *Life 3.0. Being Human in the Age of Artificial Intelligence*, Estados Unidos, Alfred A. Knopf, 2018.
- WERNER, Charlotte et al., ¿“Moving women to the top: McKinsey global survey results”, McKinsey & Company, 2010, available at: <http://www.mckinsey.com/business-functions/organization/our-insights/moving-women-to-the-top-mckinsey-global-survey-results>.

DOCTRINA INTERNACIONAL



Incorporación de la tenencia compartida en la legislación ecuatoriana como garantía de derechos de los padres y el niño

*Incorporation of Tenancy Sharing in Ecuadorian
Legislation as a Guarantee of the Rights
of the Parents and the Child*

Ana Zamora Vázquez*

RDP

Resumen

La tenencia compartida constituye un tema de actualidad y relevancia dentro del derecho de familia, en caso de separación de los padres debe existir una figura jurídica que permita una equidad respecto del tiempo y obligaciones que deben compartir los progenitores con sus hijos. Desde hace períodos atrás en el Ecuador se viene hablando de una corresponsabilidad por parte de los padres, pues esto permitirá que la relación sea continua, aunque dejen de vivir juntos. En la legislación ecuatoriana no existe regulación respecto del tema, considerando necesario desde el punto de jurídico la adaptación del Código Civil y el Código de la Niñez y Adolescencia a los postulados que fueron establecidos en la Constitución del 2008. Por lo tanto, resulta evidente la incorporación de la tenencia compartida con la finalidad de garantizar el interés superior del niño que constituye la piedra angular en las decisiones de la autoridad judicial y la igualdad de sus padres de velar por el desarrollo integral de los menores. Este artículo se realiza como una investigación cualitativa a través de teoría fundamentada, aplicando el método inductivo-deductivo y comparado por medio de ley, doctrina y

* Docente a tiempo completo de la Universidad Católica de Cuenca-Ecuador; Abogada de los tribunales de justicia; especialista en docencia universitaria, magister en derecho civil y procesal civil. Doctoranda por la Universidad Castilla de la Mancha-España.

ANA ZAMORA VÁZQUEZ

fuentes bibliográficas que han permitido la realización del estudio de este tema.

PALABRAS CLAVE: custodia compartida, corresponsabilidad, padres, hijos, patria potestad.

Abstract

Shared custody is a current and relevant issue within family law. In case of separation of parents, there must be a legal figure that allows equity regarding the time and obligations that parents must share with their children. For periods of time in Ecuador, there has been talk of joint responsibility on the part of the parents, since this will allow the relationship to be continuous, even if they stop living together. Ecuadorian legislation does not regulate this issue, considering it necessary from a legal point of view to adapt the Civil Code and the Code for Children and Adolescents to the postulates that were established in the Constitution of 2008. Therefore, it is clear that the incorporation of shared custody is necessary in order to guarantee the best interest of the child, which is the cornerstone in the decisions of the judicial authority and the equality of their parents to ensure the comprehensive development of minors. This article was conducted with a type of qualitative research through grounded theory, applying the inductive-deductive method and compared through law, doctrine and bibliographic sources that have allowed the study of this topic.

KEYWORDS: shared custody, co-responsibility, parents, children, parental authority.

Sumario

1. Introducción.
2. Consideraciones previas.
3. Conceptos sobre tenencia o custodia compartida, parentalidad y corresponsabilidad.
4. Importancia de la tenencia compartida en Ecuador.
5. Patria potestad como base para la tenencia.
6. La tenencia compartida en el derecho comparado.
7. Aspectos relevantes para regular la tenencia compartida en la legislación ecuatoriana.
8. Interés superior del menor.
9. Conclusión.
10. Bibliografía.

1. Introducción

El proceso de cambio que han sufrido las familias en los últimos tiempos es profundo, situación que trae consigo problemas desde el punto de vista jurídico y social, pues la consecuencia de una ruptura de pareja no sólo desencadena un divorcio sino también cambios respecto a la familia y el hecho de proteger a los menores. Siendo un momento contundente para que exista un debate respecto del rol que cumplen los padres en la vida del menor, pues mucho se trata de la familia y del interés superior del niño, pero no se toman acciones respecto a la corresponsabilidad de los progenitores para la crianza en forma conjunta, en el caso de Ecuador, tanto en el Código de la Niñez y Adolescencia como el Código Civil nada se ha dicho respecto a la tenencia compartida, situación con la que nos planteamos el siguiente problema de investigación: ¿es necesario regular la tenencia compartida con la finalidad de garantizar de manera efectiva el interés superior del menor? Interrogante que nos ha llevado a tener como objetivo analizar la importancia de la figura jurídica de la tenencia compartida a través de la normativa jurídica nacional e internacional, como garantía para el interés superior del niño.

Las tensiones de los padres respecto a los derechos de los niños, así como las obligaciones con los mismos, se hacen más evidentes cuando existe una ruptura dentro de la familia, situación que conlleva la necesidad que las legislaciones tienen de ajustarse a los cambios que ocurren en la sociedad para garantizar los derechos. Por lo tanto, es importante tener en cuenta los derechos que están involucrados dentro de este tema como, por ejemplo, la igualdad en el caso de los padres y el interés superior del menor, así como la necesidad de contar la tenencia compartida en la legislación ecuatoriana. Es por ello que este artículo hace referencia a los antecedentes de la patria potestad; también se establecen conceptos sobre tenencia, corresponsabilidad, custodia, entre otros; la importancia de contar con la custodia o tenencia compartida en la normativa del Ecuador; aspectos relevantes sobre la patria potestad; legislaciones diversas con aspectos relevantes sobre el tema, y el interés superior del menor, permitiéndonos adentrar-

ANA ZAMORA VÁZQUEZ

nos en este problema jurídico que constituye un vacío legal dentro de la legislación del Ecuador.

