

**HOMENAJE AL DOCTOR
JORGE ALFREDO DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ
POR EL COLEGIO DE PROFESORES
DE DERECHO CIVIL
FACULTAD DE DERECHO-UNAM**

**COORDINADOR
ÁNGEL GILBERTO ADAME LÓPEZ**

HOMENAJE AL DOCTOR
JORGE ALFREDO DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ

HOMENAJE AL DOCTOR
JORGE ALFREDO
DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ

POR EL

COLEGIO DE PROFESORES DE
DERECHO CIVIL
FACULTAD DE DERECHO-UNAM

Coordinador

ÁNGEL GILBERTO ADAME LÓPEZ

COLEGIO DE PROFESORES
DE DERECHO CIVIL FACULTAD
DE DERECHO-UNAM

México, 2016

Primera edición: 2016
Homenaje al doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez

Copyright © 2016
COLEGIO DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL
FACULTAD DE DERECHO-UNAM

Derechos reservados

ISBN obra independiente: 978-607-00-9949-6

Queda prohibida la reproducción parcial o total de esta publicación por cualquier medio de reproducción sin previa autorización del editor.

Las opiniones expresadas así como los contenidos son responsabilidad de los autores.

Impreso en México / *Printed in Mexico*

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	XI
Ángel Gilberto Adame López	
LA AUTODEFENSA Y EL DERECHO DE RETENCIÓN.....	1
Ángel Gilberto Adame López	
GENERALIDAD, SUPLETORIEDAD Y SISTEMÁTICA DEL CÓDIGO CIVIL.....	15
José Barroso Figueroa	
HACIA UN NUEVO PARADIGMA DE LA HERMENÉUTICA JURÍDICA EN MÉXICO .	31
Alfredo Bazúa Witte	
ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO AL PODER O MANDATO IRREVOCABLE.	45
Miguel Ángel Beltrán Lara	
LA TEORÍA INTEGRAL DE LA APARIENCIA JURÍDICA Y LA FIGURA DE LA APARIENCIA DE BUEN DERECHO. EN LA NUEVA LEY DE AMPARO, REGLAMENTARIA DE LOS ARTÍCULOS 103 Y 107 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS	63
Raquel Sandra Contreras López	
LA TUTELA CAUTELAR ¿ES UN MEDIO EFECTIVO PARA LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA Y BIENES DE QUIEN DEJA DE SER CAPAZ? ¿SU EJERCICIO DEBE LIBERALIZARSE?	89
Carlos de Pablo Serna	
EL USUFRUCTO COMO OBJETO DEL IMPUESTO SOBRE ADQUISICIÓN DE INMUEBLES.....	101
Alejandro Domínguez García Villalobos	
COMENTARIOS A LA FRACCIÓN VII DEL ARTÍCULO 91 DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES ADICIONADA EL 13 DE JUNIO DE 2014	115
Jorge Alfredo Domínguez García Villalobos	

LA PROBLEMÁTICA DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO POR RESPONSABILIDAD CIVIL EN MÉXICO.....	131
Antonio Fernández Fernández	
SOBRE LA ILICITUD Y LA ANTIJURICIDAD.....	145
Patricio Garza Bandala	
OBLIGACIONES CONDICIONALES	161
Roberto Garzón Jiménez	
SOBRE LA OponIBILIDAD NATURAL Y REGISTRAL DE DERECHOS REALES Y PERSONALES, EN EL DERECHO CIVIL DE LA CIUDAD DE MÉXICO	175
Claudio Hernández de Rubín	
EL CONCUBINATO EN LA CIUDAD DE MÉXICO SE MANTIENE PARA HOMBRE Y MUJER	231
Alejandro Márquez Murillo	
FUSIONES HISTÓRICAS DE PREDIOS. ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE LA ESCRITURA DE SU FORMALIZACIÓN PARA EFECTOS DE SU INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO PÚBLICO DE LA PROPIEDAD COADYUVANDO A LA REGULARIZACIÓN DE PREDIOS EN NUESTRA CIUDAD ...	253
Guillermo Oliver Bucio	
LA CONDICIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS FÍSICAS EXTRANJERAS EN MÉXICO HOY EN DÍA	269
Pascual Alberto Orozco Garibay	
EL DERECHO A MASA HEREDITARIA, UN ANÁLISIS CRÍTICO-PROPOSITIVO ACERCA DE SU NATURALEZA JURÍDICA.....	305
Ariel Ortiz Macías y José Antonio Sánchez Barroso	
LA PARTICIPACIÓN DE LOS COLEGIOS E INSTITUCIONES NOTARIALES EN LA DEONTOLOGÍA.....	341
Javier Pérez Almaraz	
LA VOLUNTAD APTA PARA PRODUCIR UN ACTO JURÍDICO	355
José Luis Quevedo Salceda	
TEORÍA DE LA CAUSA. LA CAUSA DEL PROBLEMA DE LA CAUSA ES LA CAUSA MISMA.....	367
Javier Salazar Hernández	

EL CONTRATO DE FIANZA, UN CONTRATO EN EXTINCIÓN.....	381
Oscar Solís Arana	
EL CONTRATO DE DONACIÓN.....	395
Vicente Solís Arana	
EL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO Y LA NATURALEZA DE SUS FIDEICOMISARIOS	407
Marco Antonio Vaca Vélez	

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	XI
Ángel Gilberto Adame López	
LA AUTODEFENSA Y EL DERECHO DE RETENCIÓN	1
Ángel Gilberto Adame López	
I. Introducción	1
II. Definición del derecho de retención	1
III. Casos en que puede manifestarse	3
IV. Prohibiciones al derecho de retención	4
V. Procedencia del derecho de retención	5
VI. Naturaleza jurídica del derecho de retención	5
VII. Facultades y obligaciones que nacen del derecho de retención	10
VIII. El derecho de retención dentro de la teoría del patrimonio	11
IX. El derecho de retención como forma autodefensiva	12
GENERALIDAD, SUPLETORIEDAD Y SISTEMÁTICA DEL CÓDIGO CIVIL	15
José Barroso Figueroa	
I. Introducción	15
II. Generalidad del Código Civil	16
III. Supletoriedad del Código Civil	21
IV. Sistemática del Código Civil	23
HACIA UN NUEVO PARADIGMA DE LA HERMENÉUTICA JURÍDICA EN MÉXICO .	31
Alfredo Bazúa Witte	
I. Introducción	31
II. El neoconstitucionalismo mexicano	31
A. Apertura del catálogo de derechos humanos	32
B. Obligaciones de las autoridades	33
C. Principios de interpretación	33
D. Nuevas pautas de interpretación	35
III. Los derechos fundamentales a la luz de la teoría de Ronald Dworkin .	35
IV. Conclusiones	40
V. Bibliografía	42

ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO AL PODER O MANDATO IRREVOCABLE. . . .	45
Miguel Ángel Beltrán Lara	
I. La representación	45
II. El poder.	47
III. El mandato.	49
A. Requisitos de existencia del mandato	51
B. Elementos de validez del mandato.	52
IV. Funcionamiento del poder o mandato irrevocable en la práctica	54
V. Terminación del poder irrevocable	60
VI. Conclusiones	61
LA TEORÍA INTEGRAL DE LA APARIENCIA JURÍDICA Y LA FIGURA DE LA APARIENCIA DE BUEN DERECHO EN LA NUEVA LEY DE AMPARO, REGLAMENTARIA DE LOS ARTÍCULOS 103 Y 107 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS	63
Raquel Sandra Contreras López	
I. Antecedentes de la apariencia jurídica	63
II. Significado coloquial de la palabra apariencia	64
III. Concepto de apariencia, en sentido amplio o genérico	64
IV. Concepto jurídico de la palabra apariencia	65
V. Apariencia que resulta coincidir con la realidad	66
VI. Apariencia que resulta no coincidir con la realidad o apariencia aparente.	67
VII. Datos sociales conforme a los cuales tiene eficacia la figura de la apariencia, en el ámbito del derecho	67
VIII. Protección de la apariencia en el derecho romano	68
IX. Protección de la apariencia en el derecho germano	68
X. La apariencia en el ámbito doctrinario	69
XI. Repercusión de la figura de la <i>gewere</i> en el conocido como Código Civil de 1928	70
XII. La apariencia en el ámbito del derecho sustantivo civil.	72
XIII. La apariencia en el ámbito del derecho adjetivo civil.	73
XIV. Propuesta de regulación de la apariencia jurídica, de manera independiente del hecho jurídico de la posesión de derechos tangibles e intangibles	73
XV. Propuesta personal de una teoría integral de la apariencia jurídica. . .	74
XVI. Antecedentes jurisprudenciales de la apariencia de buen derecho. . . .	75
XVII. Regulación de la figura apariencia de buen derecho, en la actual Ley de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	77
XVIII. Propuesta de la regulación sistemática y científica de la apariencia jurídica, en la Ley de Amparo.	83
XIX. Conclusiones	84

LA TUTELA CAUTELAR

¿ES UN MEDIO EFECTIVO PARA LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA Y BIENES DE QUIEN DEJA DE SER CAPAZ? ¿SU EJERCICIO DEBE LIBERALIZARSE? .	89
Carlos de Pablo Serna	
I. La cuestión y la propuesta	89
II. Algo de historia	92
III. Algunos conceptos	93
IV. Representación y tutela, representación voluntaria y legal	96
V. Bibliografía	99

EL USUFRUCTO COMO OBJETO DEL IMPUESTO SOBRE ADQUISICIÓN

DE INMUEBLES	101
Alejandro Domínguez García Villalobos	
I. Introducción	101
II. Generalidades del usufructo	101
A. Concepto	101
B. Clasificación	102
C. Formas de extinción	104
III. El Impuesto Sobre Adquisición de Inmuebles	105
A. Primera etapa 1942 a 1981	106
B. Segunda etapa. De 1982 a 1999	107
C. Tercera etapa. De 2000 a 2004	108
D. Cuarta etapa. Del 2005 a la fecha (2016)	109

COMENTARIOS A LA FRACCIÓN VII DEL ARTÍCULO 91 DE LA LEY GENERAL

DE SOCIEDADES MERCANTILES ADICIONADA EL 13 DE JUNIO DE 2014	115
Jorge Alfredo Domínguez García Villalobos	

LA PROBLEMÁTICA DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO POR RESPONSABILIDAD
CIVIL EN MÉXICO

	131
Antonio Fernández Fernández	
I. Planteamiento	131
II. Tipos de responsabilidad	134
A. La responsabilidad subjetiva	134
B. La responsabilidad objetiva	135
III. Elementos de la responsabilidad civil	136
A. El incumplimiento de una obligación	136
B. La generación de un daño o un perjuicio	136
C. La vinculación causa-efecto	137
D. Dolo o culpa del deudor	138
IV. Monto de la responsabilidad civil	139
V. Excluyentes de responsabilidad	140
VI. Convenio de exclusión de responsabilidad	141

VII. Funciones de la responsabilidad civil	142
A. Función preventiva	142
B. Función compensatoria	142
C. Función distributiva	142
VIII. Tendencias actuales de la responsabilidad civil	143
SOBRE LA ILICITUD Y LA ANTIJURIDICIDAD	145
Patricio Garza Bandala	
I. Planteamiento del problema	145
II. Elementos constitutivos de la responsabilidad civil subjetiva. Especial énfasis en el concepto de ilicitud	146
III. Elementos constitutivos del delito. La antijuridicidad y la función seleccionadora del tipo penal	147
IV. Comparación entre la ilicitud y la antijuridicidad. Sus pretendidas diferencias	150
V. Diferencias en cuanto a las sanciones	151
VI. Causas de exclusión de la antijuridicidad para ilícitos civiles	154
VII. La obligación de indemnizar y la reparación del daño. Identidad	155
VIII. Conclusiones	159
OBLIGACIONES CONDICIONALES	161
Roberto Garzón Jiménez	
I. Concepto	161
II. Tipos de condición	162
A. Condición suspensiva	163
1. La suspensión del nacimiento de la obligación o postura tradicional	163
2. Suspensión de exigibilidad	164
3. Suspensión del nacimiento del acto jurídico	167
B. Condición resolutoria	167
III. Retroactividad	168
IV. Especies de condiciones	171
A. Positivas y negativas	171
B. Potestativa, casual y mixta	171
C. Lícita o ilícita	172
D. Posible e imposibles	172
V. Riesgos	173
SOBRE LA OponIBILIDAD NATURAL Y REGISTRAL DE DERECHOS REALES Y PERSONALES, EN EL DERECHO CIVIL DE LA CIUDAD DE MÉXICO	175
Claudio Hernández de Rubín	
I. Introducción	175
II. El deber general de respeto	175

A. Justificación teleológica	175
B. Desarrollo Teórico	176
C. Concepto y características	179
D. Diferencia entre el derecho personal y el derecho real	180
1. Concepto de derecho personal	180
2. Concepto de derecho real	181
a) En cuanto a su objeto	182
b) En cuanto al número de sujetos	183
3. Oponibilidad del derecho real y del derecho personal	184
a) Oponibilidad del derecho real	184
b) Oponibilidad del derecho personal	188
E. El deber general de respeto generado por el derecho personal	193
F. Solo existe prerrogativa de preferencia en el derecho personal	195
III. La oponibilidad y la inoponibilidad	197
A. Concepto de oponibilidad	197
B. Elementos del concepto	197
1. Generalidad	197
2. Caracteriza los efectos del hecho jurídico	197
3. Consiste en gozar del deber general de respeto	198
C. La inoponibilidad	198
D. Características	198
1. Excepcionalidad	198
2. Hace ineficaces los efectos del hecho jurídico sancionado	199
3. Relatividad	200
4. La fecha cierta	201
IV. La oponibilidad natural del derecho real y del derecho personal	205
A. Oponibilidad entre derechos reales	205
B. Oponibilidad entre derechos personales	205
C. Oponibilidad del derecho real frente al derecho personal	207
V. La oponibilidad del derecho real y del derecho personal en el Registro Público de la Propiedad	208
A. La oponibilidad en el Registro Público de la Propiedad	208
1. Principio general	208
2. Hechos jurídicos registrables	208
3. Hechos jurídicos no registrables	210
4. Los hechos jurídicos registrables y no registrados	211
5. Tercero para efectos registrales	214
6. La oponibilidad natural de los hechos jurídicos registrables	216
7. La inoponibilidad registral como régimen de excepción	217
B. La oponibilidad registral	218
1. Oponibilidad entre derechos reales	218
2. Oponibilidad entre derechos personales	223
3. Oponibilidad del derecho real frente al derecho personal	224