2. Consideraciones previas

El tema en estudio tiene historia; en el derecho romano existió el llamado “paterfamilias”, a su alrededor giraban todos los demás miembros, era considerado el que ejercía la patria potestad sobre sus descendientes, practicaba la *manus* sobre su esposa y nueras, también ejercía el *mancipium* sobre un hombre libre que temporalmente esté bajo su poder. “El paterfamilias tiene sobre las personas *in patria potestate* una autoridad absoluta, que no puede diferir originariamente de la autoridad similarmente absoluta que tiene sobre las otras personas de su casa”.¹

Posteriormente surgió el matriarcado como justificación al hecho de que las sociedades primitivas vivieron en la promiscuidad sexual y, por este motivo, el parentesco debía determinarse por la línea materna, produciéndose una especie de dominio de la mujer. Tanto en el matriarcado como en el patriarcado el parentesco exclusivo no siempre fue natural y no comprendían entre los parientes a personas que debían serlo. Así, por ejemplo: dos hermanos procreados por un mismo padre, pero nacidos de diferente mujer, no tenían parentesco; en el patriarcado los descendientes de la hija no eran parientes de su familia natural.

Tiempo después evolucionó la patria potestad para convertirse el poder paterno en una función limitada, ejercible en beneficio del hijo. El derecho de exposición de los hijos fue prohibido, según unos, desde los tiempos de los jurisconsultos clásicos; y, según otros, desde el imperio cristiano. El derecho de venta fue derogado en la época imperial.²

En el derecho romano distinguen el parentesco natural o *cognatio* y el parentesco civil o *agnatio*, en el primer caso el parentesco une a las personas descendientes unas con otras o descendientes de la misma persona; en cambio, el segundo se refiere al parentesco civil fundado

¹ Castan, José, “La Patria Potestad”, *Revista de Derecho Privado*, España, 1960.

² Monroy, Marco, *Derecho de familia y de menores*, Colombia, Editorial ABC, 2003.

en la autoridad paternal o marital, tiene características múltiples como descendientes por vía de varones, así como la relación entre el padre y los hijos e hijas, dentro de un matrimonio legítimo o introducidos en la familia por adopción.

En el derecho germánico la potestad del padre recibe el nombre de *Munt* y significa un derecho y un deber de protección, las amplias facultades que tiene el padre sobre el hijo son similares al derecho romano. El padre tenía el derecho de exponer al hijo inmediatamente después de su nacimiento.

En la actualidad, con el avance de los derechos, se han logrado superar varios paradigmas, que vienen desde épocas antiguas respecto a las actividades de la organización familiar, se solía pensar, e incluso afirmar, que en el hombre recaía la responsabilidad del sustento familiar y la mujer tenía a su cargo el cuidado del hogar. Esta noción de carácter eminentemente limitado ha producido efectos jurídicos, marcando prototipos que carecen de sustento en caso de enfrentar una separación o divorcio de los cónyuges, marcando un límite en el sentido que la madre es quien ejerce la tenencia de los hijos. Y, por otro lado, el padre será quien visite a sus hijos los fines de semana o en vacaciones, pero esto se puede desvirtuar a través de la tenencia compartida.

En 1959 la Organización de las Naciones Unidas aprueba la Declaración de los Derechos del Niño, en este documento el principio VI manifiesta: “El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre”.³

La sociedad y las autoridades tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.

³ Organización de las Naciones Unidas, *Declaración Universal de los Derechos del Niño*, 1959, disponible en: <https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20Republica%20Dominicana.pdf>.

ANA ZAMORA VÁZQUEZ

3. Conceptos sobre tenencia o custodia compartida, parentalidad y corresponsabilidad

Existe una variedad de conceptos sobre tenencia compartida; muchos doctrinarios han tratado sobre el tema por la relevancia de éste, en esta virtud citamos algunos:

La tenencia compartida es aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de relación de pareja, en la que, ambos progenitores convienen en establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención a las necesidades materiales de los hijos, con la previsión.⁴

Desde la perspectiva de la evolución terminológica, conviene recordar que la potestad se enfoca más en el contenido activo de la relación jurídica; la responsabilidad por el contrario subraya el contenido pasivo, es decir, si se infringen los deberes de la relación jurídica qué se le va a exigir al titular de la función.⁵

Los padres, dentro del matrimonio o después de su separación, tienen la responsabilidad de la crianza de sus hijos, su relación debe tener una actitud positiva que permita tomar resoluciones respecto a los hijos evitando los conflictos, con la finalidad de que sus deberes sean equitativos y permitan a los menores desarrollarse en un ambiente de armonía, donde se encuentren estables tanto física como emocionalmente. Velar por la seguridad del menor es tarea de los padres y al existir una tenencia compartida se hace equitativo el compromiso de custodia hacia los menores.

La asunción compartida de autoridad y responsabilidad entre padres separados en relación con todo cuanto concierna a los hijos comu-

⁴ Ortuño, P., *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, Navarra, España, Civitas, 2006, p. 60.

⁵ Iglesias Martín, Carmen Rosa, *La Custodia Compartida. Hacia una corresponsabilidad parental en el plano de la igualdad*, Valencia, España, Tirant to Blanch, 2019, p. 52.

nes; el respeto al derecho de los niños a continuar contando, afectiva y realmente con un padre y una madre, y el aprendizaje de modelos solidarios entre exesposos, pero aún socios parentales.⁶

A pesar de los conflictos familiares que desembocan en divorcio, los progenitores tienen obligaciones comunes respecto de los menores, pues los niños dentro de la Constitución del Ecuador son considerados un grupo de atención prioritaria, recordando que tienen derecho “a la integridad física y psíquica, a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria”,⁷ todo lo mencionado en líneas anteriores es responsabilidad de los padres.