EL CONCUBINATO EN LA CIUDAD DE MÉXICO SE MANTIENE PARA HOMBRE Y MUJER	231
Alejandro Márquez Murillo	
Agradecimiento	231
I. Motivos del legislador	232
II. Evolución en general de su regulación	234
III. Regulación actual del concubinato	234
IV. Evolución de la hipótesis normativa	242
V. Comentarios a los artículos que contienen la hipótesis normativa. Conclusiones	244
VI. Reflexiones sobre temas relacionados	249
FUSIONES HISTÓRICAS DE PREDIOS. ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE LA ESCRITURA DE SU FORMALIZACIÓN PARA EFECTOS DE SU INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO PÚBLICO DE LA PROPIEDAD COADYUVANDO A LA REGULARIZACIÓN DE PREDIOS EN NUESTRA CIUDAD ...	253
Guillermo Oliver Bucio	
I. Introducción	253
II. Evolución del marco jurídico	254
A. Periodo de la absoluta autonomía de la voluntad (¿? -7 de enero de 1976).....	259
B. Periodo de la limitación a la autonomía de la voluntad (7 de enero de 1976-a la fecha)	261
LA CONDICIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS FÍSICAS EXTRANJERAS EN MÉXICO HOY EN DÍA	269
Pascual Alberto Orozco Garibay	
I. Extranjeros Personas Físicas	269
A. Concepto y generalidades	269
II. Nueva regulación a los extranjeros	270
III. Requisitos para que los extranjeros puedan internarse al país	271
A. Concepto y tipos de visas	272
IV. Condiciones de estancia en el país	273
A. Visitante	273
B. Residente temporal	274
C. Residente permanente	275
V. Equiparaciones de las calidades migratorias con las condiciones de estancia	276
VI. Diplomáticos, funcionarios consulares y representantes oficiales de otros Estados	278
VII. Derechos de los extranjeros	283
A. En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	283

B. En la Ley de Migración	284
C. En el reglamento de la Ley de Migración.	284
D. En la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria.	285
E. En el Reglamento de la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria	288
F. Derechos de los extranjeros con una situación migratoria irregular.	289
VIII. Obligaciones de los extranjeros	289
IX. Limitaciones jurídicas a los extranjeros	292
X. Restricciones en materia inmobiliaria	294
A. Inmuebles ubicados en zona restringida.	294
B. Inmuebles localizados fuera de la zona restringida	296
XI. Régimen Fiscal de las enajenaciones y adquisiciones de inmuebles por personas físicas extranjeras	298
A. Enajenaciones de inmuebles por extranjeros.	298
B. Adquisición de inmuebles por extranjeros.	299
XII. Sanciones	299
XIII. Conclusiones	300
XIV. Bibliografía.	302

EL DERECHO A MASA HEREDITARIA, UN ANÁLISIS CRÍTICO-PROPOSITIVO

ACERCA DE SU NATURALEZA JURÍDICA.	305
Ariel Ortiz Macías y José Antonio Sánchez Barroso	
I. Introducción	305
II. Teorías acerca de la comparación entre derecho real y derecho personal.	308
III. Aportaciones para el estudio y comprensión de los derechos subjetivos privados.	312
A. El derecho real como poder jurídico y el derecho personal como facultad.	313
B. Poder que se ejerce de manera directa e inmediata sobre la cosa . . .	316
C. El objeto del derecho real es una cosa individualmente determinada, mientras que el objeto del derecho real es una prestación o una abstención	319
D. El derecho real es absoluto, es decir, oponible a terceros (<i>erga omnes</i>)	321
IV. El derecho a la masa hereditaria o derecho a la herencia	323
V. Teoría de la obligación natural.	328
VI. Propuesta acerca de la naturaleza jurídica del derecho a la masa hereditaria.	331

LA PARTICIPACIÓN DE LOS COLEGIOS E INSTITUCIONES NOTARIALES EN LA DEONTOLOGÍA.....	341
Javier Pérez Almaraz	
I. Breves referencias a la ética y a la moral.....	341
II. Referencias a la deontología profesional.....	344
III. La intervención de los Colegios y Consejos notariales en la deontología	350
LA VOLUNTAD APTA PARA PRODUCIR UN ACTO JURÍDICO	355
José Luis Quevedo Salceda	
I. Planteamiento	355
II. Cognición.....	357
III. Valoración	359
IV. Determinación.....	361
V. Expresión	363
TEORÍA DE LA CAUSA. LA CAUSA DEL PROBLEMA DE LA CAUSA ES LA CAUSA MISMA.....	367
Javier Salazar Hernández	
Presentación	367
I. Etimología y definición gramatical	367
II. Teoría clásica, su evolución jurisprudencial y los anticausalistas.....	372
III. Situación legislativa.....	374
A. Codificación original	374
IV. Legislación nacional.....	376
A. Antecedentes	376
• B. Previsión actual.....	377
C. Tendencias actuales	378
D. En el derecho francés.....	379
E. En el ámbito internacional	379
F. Ámbito nacional	379
EL CONTRATO DE FIANZA, UN CONTRATO EN EXTINCIÓN.....	381
Oscar Solís Arana	
I. Introducción	381
II. Definición del contrato de fianza.....	382
III. Elementos del contrato de fianza.....	384
IV. La fianza mercantil.....	384
V. Procedimiento de ejecución de la fianza.....	385
VI. Interpretación de la corte de la ejecución de la Fianza.....	386
VII. Crítica jurídica relacionada con la referida tesis	389
VIII. Bibliografía.....	393

EL CONTRATO DE DONACIÓN	395
Vicente Solís Arana	
Agradecimiento, en decálogo.....	395
I. Contrato por definición	397
II. Objeto indirecto, bienes presentes	398
III. <i>Intuitu personae</i> , ausencia de vicios.....	398
IV. Consentimiento.....	399
V. Formalidad.....	399
VI. Capacidad del donante.....	401
VII. Capacidad del donatario	404
VIII. Evicción.....	405
IX. Liberalidad	405
X. Acción pro-forma	406
Palabras finales.....	406
EL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO Y LA NATURALEZA DE SUS FIDEICOMISARIOS	407
Marco Antonio Vaca Vélez	
I. Del fideicomiso en general	407
II. El fideicomiso testamentario.....	409
A. Concepto y utilidad	409
B. Viabilidad legal	410
C. Mecánica y elementos	414
III. Planteamiento del problema: la naturaleza de los fideicomisarios.....	415
A. Primera hipótesis: los fideicomisarios no son herederos o legatarios	415
B. Segunda hipótesis: los fideicomisarios son además herederos o legatarios.....	417
IV. Conclusión personal.....	419

Esta obra se terminó de componer, imprimir y encuadernar
el 15 de agosto de 2016 en los talleres
Castellanos Impresión, SA de CV,
Ganaderos 149, col. Granjas Esmeralda,
09810, Iztapalapa, Ciudad de México

La tipografía se realizó con
fuente Minion Pro en cuerpo
de 11/13 pts., caja de 28 x 45 picas.