La custodia compartida es un concepto legal que hace referencia a un concepto relacional: la parentalidad compartida o la coparentalidad. Ninguno de los dos conceptos es absoluto, ni supone un criterio exactamente igualitario. La custodia compartida puede ser regulada, asignada o incluso impuesta. La corresponsabilidad implica una definición de la relación entre los padres que, como todas las relaciones, es de alguna manera negociada, pero no siempre acordada.⁸ La Real Academia de la Lengua define a corresponsabilidad como “responsabilidad compartida”⁹ y lo parental “pertenciente o relativo a los padres o a los parientes”.¹⁰

4. Importancia de la tenencia compartida en Ecuador

La Constitución de 2008 establece en su artículo 1o.: “el Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia social”, en este sentido

⁶ Salzberg, Beatriz, *Los niños no se divorcian*, México, Beas, 1993.

⁷ Constitución de la República del Ecuador, Asamblea Constituyente, Montecristi, 2008, Registro Oficial núm. 449.

⁸ Bolaños, Iñaki, *Psicopatología clínica, legal y forense*. vol. 15, 2015, p. 59.

⁹ Real Academia de la Lengua Española, 10 de marzo de 2020, disponible en: <https://dle.rae.es/?w=corresponsabilidad>.

¹⁰ *Ibidem*, disponible en: <https://dle.rae.es/?w=parental>.

ANA ZAMORA VÁZQUEZ

se asientan los valores, costumbres, tradiciones, hábitos y normas de coexistencia comunitaria. Además, el mismo cuerpo legal, en su artículo 69, numeral 5, dispone: “El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos”.

Lo determinado es un fundamento que sirve como base para que los hijos puedan compartir con sus padres, de manera semejante, la responsabilidad de intervenir y participar en la vida de los menores es tarea tanto del padre como de la madre, desde los diversos espacios económico, social, psicológico, etcétera. Los padres tienen el deber de estar presentes en la vida de sus hijos para procurarles el pleno desarrollo físico y de su personalidad, pues son ellos quienes han de tomar las decisiones propicias para dirigir la vida del menor, orientar su desarrollo integral, intervenir en la toma de decisiones respecto de aquellas cuestiones que éste no pueda decidir por sí mismo.

En Ecuador la tenencia se encuentra regulada en el Código de la Niñez y Adolescencia y en el Código Civil, el problema que surge respecto al tema actual radica en el hecho que no existe la “tenencia compartida”, y esto vulnera el desarrollo integral del niño, pues se debe garantizar su derecho a gozar de su familia sin afectar su principio de interés superior. Con la promulgación de la Constitución de 2008, respecto a la familia, se da un avance trascendental al reconocer los diversos tipos de familia; su artículo 67 manifiesta lo siguiente:

Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

Respecto a lo expuesto en líneas anteriores la familia constituye el fundamento de la sociedad, el Estado debe garantizar la seguridad jurídica y el desarrollo integral de sus miembros, principalmente los niños, niñas y adolescentes, por las diversas posturas que en la actualidad existen sobre el tema, uno que deriva de ellos es la tenencia compartida como se conoce en Ecuador ya que en otras legislaciones toma el

INCORPORACIÓN DE LA TENENCIA COMPARTIDA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA...

nombre de custodia o guarda compartida, pues vale la pena recalcar que las fundamentaciones que se dan sobre esta temática en la actualidad está cobrando fuerza y diversa normativa internacional se encuentra regulada, pero en Ecuador no existe esta norma en la que los padres equiparen sus responsabilidades respecto de los hijos, constituyendo un problema latente en diversos ámbitos.

Según el artículo 22 del Código de la Niñez y Adolescencia, es derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes, mismo que manifiesta:

...tienen derecho a vivir y desarrollarse en su familia biológica. El Estado, la sociedad y la familia deben adoptar prioritariamente medidas apropiadas que permitan su permanencia en dicha familia. Excepcionalmente, cuando aquello sea imposible o contrario a su interés superior, los niños, las niñas y adolescentes tienen derecho a otra familia, de conformidad con la ley.¹¹

Esta ley promulga el derecho de tener una familia, que le brinde seguridad económica y que le permita desarrollarse en un ambiente de confianza y calidez. Es así como, el artículo 29 de la misma ley hace referencia a que los padres y demás personas encargadas del cuidado de los niños, niñas y adolescentes brindarán atención de salud que este a su alcance y darán cumplimiento a las prescripciones de los médicos. El artículo 100 establece: “El padre y la madre tienen iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento del hogar, en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas comunes”.

Los artículos citados anteriormente reconocen el derecho del padre y la madre de estar junto a sus hijos al existir la custodia compartida dentro de la legislación ecuatoriana se estaría garantizando el deber de velar por los hijos, proporcionándoles una formación integral a través de la educación y el cumplimiento del deber de alimentos dentro del cual se encuentran vestido, asistencia médica y vivienda.

¹¹ Código de la Niñez y Adolescencia, Ley núm. 2002-100, Congreso Nacional del Ecuador, vigencia 3 de julio de 2003.