La edición consta de 300 ejemplares más sobrantes para reposición



PRESENTACIÓN

Ángel Gilberto Adame López



El maestro Jorge Alfredo Domínguez Martínez es, sin lugar a dudas, un baluarte de nuestra Máxima Casa de Estudios, un hombre que ha revestido de dignidad la profesión de abogado con su honestidad y disciplina inquebrantables.

Nació el 14 de agosto de 1941 en la Ciudad de México. Cursó la primaria en el Colegio Juan Gutenberg y la secundaria y preparatoria en el Franco Español.

Eligió como carrera profesional la licenciatura en Derecho y a nuestra Facultad como su alma mater. Sustentó su examen profesional el 13 de octubre de 1964, con la defensa de la tesis *Dogmática del prevaricato en sentencias definitivas y resoluciones de fondo*. Sus inquietudes académicas lo animaron a estudiar el doctorado, mismo que concluyó en 1972 con el trabajo *La teoría general del negocio jurídico aplicada al fideicomiso*.

Se inició en la cátedra en 1966, desde entonces, ha impartido ininterrumpidamente las diversas materias que integran el campo del Derecho civil y mercantil. Entre sus contribuciones más importantes a la Facultad de Derecho está el haber sido presidente de nuestro Colegio de Profesores, cargo que desempeñó con el más alto compromiso.

Otra faceta en la que ha destacado en su trayectoria es en la de notario, misma que ejerce desde el 20 de julio de 1973, fecha en la que obtuvo la titularidad de la Notaría 140 del Distrito Federal. Su prestigio profesional lo llevó a ser electo presidente del Consejo del Colegio de Notarios.

Entre sus obras más importantes se cuentan *Derecho civil: parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*; *Dos aspectos de la esencia del fideicomiso mexicano: acto constitutivo y propiedad conservada por el fideicomitente con la titularidad del fiduciario* y *El fideicomiso: negocio jurídico; Régimen fiscal inmobiliario: instrumento en la inversión extranjera*.

Manuel Borja Martínez, su maestro y amigo, narró la impresión que le provocó su primer encuentro con él: “Conocí a Jorge Alfredo Domínguez Martínez hace ya más de veinticinco años en las aulas de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México en donde él cursaba

la licenciatura. Un incidente escolar me puso de relieve su combatividad y su espíritu de justicia”.

No hay mejor manera de conmemorar las cinco décadas que el doctor Domínguez Martínez ha dedicado a la docencia que a través de la publicación de un Libro Homenaje. Al paso de los años, el maestro ha sido ejemplo de los más altos estándares académicos. Su clase ha sido motivo de admiración y de sorpresa para muchas generaciones de abogados que, a través de ella, han descubierto el rigor en las aulas como una advertencia de lo que enfrentarán en la vida profesional. Sus enseñanzas también se han extendido al gremio notarial, en el que ha influido como jurista y como hombre justo y probo, prueba de ello son sus hijos, a quienes formó y en cuyas manos ha depositado el presente y futuro de la abogacía.

Cuando solicité a mis colegas, profesores y notarios, que contribuyeran a la elaboración de esta obra, todos acogieron la idea con entusiasmo. Pues qué mejor manera de agradecer a un gran académico que escribiendo sobre temas que a él le apasionan y sobre los que nos ha mostrado nuevas perspectivas.

El conjunto de veintidós artículos aquí reunidos muestra distintas aproximaciones contemporáneas de la ciencia jurídica, y fueron elaborados por juristas de reconocida trayectoria. Los maestros José Barroso, Alfredo Bazúa, Miguel Ángel Beltrán, Sandra Raquel Contreras, Carlos de Pablo, Alejandro y Jorge Alfredo Domínguez García Villalobos, Antonio Fernández, Patricio Garza Bandala, Roberto Garzón, Claudio Hernández, Alejandro Márquez, Guillermo Oliver, Pascual Orozco, Ariel Ortiz, Javier Pérez Almaraz, José Luis Quevedo, Javier Salazar, José Antonio Sánchez Barroso, Óscar y Vicente Solís Arana y Marco Antonio Vaca, escribieron sobre temas relevantes como la hermenéutica, el derecho civil, el notarial, el mercantil y el administrativo.

A través de los trabajos aquí expuestos, hemos buscado también el diálogo con el maestro y el amigo en honor a quien se escribieron, así como acercar a las nuevas generaciones a la prolífica obra de un catedrático cuya actividad intelectual ha sido incesante.

Este libro tiene también la misión de refrendar nuestro agradecimiento al doctor Domínguez Martínez por todos los esfuerzos que ha hecho en favor de la difusión de la cultura jurídica. Ya sea como editor, a través de la elaboración de los Breviarios del Colegio de Notarios, o como recopilador, baste con recordar que fue él quien dio un impulso definitivo a esta colección de Libros Homenaje.

Othón Pérez Fernández expresó su sentir sobre su colega y amigo: “Te reconozco como notario, como maestro, como académico, como doctor en

Derecho, como autor, pero hay algo más importante que todo lo anterior, te reconozco más que nada como ser humano. [...] Para mí, tu responsabilidad de padre, la dignidad con que te conduces y el logro de tus hijos es más importante que todos tus demás títulos”.

No me queda más que felicitar a don Jorge Alfredo Domínguez Martínez, el hombre, a quien muchos de nosotros debemos la responsabilidad y la templanza necesarias para el desarrollo de esta ardua y apasionante carrera.

PRESENTACIÓN

Ángel Gilberto Adame López



El maestro Jorge Alfredo Domínguez Martínez es, sin lugar a dudas, un baluarte de nuestra Máxima Casa de Estudios, un hombre que ha revestido de dignidad la profesión de abogado con su honestidad y disciplina inquebrantables.

Nació el 14 de agosto de 1941 en la Ciudad de México. Cursó la primaria en el Colegio Juan Gutenberg y la secundaria y preparatoria en el Franco Español.