ANA ZAMORA VÁZQUEZ

5. Patria potestad como base para la tenencia

Respecto a la patria potestad la doctrina nos ofrece varios conceptos de esta figura jurídica, Bercovitz se refiere a la misma y sostiene: “La patria potestad se puede definir como el poder que la ley otorga a los padres sobre los hijos menores de edad no emancipados para proveer a su asistencia integral”.¹²

Morán González también hace alusión al tema en cuestión y sustenta:

La patria potestad es un conjunto de derechos y deberes que los padres tienen sobre sus hijos, con el fin de procurarles las atenciones necesarias en ordena su asistencia y formación. Es decir, un derecho que se concede para el cumplimiento de los deberes de asistencia y formación integral en todos los aspectos de la vida de sus hijos.¹³

Uno de los ámbitos esenciales para este esfuerzo académico es el tema de la patria potestad según lo consagra el artículo 105 del Código de la Niñez y Adolescencia: “La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley”.¹⁴ También la patria potestad está amparada dentro del Código Civil en su artículo 283 que establece: “La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados. Los hijos de cualquier edad, no emancipados, se llaman hijos de familia; y los padres, con relación a ellos, padres de familia”.¹⁵

¹² Bercovitz, R. (coord.), *Manual de derecho civil. Derecho de familia*, Bercal, Madrid, 2007, p. 225.

¹³ Morán González, I. “El Ministerio fiscal y los sistemas de guarda y custodia: especial referencia a la custodia compartida y los criterios de atribución en beneficio del menor”, en Tapia Parreño J. J., *Custodia compartida y protección de menores. Cuadernos de Derecho Judicial II*, Madrid, 2009, p. 77.

¹⁴ *Código de la Niñez y Adolescencia*, op. cit.

¹⁵ *Código Civil Ecuatoriano*, Congreso Nacional del Ecuador, *Suplemento del Registro Oficial*, núm. 46, 24 de junio 2005.

Es importante resaltar que el cuidado de los padres ante sus hijos no emancipados es parte fundamental de su desarrollo. Son varios los factores que intervienen en cuanto al cuidado de los niños y lo que esto implica, en esta virtud el numeral dos del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia no guarda armonía con la corresponsabilidad establecida en la norma suprema puesto que manifiesta: “A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija”. En una sociedad que se supone igualitaria, existe una clara tendencia a considerar a la madre para la tenencia, lo cual desde varias perspectivas se fundamenta como una conducta abusiva y que atenta contra el principio de igualdad.

La patria potestad se deriva del derecho de filiación, pues quienes forman parte de esta figura jurídica son los hijos, los mismos que no deben tener la característica de emancipados o los hijos que tienen algún tipo de discapacidad; también forman parte los padres en ejercicio conjunto, es decir, la función dual de los progenitores respecto de sus hijos. Los padres tienen derechos y obligaciones para con sus hijos, podemos citar algunas: alimentación, educación, formación integral, entre otras.

También, se define la patria potestad como “un conjunto de derechos y deberes que los padres tienen sobre sus hijos, con el fin de procurarles las atenciones necesarias en orden a su asistencia y formación. Es decir, un derecho que se concede para el cumplimiento de los deberes de asistencia y formación integral en todos los aspectos de la vida de sus hijos”.¹⁶ La patria potestad queda configurada legalmente como la responsabilidad de los padres de procurar a los hijos las condiciones de vida adecuadas para su desarrollo integral, que engloba dimensiones físicas, mentales, morales, espirituales y también sociales.

Las reformas que se deben aplicar en este campo hacen referencia en primera instancia a buscar el interés superior del niño, a través un sistema que permita la custodia compartida, para este proceso se debe hacer un análisis propositivo que permitan la corresponsabilidad de los padres. No se puede limitar el derecho de los padres, en con-

¹⁶ Morán González, I., “El Ministerio Fiscal y los sistemas de...”, *cit.*, p. 77.

ANA ZAMORA VÁZQUEZ

junto deben velar por garantizar los derechos de los menores, pues la convivencia entre padres e hijos es vital, puesto que cumple aspectos importantes como el derecho de tener la coexistencia con los hijos y la obligación de cumplir con sus deberes y derechos.

A través de la tenencia compartida se puede lograr acuerdos entre las parejas, que permitan ejercitar los derechos de cada uno respecto de los hijos, se tiene que señalar que la figura de tenencia compartida no hace referencia a que un hijo pase semanas o meses alternos con uno de los padres, sino más bien establece un reparto equitativo, equilibrado y de calidad del tiempo en que gozan del hijo. Es por eso el menester de aplicar e implementar una normativa que regule la atención de los padres, en la cual exista un proceso consensuado de ayuda en el cual se distribuyan las cargas económicas, el cuidado y sobre todo el afecto y el tiempo de calidad que se comparta con los hijos.

La figura jurídica de la custodia compartida debe ser considerada como un elemento para regular las innovaciones de la familia en caso de disolución de un matrimonio o unión para hacer compatibles los derechos individuales de los cónyuges y sus responsabilidades parentales respecto a los hijos menores de edad, con el derecho de los hijos de mantener la relación con los dos.¹⁷

Una situación que cabe aclarar, para la mejor comprensión del tema, es la diferencia de dos figuras jurídicas como son la custodia y patria potestad. “La custodia es una figura que se liga al parentesco y filiación y se refiere a la tenencia y cuidado personal de los hijos. En cambio, la patria potestad hace referencia al conjunto de derechos y obligaciones que tiene los padres con los hijos y contempla algunas regulaciones como la capacidad de representarlos legalmente, autorizar el desplazamiento dentro y fuera del país además de administrar sus bienes”.¹⁸ La ley también confiere la patria potestad a terceras personas, instituciones o centros de acogida.

¹⁷ Gete Alonso y Calera, M. C. y Solé Resina, J. (Coords.), *Custodia compartida. Derechos de los hijos y de los padres*, Navarra, Ed. Aranzadi, Thomson Reuters (Legal), 2015, p. 30.

¹⁸ Morales, Helena, “La custodia compartida: un análisis desde la perspectiva de género y derecho”, *Revista Justicia*, 2011, pp. 56-70.

Estas leyes facultan a los padres para que puedan llevar un ambiente equilibrado y conforme a lo que establece el artículo 100 del Código de la Niñez y Adolescencia¹⁹ en el cual se ratifica la igualdad entre los padres en el mantenimiento del hogar. El artículo 101 del mismo Código establece los derechos y deberes recíprocos de la relación parental:

Los progenitores y sus hijos se deben mutuamente afecto, solidaridad, socorro, respeto y las consideraciones necesarias para que cada uno pueda realizar los derechos y atributos inherentes a su condición de persona y cumplir sus respectivas funciones y responsabilidades en el seno de la familia y la sociedad.²⁰

Este artículo instituye la correlación que debe existir entre los padres y los hijos como un fin que representa igualdad de derechos y ayuda mutua para la consecución de estos. Es este el fundamento o el cimiento en el que se ensalza la “tenencia compartida”, en la igualdad de funciones que tienen los padres, pese a una ruptura de la pareja, velar por la integridad de los menores, compartir la vida cotidiana, darle un soporte emocional y físico, deben ser las mayores garantías en un proceso de tenencia compartida.

El hecho de reconocer una tenencia compartida enmarca aspectos necesarios en los progenitores como actitud, capacidad, apertura al diálogo, con la finalidad de evitar conflictos en el entorno familiar que puedan afectar a los menores, pues tratar la tenencia compartida consiste en el tiempo de estancia de los hijos con los padres, siendo este el problema de fondo, pues el ejercicio de la responsabilidad parental es esencial, el acuerdo de los padres sobre los aspectos relativos a los hijos cobra un rol fundamental, caso contrario se multiplicarán los conflictos de los padres respecto a alimentos, vestimenta, medicinas, educación, entre otros. Dentro de este contexto, surge la interrogante ¿es lo mismo tenencia compartida que régimen de visitas amplio? Es una situación diferente, pero se plantea de manera frecuente. En el acuerdo

¹⁹ Artículo 100. Corresponsabilidad parental. El padre y la madre tienen iguales responsabilidades en la dirección y el mantenimiento del hogar, en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas comunes.

²⁰ Código de la Niñez y Adolescencia, *op. cit.*

ANA ZAMORA VÁZQUEZ

de las partes se instituye la tenencia exclusiva a favor de un progenitor, generalmente es la madre, pero se cuenta con un régimen de visitas bastante amplio, hasta el punto de que incluso puede decirse que se prevé que el menor pase el mismo tiempo con uno y otro progenitor; sin embargo, al tratarse de un régimen de tenencia exclusiva, se establece deber de abonar alimentos. Por otro lado, se consagra en el artículo 102 del citado código²¹ los deberes específicos de los progenitores que aborda la esencia misma de la tenencia de los hijos las obligaciones de los padres. Como lo establece el artículo mencionado los padres tienen deberes significativos como la alimentación de los hijos, es decir, proporcionar al menor lo necesario para su desarrollo y subsistencia tanto física como intelectual; el deber de educar y proporcionar una formación integral; el deber de velar por los hijos proveyendo sus necesidades emocionales y vigilando constantemente sus intereses.

6. La tenencia compartida en el derecho comparado

Los países, en la actualidad, han buscado sistemas de responsabilidad parental compartida, por lo que se han estructurado leyes con el fin

²¹ Los progenitores tienen el deber general de respetar, proteger y desarrollar los derechos y garantías de sus hijos e hijas. Para este efecto están obligados a proveer lo adecuado para atender sus necesidades materiales, psicológicas, afectivas, espirituales e intelectuales en la forma que establece este código:

1. Proveer a sus hijos e hijas de lo necesario para satisfacer sus requerimientos materiales y psicológicos, en un ambiente familiar de estabilidad, armonía y respeto.
2. Velar por su educación por lo menos en los niveles básico y medio.
3. Inculcar valores compatibles con el respeto a la dignidad del ser humano y al desarrollo de una convivencia social democrática, tolerante, solidaria y participativa.
4. Incentivar en ellos el conocimiento, la conciencia, el ejercicio y la defensa de sus derechos, reclamar la protección de dichos derechos y su restitución si es el caso.
5. Estimular y orientar su formación y desarrollo culturales.
6. Asegurar su participación en las decisiones de la vida familiar, de acuerdo con su grado evolutivo.
7. Promover la práctica de actividades recreativas que contribuyan a la unidad familiar, su salud física y psicológica.
8. Aplicar modelos preventivos compatibles con los derechos del niño, niña y adolescente.
9. Cumplir con las demás obligaciones que se señalen en este código y más leyes”.

de establecer regímenes a favor de la igualdad de la madre y el padre, estas normativas constituyen equidad para los progenitores respecto al cuidado de los menores; además, han permitido el desarrollo de planes, programas y proyectos, encaminados al bien común, al desarrollo integral de los hijos y la implementación de acuerdos de participación que incluyan el establecimiento de deberes conjuntos para los padres. Este proceso que ha evolucionado y ha permitido que hoy en día en más países se debatan leyes que reconozcan la tenencia o custodia compartida con el objeto de que se protejan los derechos de los padres a dar una formación integral a los hijos de forma conjunta a pesar de una separación.