Eligió como carrera profesional la licenciatura en Derecho y a nuestra Facultad como su alma mater. Sustentó su examen profesional el 13 de octubre de 1964, con la defensa de la tesis *Dogmática del prevaricato en sentencias definitivas y resoluciones de fondo*. Sus inquietudes académicas lo animaron a estudiar el doctorado, mismo que concluyó en 1972 con el trabajo *La teoría general del negocio jurídico aplicada al fideicomiso*.

Se inició en la cátedra en 1966, desde entonces, ha impartido ininterrumpidamente las diversas materias que integran el campo del Derecho civil y mercantil. Entre sus contribuciones más importantes a la Facultad de Derecho está el haber sido presidente de nuestro Colegio de Profesores, cargo que desempeñó con el más alto compromiso.

Otra faceta en la que ha destacado en su trayectoria es en la de notario, misma que ejerce desde el 20 de julio de 1973, fecha en la que obtuvo la titularidad de la Notaría 140 del Distrito Federal. Su prestigio profesional lo llevó a ser electo presidente del Consejo del Colegio de Notarios.

Entre sus obras más importantes se cuentan *Derecho civil: parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*; *Dos aspectos de la esencia del fideicomiso mexicano: acto constitutivo y propiedad conservada por el fideicomitente con la titularidad del fiduciario* y *El fideicomiso: negocio jurídico*; *Régimen fiscal inmobiliario: instrumento en la inversión extranjera*.

Manuel Borja Martínez, su maestro y amigo, narró la impresión que le provocó su primer encuentro con él: “Conocí a Jorge Alfredo Domínguez Martínez hace ya más de veinticinco años en las aulas de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México en donde él cursaba

la licenciatura. Un incidente escolar me puso de relieve su combatividad y su espíritu de justicia”.

No hay mejor manera de conmemorar las cinco décadas que el doctor Domínguez Martínez ha dedicado a la docencia que a través de la publicación de un Libro Homenaje. Al paso de los años, el maestro ha sido ejemplo de los más altos estándares académicos. Su clase ha sido motivo de admiración y de sorpresa para muchas generaciones de abogados que, a través de ella, han descubierto el rigor en las aulas como una advertencia de lo que enfrentarán en la vida profesional. Sus enseñanzas también se han extendido al gremio notarial, en el que ha influido como jurista y como hombre justo y probo, prueba de ello son sus hijos, a quienes formó y en cuyas manos ha depositado el presente y futuro de la abogacía.

Cuando solicité a mis colegas, profesores y notarios, que contribuyeran a la elaboración de esta obra, todos acogieron la idea con entusiasmo. Pues qué mejor manera de agradecer a un gran académico que escribiendo sobre temas que a él le apasionan y sobre los que nos ha mostrado nuevas perspectivas.

El conjunto de veintidós artículos aquí reunidos muestra distintas aproximaciones contemporáneas de la ciencia jurídica, y fueron elaborados por juristas de reconocida trayectoria. Los maestros José Barroso, Alfredo Bazúa, Miguel Ángel Beltrán, Sandra Raquel Contreras, Carlos de Pablo, Alejandro y Jorge Alfredo Domínguez García Villalobos, Antonio Fernández, Patricio Garza Bandala, Roberto Garzón, Claudio Hernández, Alejandro Márquez, Guillermo Oliver, Pascual Orozco, Ariel Ortiz, Javier Pérez Almaraz, José Luis Quevedo, Javier Salazar, José Antonio Sánchez Barroso, Óscar y Vicente Solís Arana y Marco Antonio Vaca, escribieron sobre temas relevantes como la hermenéutica, el derecho civil, el notarial, el mercantil y el administrativo.

A través de los trabajos aquí expuestos, hemos buscado también el diálogo con el maestro y el amigo en honor a quien se escribieron, así como acercar a las nuevas generaciones a la prolífica obra de un catedrático cuya actividad intelectual ha sido incesante.

Este libro tiene también la misión de refrendar nuestro agradecimiento al doctor Domínguez Martínez por todos los esfuerzos que ha hecho en favor de la difusión de la cultura jurídica. Ya sea como editor, a través de la elaboración de los Breviarios del Colegio de Notarios, o como recopilador, baste con recordar que fue él quien dio un impulso definitivo a esta colección de Libros Homenaje.

Othón Pérez Fernández expresó su sentir sobre su colega y amigo: “Te reconozco como notario, como maestro, como académico, como doctor en

Derecho, como autor, pero hay algo más importante que todo lo anterior, te reconozco más que nada como ser humano. [...] Para mí, tu responsabilidad de padre, la dignidad con que te conduces y el logro de tus hijos es más importante que todos tus demás títulos”.

No me queda más que felicitar a don Jorge Alfredo Domínguez Martínez, el hombre, a quien muchos de nosotros debemos la responsabilidad y la templanza necesarias para el desarrollo de esta ardua y apasionante carrera.

LA AUTODEFENSA Y EL DERECHO DE RETENCIÓN

Ángel Gilberto Adame López



I. INTRODUCCIÓN

El efecto deseado de toda obligación es su cumplimiento. El resultado natural esperado de dicha relación jurídica es la prestación de la conducta debida. Sin embargo, en muchas ocasiones el deudor no satisface a lo que se obligó, por lo que el afectado puede acudir a defender sus intereses ante un órgano jurisdiccional para buscar una solución justa y vinculante.

No obstante, existen figuras que permiten solucionar el conflicto a través de medios ajenos a un proceso judicial, siendo uno de ellos la autodefensa. Ésta puede definirse como una forma de solución al litigio proveniente de una o ambas partes en pugna; se caracteriza por ser injusta, antijurídica y en algunos casos violenta, y su propósito principal radica en la subordinación del interés ajeno al propio.

La gran mayoría de las legislaciones modernas reconocen que el ejercicio jurisdiccional corresponde únicamente al Estado y excluyen de sus principios la aplicabilidad de la autodefensa. En México, el constituyente de 1917 la proscribió en el artículo 17: “Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley”.

Entre las formas que implican autodefensa, y cuyo reconocimiento podría constituir una violación al texto constitucional, se encuentra el derecho de retención, de cuyo somero análisis se ocupará el presente trabajo.

II. DEFINICIÓN DEL DERECHO DE RETENCIÓN

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal no prescribe un concepto de derecho de retención, sin embargo, la doctrina ha generado una serie de posicionamientos al respecto.

Bejarano Sánchez explica que el derecho de retención “consiste en la facultad que tiene el acreedor de resistirse a devolver una cosa propiedad de

su deudor, mientras éste no le pague lo que le debe con relación a esa misma cosa”.¹ Rico, Garza y Cohen suscriben esto al decir que es “una facultad que la Ley concede al deudor para suspender el cumplimiento de una obligación de dar mientras su acreedor no pague lo que le debe”.²

Con mayor precisión, Gutiérrez y González lo define como “la facultad que la ley otorga al acreedor, víctima de un hecho ilícito o no, para conservar, hasta que el deudor cumpla su prestación, un bien que posee, propiedad de éste, y el cual no entregó al acreedor en garantía del cumplimiento de su obligación”.³

Como ya mencioné, el Código Civil no ofrece una definición sistemática de este derecho, a diferencia del de Morelos, que lo conceptúa y le dedica todo un capítulo.⁴ El de Sonora lo contempla en los siguientes términos:

¹ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones Civiles*, Editorial Harla, México 1986, p. 350.