A. Unión Europea

TABLA 1

<i>País</i>	<i>Ley</i>	<i>Fecha</i>
Francia	2002 -305	4 de marzo
Portugal	61/2008	31 de octubre
España	15/2005	8 de julio

Elaborado por: Abg. Ana Zamora

a. Francia

En 2001, Ségolène Royal, ministra delegada de la familia y la infancia del gobierno francés, presentó un proyecto sobre la tenencia compartida de los hijos que titulaba: “La reforma de la autoridad parental: los nuevos derechos de las familias”, aludiendo a que los progenitores tienen derecho de compartir con el niño de igual manera con esta afirmación suprimiendo el derecho de visita, la nueva ley No. 2002 - 305 entró en vigencia el 4 de marzo de 2002, manifestando en su artículo 372-2.- inciso segundo “Tanto el padre como la madre deberán mantener relaciones personales con el niño y respetar los vínculos de éste

ANA ZAMORA VÁZQUEZ

con el otro progenitor”. En este texto el legislador más que referirse a tenencia compartida lo hace a la coparentalidad, esta normativa tiene como base el interés superior del niño y la responsabilidad compartida en igualdad de condiciones para los padres e incluso establece como domicilio del menor el de cada uno de sus padres.

b. Portugal

En Portugal, a partir del 2008, con la Ley 61/2008, la regla aplicable es la misma que la que rige durante la convivencia: el ejercicio conjunto de las responsabilidades parentales por los padres con independencia de si han conseguido o no un acuerdo en este sentido. Una situación particular radica en esta legislación respecto a las decisiones de la vida del menor después de la separación o divorcio de los padres, por cuanto el artículo 1906²² del Código no establece de manera precisa la tenencia compartida, la disposición es ambigua, así lo establece la jurisprudencia portuguesa en el proceso 996/16.OT8BCL-D.G1 en su tercer apartado:

Aunque la ley (artículo 1906 del CC) no contempla expresamente la hipótesis de custodia compartida, en el sentido de residencia alternada con uno y otro de los progenitores, creemos también que no la prohíbe, a pesar de la redacción de los apartados 3 y 5, (residencia con uno de los progenitores y no con los dos), siempre que haya acuerdo en ese punto entre los progenitores o se demuestre que es la única solución que satisface el interés de los niños.

²² 1. Mientras se obtenga el acuerdo de los padres, ambos ejercen la responsabilidad de los padres, decidir sobre cuestiones relacionadas con la vida del niño en condiciones idénticas a las vigentes para ese efecto sobre la constancia del matrimonio.

² En ausencia de un acuerdo de los padres, el tribunal, por decisión razonada, debe determinar esa autoridad parental es ejercida por el padre a quien se le confía el niño.

³ En el caso previsto en el párrafo anterior, los padres pueden acordar que ciertos asuntos son resueltos entre los dos o que la administración de los bienes del niño es asumida por el padre para en quien sea que se haya confiado el menor.

⁴ El padre que no ejerce la autoridad parental tiene el poder de controlar la educación y condiciones de vida del niño.

INCORPORACIÓN DE LA TENENCIA COMPARTIDA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA...

c. *España*

El Código Civil español introdujo la custodia compartida en el año 2005 cuando fue reformado, esta figura jurídica ha sido limitada por varios requisitos que necesitan ser ajustados en esta legislación. El Código Civil en su artículo 92 numeral 5 manifiesta: Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

La Ley 15/2005, introduce de manera explícita la custodia compartida, los padres proponen esta figura jurídica, pero es el juez quien aprueba su fundamento siempre y cuando lo estime conveniente, debe existir un convenio regulador, en el que consten aspectos entre las partes como lo personal y económico, respecto de los hijos. Es importante dar a conocer que España tiene una legislación estatal sobre el tema, pero existen Comunidades Autónomas que han regulado la custodia compartida como una normativa accesorias, entre estas tenemos: Aragón, Cataluña, Navarra, Valencia y País Vasco.

TABLA 2

<i>Comunidad autónoma</i>	<i>Ley de Custodia Compartida</i>
Aragón	Ley 2/2010
Cataluña	Ley 25/2010
Navarra	Ley 3/2011
Valencia	Ley 5/2011
País Vasco	Ley 7/2015

Elaborado por: Abg. Ana Zamora

ANA ZAMORA VÁZQUEZ

B. América Latina

TABLA 3

<i>País</i>	<i>Ley</i>	<i>Fecha</i>
Chile	20.680	
Argentina	26.994	Promulgado el 07/10/2014
México	Código Civil Federal	Ultima reforma 03/06/2019

Elaborado por: Abg. Ana Zamora

a. Chile

En el Estado chileno la tenencia compartida más conocida como tuición compartida o “Ley de Amor de Padre”, tiene como finalidad que los padres tengan una relación de igualdad respecto de los hijos, pues con esta ley se apertura la posibilidad de realizar una crianza en conjunto, la responsabilidad recae sobre el padre y la madre. A la vez, se da lugar a la corresponsabilidad de los progenitores. La Ley No. 20.680 constituye consecuencias importantes en materia de filiación, pues, respecto a la patria potestad establece el ejercicio simultáneo de los padres en la misma, es decir, la tarea de los padres es compartir todo lo relacionado a los menores siempre bajo la perspectiva de garantizar el interés superior del menor así lo establece el artículo 225²³ del Código Civil Chileno.

²³ Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida. El acuerdo se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil y deberá ser subinscrito al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento. Este acuerdo establecerá la frecuencia y libertad con que el padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos y podrá revocarse o modificarse cumpliendo las mismas solemnidades.

El cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad.

b. *Argentina*

La custodia compartida también está regulada en la legislación argentina a través del Código Civil y Comercial de la Nación, el artículo 650 establece las modalidades del cuidado personal compartido, es decir, la repartición del tiempo de coexistencia del hijo menor de edad con sus padres. Los periodos de tiempo deben ser equivalentes; éstos para fijarse deberán realizarse por el juez en un acuerdo con las partes, permitiendo el desarrollo integral del menor.

c. *México*

En México, el Código Civil Federal, reformado el 3 de junio de 2019, en su artículo 416 manifiesta:

En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente oyendo al Ministerio Público, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

De acuerdo a lo establecido en este artículo en caso de ser separados o divorciados los padres, la decisión sobre quien obtendrá la custodia o en caso de ser compartida los progenitores deben llegar a un acuerdo con el fin de determinar con quién vivirán los menores o arreglar los periodos en que vivirán con uno u otro, de la misma forma se debe convenir aspectos relativos alimentos, de encontrarse ante esta situación el juez que tiene la competencia del caso aprobará acordado los padres, si no existe una situación contraria al principio de interés superior del o los menores.

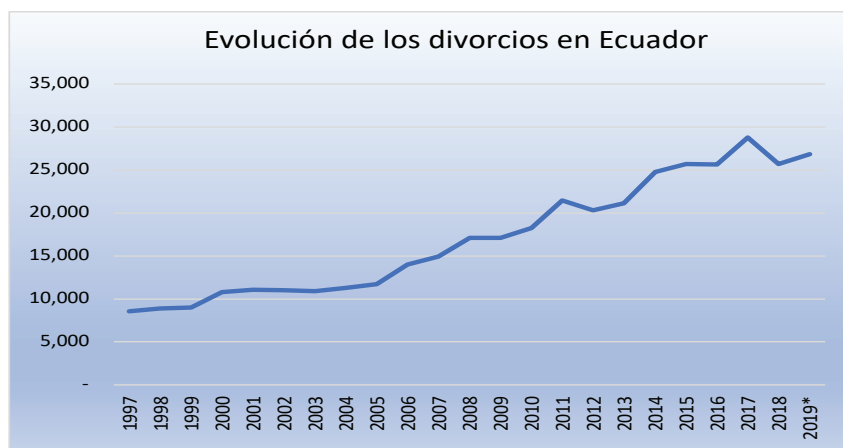
ANA ZAMORA VÁZQUEZ

7. Aspectos relevantes para regular la tenencia compartida en la legislación ecuatoriana

En el ámbito internacional resultan especialmente relevantes los artículos 7.1 y 9.3 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. El primero reconoce el derecho del niño a ser cuidado por ambos progenitores, mientras que el segundo recoge el derecho de los menores que se encuentren separados de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y tener un contacto directo con ellos —exceptuándolo exclusivamente en aquellos casos en los que ello pueda resultar contrario a su interés—.

Muchas legislaciones han avanzado sobre el tema como lo hemos demostrado en líneas anteriores, sin embargo, la legislación ecuatoriana se queda escueta al momento de tratar el tema de custodia compartida, pues no existe esta figura en Ecuador, ocasionando que los padres no puedan ejercer la corresponsabilidad parental que establece la Carta Suprema, por lo tanto, falta reformar el Código de la Niñez y Adolescencia así como el Código Civil para garantizar la convivencia en igualdad de condiciones de los progenitores con los hijos y establecer una seguridad jurídica a los intervinientes en este proceso.

GRÁFICO 1



FUENTE: Elaboración propia con datos del INEC- Ecuador.

Los últimos datos que ha proporcionado el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), reflejan una alta tasa de divorcios en los datos presentados hasta 2019 existen 26,815,²⁴ en base a estos datos se debe adaptar la parte jurídica a la realidad de la sociedad ecuatoriana.

Como se puede observar en el gráfico, en Ecuador los divorcios han aumentado con el paso de los años, el análisis se puede realizar desde 1997 que a nivel nacional existieron 8,557 divorcios, para 2010 consta una cantidad de 18,231, y para el 2019 encontramos 26,815 casos de divorcios, situación alarmante para el tema en estudio, puesto que se convierte en un problema, en la mayoría de casos tienen hijos menores de edad que deben contar con la corresponsabilidad de los progenitores, situación que evidencia el hecho que regular la tenencia compartida para garantizar el interés superior del menor.

Con la regulación de la tenencia compartida en el Ecuador se reconocerá la reciprocidad de derechos de padres e hijos pues se garantizará el contacto directo y continuado, donde los padres puedan ofrecer a los menores estabilidad física y emocional; pues este es un derecho que nace de la propia familia; además, se estaría garantizando el derecho de los padres la igualdad de relaciones para con sus hijos, “el principio de igualdad fija el criterio conforme al cual hay que organizar, como regla, el derecho de los hijos a relacionarse regularmente con sus padres, lo que encuentra una manifestación legal en la preferencia que la ley concede a la custodia compartida”.²⁵

Existen argumentos suficientes y relevantes para que en Ecuador se inserte la custodia compartida pues los padres necesitan estar presentes en la vida de los hijos para la toma de decisiones, para compartir obligaciones respecto a la crianza por la calidad de tiempo que los hijos compartirán tanto con el padre como con la madre, en resumidas cuentas, es la mejor forma de garantizar que los menores puedan convivir con sus padres a pesar de un divorcio. La colaboración conjunta permitirá un desarrollo integral para que el menor pueda gozar de seguridad y confianza.

²⁴ INEC, *Registro Estadístico de Matrimonios y Divorcios*, 2018, p. 9.

²⁵ Martínez de Aguirre y Aldaz, C., “Nuevas perspectivas sobre el derecho de familia”, *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 26, 2005, p. 480.

ANA ZAMORA VÁZQUEZ

En Ecuador existe el proyecto de reforma al Código de la Niñez y Adolescencia a fin de incorporar la custodia compartida, siendo iniciativa del asambleísta Gilberto Guamangate, pero fue negado por no cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 136 de la Constitución y 56 numeral 3 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa.

En la actualidad, la custodia compartida es el medio de convivencia en el que mejor se desenvuelve la coparentalidad, pues al ser ejercida de forma responsable permitirá un desarrollo integral del menor, esta debe realizarse a través de un acuerdo en el que exista una colaboración completa de los progenitores respecto de todos los aspectos que esta conlleva.