² RICO ÁLVAREZ, Fausto y otros, *Tratado Teórico-Práctico de las Obligaciones*, Editorial Porrúa, México, 2013, p. 932.

³ GUTIÉRREZ Y GONZALEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, Editorial Porrúa, México 1990, p. 593.

⁴ DEL DERECHO DE RETENCIÓN. ARTÍCULO 1590.—PRESUPUESTOS DEL DERECHO DE RETENCIÓN.—Existirá el derecho de retención cuando la Ley autorice al detentador o poseedor de un bien ajeno, a conservar la tenencia del mismo hasta que el dueño de él, le pague lo que le adeude, bien sea por concepto del bien o por algún otro motivo.

ARTÍCULO 1591.—EJERCICIO DEL DERECHO DE RETENCIÓN POR FALTA DE DISPOSICIÓN LEGAL EXPRESA. Cuando la ley no establezca expresamente el derecho de retención, podrá no obstante ejercitarse por el acreedor, si su crédito consta en título ejecutivo o ha sido reconocido judicialmente o ante notario, aunque no haya relación alguna entre el crédito y el bien del deudor que se encuentre en poder del acreedor, o entre dicho crédito y la causa de la posesión o detentación.

ARTÍCULO 1592.—IMPOSIBILIDAD PARA EJERCITAR EL DERECHO DE RETENCIÓN DEL ACREEDOR. El acreedor no podrá ejercer el derecho de retención, si ha obtenido del deudor un bien a base de engaños, maquinaciones o artificios, o con la promesa de devolverlo inmediatamente. Tampoco podrá ejercitar el citado derecho de retención, cuando la causa de su posesión o tenencia sea ilícita, o cuando haya obtenido que un tercero, sin consentimiento del deudor, le entregue un bien de éste.

ARTÍCULO 1593.—RETENCIÓN DE FRUTOS. Cuando el deudor haya entregado al acreedor un bien, respecto del cual no se haya transmitido el dominio al primero, pero sí el uso o goce, podrá el acreedor retener los frutos que legalmente correspondan al deudor, y en cuanto al bien, sólo podrá hacerlo entre tanto no se perjudiquen los derechos del propietario o poseedor originario, en cuya contra no será oponible el derecho de retención.

ARTÍCULO 1594.—OPOSICIÓN DEL DERECHO DE RETENCIÓN. El derecho de retención es oponible al deudor y a los terceros que no tengan adquirido un derecho real sobre el bien, anterior a la fecha en que se ejercita el citado derecho. Los que tengan derechos reales anteriores, podrán perseguir el bien y asegurarlo o tomar posesión del mismo, según la naturaleza de tales derechos. El derecho de retención es oponible a los acreedores que sin garantía

Artículo 2379.—Existirá el derecho de retención cuando la Ley autorice al detentador o poseedor de una cosa ajena a conservar la tenencia de la misma hasta que el dueño de ella pague lo que le adeude, bien sea por concepto de la cosa, o por algún otro motivo.

III. CASOS EN QUE PUEDE MANIFESTARSE

La legislación civil de la Ciudad de México autoriza la aplicación del derecho de retención:

real, embarguen o secuestren el bien, u obtengan el remate del mismo. Comprobada la existencia de tal derecho, el Juez no podrá dar posesión al adquirente en remate.

En los casos de concurso o liquidación judicial del deudor, el derecho de retención será oponible para que el acreedor no sea privado del bien y para que obtenga en su caso pago preferente.

ARTÍCULO 1595.—IMPOSIBILIDAD DE OBTENER EL REMATE POR VIRTUD DEL DERECHO DE RETENCIÓN. Por virtud del derecho de retención, el acreedor no puede obtener el remate de la cosa, independientemente de la ejecución de su crédito por sentencia.

ARTÍCULO 1596.—PREFERENCIA POR VIRTUD DEL DERECHO DE RETENCIÓN. Si se remata el bien en ejecución de la sentencia que obtenga el acreedor, por razón de su crédito, su derecho de retención le otorga preferencia sobre los demás acreedores que no tengan garantía real, anterior a la fecha en que se hizo valer la retención.

ARTÍCULO 1597.—FECHA DE INICIO DEL DERECHO DE RETENCIÓN. A efecto de que conste de manera indubitable la fecha en que se comience a ejercer el derecho de retención, el acreedor deberá notificar al deudor, judicialmente o por conducto de notario, el momento a partir del cual ejercerá el derecho de retención. Una vez hecha la notificación al deudor, la fecha de ésta servirá para resolver los conflictos de preferencia que se presentaren con terceros.

ARTÍCULO 1598.—EFECTOS DEL DERECHO DE RETENCIÓN. En virtud del derecho de retención el acreedor no puede de propia autoridad apropiarse el bien o sus frutos, o disponer jurídica o materialmente de tales bienes. En todo caso, sólo está facultado a conservarlos en su poder hasta que sea pagado, sea directamente o por remate en ejecución de sentencia.

ARTÍCULO 1599.—EFECTOS DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE RETENCIÓN. El que ejerza el derecho de retención, puede entablar los interdictos, tratándose de inmuebles, o perseguir el bien mueble, cuando haya sido despojado de él.

ARTÍCULO 1600.—HIPÓTESIS EN QUE EL DERECHO DE RETENCIÓN NO PUEDE ORIGINARSE. El derecho de retención no tendrá lugar cuando se demuestre, por quien tenga interés jurídico en ello, que ha existido un acuerdo fraudulento o simulado entre acreedor y deudor, o cuando este último hizo entrega del bien al primero en perjuicio de acreedores.

Se considerará que existe perjuicio de acreedores, cuando el importe de los bienes del deudor, sin tomar en cuenta los que haya entregado al acreedor, sea inferior al valor de sus deudas. Son aplicables a los casos mencionados en los dos párrafos anteriores, las presunciones de fraude o de simulación establecidas por este Código, para los casos de actos ejecutados en perjuicio de acreedores, o de actos simulados.

- En la posesión:

Art. 810: El poseedor de buena fe que haya adquirido la posesión por título traslativo de dominio, tiene los derechos siguientes:

[...]

II. El de que se le abonen todos los gastos necesarios, lo mismo que los útiles, teniendo derecho de retener la cosa poseída hasta que se haga el pago.

- En el mandato:

Art. 2579: El mandatario podrá retener en prenda las cosas que son objeto del contrato hasta que el mandante haga la indemnización y reembolso del que trata los dos artículos anteriores.

- En el transporte:

Art. 2662: "El crédito por fletes que se adeudaren al porteador, serán pagados preferentemente con el precio de los efectos transportados, si se encuentran en poder del acreedor.

- En la obra a precio alzado:

Art. 2644: El constructor de cualquier obra mueble tiene derecho de retenerla mientras no se le pague, y su crédito será cubierto preferentemente con el precio de dicha obra.

- En el hospedaje:

Art. 2669: Los equipajes de los pasajeros responden preferentemente del importe del hospedaje; a ese efecto, los dueños de los establecimientos donde se hospedan podrán retenerlos en prenda hasta que se obtenga el pago de lo adeudado.

- En la sociedad civil:

Art. 2708: El socio excluido es responsable de la parte de pérdidas que le corresponda, y los otros socios pueden retener la parte del capital y utilidades de aquél, hasta concluir las operaciones pendientes al tiempo de la declaración, debiendo hacerse hasta entonces la liquidación correspondiente.

IV. PROHIBICIONES AL DERECHO DE RETENCIÓN

Art. 901: El que edifica, planta o siembra de mala fe en terreno ajeno, pierde lo edificado, plantado o sembrado, sin que tenga derecho de reclamar indemnización alguna del dueño del suelo, ni de retener la cosa.

Art. 2509: Tampoco tiene derecho el comodatario para retener la cosa a pretexto de lo que por expensas por cualquier otra causa le deba el dueño”.

Art. 2534: “Tampoco (el depositario) puede retener la cosa como prenda que garantice otro crédito que tenga contra el depositante.

Art. 2747: “El propietario del terreno no tiene derecho de retener de propia autoridad, todos o parte de los frutos que correspondan al aparcerero, para garantizar lo que éste le deba por razón del contrato de aparcería.

V. PROCEDENCIA DEL DERECHO DE RETENCIÓN

Dos posturas debaten si el derecho de retención debe emplearse cuando la ley no lo prohíbe o solamente cuando ésta lo confiere expresamente:

- Restrictiva o limitativa:

Es la que postula que, en virtud de la prohibición a la justicia privada, el derecho de retención solo se puede ejercitar cuando es la ley la que determina su procedencia y no en otros casos.

- Extensiva:

Sostiene que, por analogía, se debe admitir el derecho de retención en todos aquellos casos en los que se presenten situaciones similares a las previstas por la ley, de tal manera que el acreedor pueda obtener la garantía de su crédito con un bien propiedad de su deudor y que él detenta.

VI. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE RETENCIÓN

Bejarano señala que este derecho opera con la retención de una cosa debida, derivada de un crédito del deudor contra el acreedor, existiendo cierto vínculo o conexión entre los dos elementos anteriores, o sea entre el crédito y la cosa.⁵

En esta exposición, Bejarano incurre en una confusión que se ha vuelto común entre los tratadistas del derecho civil. Ésta consiste en obviar la diferencia entre dos figuras jurídicas de naturaleza distinta: el derecho de retención y la excepción del contrato no cumplido. No es lo mismo “retener una cosa debida”, como apunta Bejarano, que “retener una cosa” en razón de que el deudor no ha realizado lo que “debe” hacer.

⁵ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 353.

La excepción del contrato no cumplido, *exceptio non adimpleti contractus*, otorga la facultad a un contratante de no cumplir con su obligación en tanto que su contrario no lo haya hecho. Como sabemos, dicha obligación puede consistir en una prestación de dar, hacer o no hacer. Ante una obligación de dar, puede caerse en el supuesto de que una de las partes “retuviera la cosa debida”, ya sea un precio manifestado en sus tantas formas o el objeto material del contrato. Algunos de los elementos particulares de esta figura son los siguientes:

- Opera siempre en los contratos bilaterales, sin necesidad de que el legislador la regule en cada acto.
- Su ejercicio nace como un medio de defensa específico y se le considera una excepción procesal dilatoria y sustancial.
- Su utilidad se limita al objeto motivo del contrato, que quien ejerce la excepción ya tenía en su patrimonio antes de la celebración del mismo.
- Entre sus fines está el evitar que el que la ejerce se constituya en mora.
- Como su validez precisa requerimiento judicial, su empleo no implica autodefensa.

Algunos ejemplos concretos de la también llamada excepción de inejecución se encuentran en los siguientes contratos:

- En la compraventa:

Art. 2286: El vendedor no está obligado a entregar la cosa vendida, si el comprador no ha pagado el precio, salvo que en el contrato se haya señalado un plazo para el pago.

Art. 2287: Tampoco está obligado a la entrega, aunque haya concedido un término para el pago, si después de la venta se descubre que el comprador se halla en estado de insolvencia, de suerte que el vendedor corra inminente riesgo de perder el precio, a no ser que el comprador le dé fianza de pagar al plazo convenido.

Art. 2299: “Cuando el comprador a plazo o con espera del precio fuere perturbado en su posesión o derecho, o tuviere justo temor de serlo, podrá suspender el pago si aún no lo ha hecho, mientras el vendedor le asegure la posesión o le dé fianza, salvo si hay convenio en contrario.”⁶

⁶ A ese respecto, la tesis aislada I.6°. C.18.C visible en la página 613 del Tomo II de agosto de 1995, emitida por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, se ha pronunciado de la siguiente manera:

“RETENCION DE PAGO POR JUSTO TEMOR A QUE ALUDE EL ARTÍCULO 2299, DEL CODIGO CIVIL.—El justo temor a que alude el artículo 2299 del Código Civil opera cuando existe su-

- En la permuta:

Art. 2328: Si uno de los contratantes ha recibido la cosa que se le da en permuta, y acredita que no era propia del que la dio, no puede ser obligado a entregar la que él ofreció en cambio, y cumple con devolver la que recibió.

Así las cosas, es posible distinguir entre la excepción en comento y el derecho de retención, mismo que está compuesto por algunos de los siguientes elementos:

- Es una acción que le corresponde al acreedor quirografario.
- Solo opera en los casos permitidos por la ley.
- El bien objeto de la retención siempre es ajeno al acto celebrado previamente entre deudor y acreedor y llega al retenedor por causas circunstanciales.
- Su ejercicio no precisa autorización judicial.⁷

ficiente evidencia o sospecha en el comprador de un bien, producidos por falta de seguridad en la posesión o derecho adquiridos, fundado aquél en un hecho o acontecimiento real y presente, que advierta determinado grado de realización para generar un evento futuro y cierto, que de actualizarse engendraría un trastorno en el comprador, sin que la certeza e inminencia de que se va a perturbar al adquirente en su tenencia o legitimidad, sean extremos que éste necesariamente, deba probar en forma plena para considerar que su recelo es justo y prospere el señalado derecho de retención que ejerza del pago”.