Vale la pena recalcar que la custodia compartida descansa sobre tres principios fundamentales: el interés superior del niño, la igualdad respecto de los progenitores y la corresponsabilidad, los mismos que deben estar interconectados con la finalidad de conseguir la estabilidad del menor. Incluir en la normativa ecuatoriana esta figura jurídica permitirá que los hijos puedan disfrutar de sus padres de manera equitativa, desde diversas perspectivas se pueden equiparar las responsabilidades, respecto de los gastos, la educación, es decir, permite una visión conjunta y a la vez evita disputas o conflictos contribuyendo a que el menor se encuentre en un ambiente de armonía.

Por lo tanto, tanto el Código Civil como al Código de la Niñez y Adolescencia en Ecuador prescinde de la noción de custodia compartida, por lo que resulta necesario ofrecer que esta figura jurídica conste en la legislación ecuatoriana, al ser uno de los temas más debatidos en la actualidad y sobre todo que permita el desarrollo integral del menor a través de la convivencia recíproca con sus padres, de esta forma se logrará un avance legislativo trascendente en el Derecho de Familia.

8. Interés superior del menor

El principio del interés superior del niño es trascendental pues posee un reconocimiento universal, la palabra interés tiene como esencia importar, superior que está por encima de otros derechos y niño un ser humano que es comprendido desde su nacimiento hasta su adolescencia.

La Constitución del Ecuador, en su artículo 44, expresa:

El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.

Al respecto, Bonnar menciona:

El interés del menor puede ser visto desde un concepto tradicional, que lo considera como una persona protegida, o desde un punto de vista moderno, a través del cual se le visualiza como una persona autónoma. La primera forma es difícilmente conciliable con las necesidades de autonomía del adolescente cuyo interés es de ser ayudado a adquirir, paso a paso, su identidad como persona adulta autónoma, reconociéndole derechos y libertades que pueda ejercer por sí mismo.²⁶

El interés superior del menor es preponderante dentro de la tenencia compartida, los derechos de los niños son garantizados cuando pueden gozar de la figura paterna y materna en igualdad de condiciones, pues la finalidad de la tenencia radica en precautelar el bienestar del menor, el efecto de la compartir la custodia del menor consiste en que se desarrolle en un ambiente adecuado, pues se debe garantizar la estabilidad y la seguridad que lo ayuden a desarrollarse en un contexto propicio con la presencia de ambos progenitores con la finalidad de no fragmentar la relación familiar sino al contrario buscar la forma óptima de que en la etapa de su desarrollo cuente con la presencia de padre y madre.

²⁶ Bonnard, Jérôme, La garde du mineur et son sentiment personnel, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, año 90, núm. 1, 1991, p. 49.

ANA ZAMORA VÁZQUEZ

9. Conclusión

La legislación ecuatoriana debe implementar la custodia compartida, con la finalidad de hacer efectivo el derecho de los hijos a convivir con sus progenitores a pesar de tener una separación o divorcio. Con la regulación de esta figura jurídica se garantiza el principio de igualdad para los padres, demostrando que tanto el hombre como la mujer se encuentran en condiciones de velar por la formación integral de los menores. Además, nuestra normativa se actualizaría, dando un paso importante en la protección de los derechos de familia, equiparando de esta manera lo establecido en la Constitución de la República del 2008 con las leyes orgánicas y ordinarias que deben ser actualizadas para garantizar la seguridad jurídica de los hijos como de los padres.

10. Bibliografía

- BERCOVITZ, R. (coord.): *Manual de derecho civil. Derecho de familia*, Madrid, Bercal, 2007.
- BOLAÑOS, Iñaki, *Psicopatología clínica, legal y forense*, vol. 15, 2015.
- BONNARD, Jérôme, “La garde du mineur et son sentiment personnel”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, núm 1, año 90, 1991.
- CASTAN, José. La patria potestad, *Revista de Derecho Privado*, España, 1960.
- Código Civil Ecuatoriano, Congreso Nacional del Ecuador, *Suplemento del Registro Oficial*, núm. 46, 24 de junio 2005.
- Código de la Niñez y Adolescencia, Ley No. 2002-100, *Congreso Nacional del Ecuador*, 2003.
- Constitución de la República del Ecuador, *Asamblea Constituyente, Montecristi*, 2008, Registro Oficial No. 449.
- Declaración Universal de los Derechos del Niño, *Organización de las Naciones Unidas*, 1959.
- GETE ALONSO Y CALERA, M. C. y SOLÉ RESINA, J. (coords.), *Custodia compartida. Derechos de los hijos y de los padres*, Navarra, Aranzadi, Thomson Reuters (Legal), 2015.

- IGLESIAS MARTIN, Carmen Rosa, *La custodia compartida. Hacia una corresponsabilidad parental en el plano de la igualdad*, España, Tirant to Blanch, 2019.
- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, *Registro Estadístico de Matrimonios y Divorcios*, 2018.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Nuevas perspectivas sobre el derecho de familia”, *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 26, 2005.
- MONROY, Marco, *Derecho de familia y de menores*, Colombia, Editorial ABC, 2003.
- MORALES, Helena, “La Custodia compartida: un análisis desde la perspectiva de género y derecho”, *Revista Justicia*, 2011.
- MORÁN GONZÁLEZ, I., “El Ministerio fiscal y los sistemas de guarda y custodia: especial referencia a la custodia compartida y los criterios de atribución en beneficio del menor”, en TAPIA PARREÑO, J. J., *Custodia compartida y protección de menores*, Cuadernos de Derecho Judicial II, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Centro de documentación Judicial, 2009.
- ORTUÑO, P., *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, Navarra, Civitas, 2006.
- Real Academia de la Lengua Española, disponible en: <https://dle.rae.es/?w=corresponsabilidad>.
- SALZBERG, Beatriz, *Los niños no se divorcian*, México, Beas, 1993.