⁷ COMISIÓN MERCANTIL. EL DERECHO DE RETENCIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 306 DEL CÓDIGO DE COMERCIO SÓLO PROCEDE EN LOS CASOS EN ÉL CONTEMPLADOS.—La retención es el derecho que tiene el acreedor en las obligaciones recíprocas y en los casos expresamente previstos en ley para conservar la tenencia y rehusar la entrega de la cosa que pertenece al deudor, si éste no ejecuta la obligación que le incumbe. Por su parte, el mandato es el contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga (artículo 2546 del Código Civil Federal); y en el artículo 2579 del Código Civil Federal está previsto el derecho del mandatario para retener en prenda las cosas que son objeto del mandato, hasta que el mandante haga la indemnización y reembolso de que tratan los artículos 2577 y 2578 del ordenamiento aludido (cantidades necesarias para la ejecución del mandato, y daños y perjuicios que se hayan causado al mandatario en cumplimiento del mandato, sin su culpa ni imprudencia). Por otro lado, la comisión mercantil es el mandato aplicado a actos concretos de comercio, según lo dispone el artículo 273 del Código de Comercio. El artículo 306 del mismo código regula un derecho de retención respecto de los efectos que estén real o virtualmente en poder del comisionista, los cuales se entenderán especial y preferentemente obligados al pago de los derechos de comisión, anticipaciones y gastos que el comisionista hubiere hecho por cuenta de ellos, de los que no podrá ser desposeído sin ser antes pagado. De lo anterior se desprende que si bien existe cierta analogía entre los artículos 2579 del Código Civil Federal y 306 del de Comercio, que regulan el derecho de retención en el mandato y la comisión mercantil, ese derecho previsto en el último numeral, sólo debe ser concedido en los casos contemplados en ese precepto (derechos de comisión, anticipaciones y gastos que el comisionista hubiere hecho por cuenta de ellos), porque no

En el contrato de hospedaje, el dueño del establecimiento no retiene una cosa debida para asegurar el cumplimiento de la obligación del huésped. El equipaje y demás pertenencias de quien se hospeda no forman parte integrante del contrato, sino que son meros objetos que, por la posibilidad circunstancial de estar en posesión del acreedor, son susceptibles de ser retenidos por éste, aun en contra de la voluntad de la otra parte, para lograr el cobro de lo adeudado. En ningún momento puede considerárseles como “la cosa debida” del contrato. Sucede lo mismo en el mandato y en el transporte, por citar dos ejemplos.

Existe otra disposición que puede confundirse con el derecho de retención, por su similitud con éste:

El artículo 2239 establece que la anulación de un acto jurídico obliga a las partes a restituirse lo recibido o percibido. En ese orden de ideas, el artículo 2241 prescribe que “mientras que uno de los contratantes no cumpla con la devolución de aquello que en virtud de la declaración de nulidad del contrato está obligado, no puede ser compelido el otro a que cumpla por su parte”.

Así, como efecto de la declaración de nulidad nace la obligación de restituir las prestaciones recíprocas, pues “dicha anulación del acto obliga a las partes a la restitución mutua de lo recibido en virtud o por consecuencia de éste, y hasta que una de ellas no cumpla con la devolución de aquello a lo que está obligada, no puede ser compelida la otra a que lo haga”.⁸

obstante que al constituir la comisión mercantil un mandato aplicado a actos de comercio, y en este último estar prevista la retención de los objetos que son materia del mandato en tratándose de indemnización al mandatario de los daños y perjuicios que pudiera sufrir, no puede aplicarse la retención por analogía a un caso no previsto expresamente en él, en términos del artículo 11 del Código Civil Federal, que previene: “Las leyes que establecen excepción a las reglas generales, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes”. De lo anterior se concluye, que si la retención se ejecuta sobre un supuesto que no está expresamente previsto en el artículo 306 del Código de Comercio, como podría ser la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del comitente, tal retención resulta contraria a derecho y, por tanto, violatoria de garantías.

Registro No. 182461, Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Seminario Judicial de la Federación, XIX, Enero de 2004, Página: 1473, Tesis Aislada, Materia (s): Civil

Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

Amparo en revisión 244/2003. Prime Tanning Company Incorporated. 10 de julio de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Ernesto Saloma Vera. Secretario: José Jorge Rojas López.

⁸ Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito. Amparo directo 53/2009. Dalila Alejandra Cantú Ibarra y otra. 25 de junio de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: José Elías Gallegos Benítez. Secretaria: Zarahí Escobar Acosta.

Es importante distinguir la naturaleza de la “retención” que opera en un acto declarado nulo y de la que opera como forma de autotutela. La causa de la primera es la nulidad, y, por lo tanto, los objetos no restituidos (o retenidos) son parte de una previa relación entre los contratantes, que, si bien ya salieron del patrimonio de cada uno de ellos, son llamados a regresar en virtud de la declaración de nulidad que busca restablecer las cosas a su estado original. En cambio, en el derecho de retención, además de que no precisa autorización judicial, los objetos son ajenos al acto celebrado entre deudor y acreedor, por lo cual no puede llamárseles debidos.

Tampoco debe confundirse la citada figura con la *exceptio non adimpleti contractus*, pues en ésta la facultad concedida al contratante de no cumplir con su obligación, surge en tanto que su contrario no lo haya hecho, o sea, el objeto de la obligación permanece en el patrimonio del deudor y no se actualiza la prestación ante el incumplimiento recíproco. Por otro lado, en la facultad de no devolución (del objeto de la obligación) que prescribe el artículo 2241, el objeto de la misma se refiere a un bien que ya salió del patrimonio del deudor, que su contraparte conserva y se niega a devolver hasta que le reintegren el suyo.

De acuerdo con Rico, Garza y Cohen el derecho de retención puede presentar dos modalidades, la retención simple y la retención en prenda. En la primera, el facultado solo retiene para buscar la satisfacción de su crédito sin que nazca algún derecho en particular para él; mientras que en la segunda nace el derecho real de prenda. Según su tesis: “el derecho de retención en prenda difiere del de retención simple en que solo el primero confiere al retenedor los derechos y obligaciones del acreedor prendario, entre los que destaca el de realizar el valor de los bienes en caso de incumplimiento”.⁹ Desde su punto de vista, ejemplos del derecho de retención en prenda son el hospedaje y el mandato.

En mi opinión, la denominación de ‘prenda’ que utiliza el legislador en el artículo 2579, relativo al mandato, y en el 2669, concerniente al hospedaje, se emplea desde su acepción más coloquial. No debemos olvidar que para que se constituya un derecho real de esta naturaleza, éste debe estar específicamente regulado, lo que no ocurre en estos casos. Para efectos de constitución de la prenda, además, debe haber una entrega de la cosa que sea real, jurídica o virtual, lo que en no ocurre en los ejemplos citados. En el hospedaje, el huésped no hace entrega al hostelero de su equipaje; para que opere

⁹ RICO ÁLVAREZ, Fausto y otros, *Tratado Teórico-Práctico de las Obligaciones*, Editorial Porrúa, México, 2013, p. 938.

el derecho de retención éste tiene que hacerse de sus cosas por vías de hecho, pues el legislador no regula alguna forma concreta.

Rico, Garza y Cohen también opinan que, desde el punto de vista de su ejercicio, el derecho de retención puede ser extrajudicial o judicial, siendo este último en el que no puede ejercitarse la retención si previamente no se obtiene autorización judicial, como ocurre en el arrendamiento y el depósito.¹⁰ Considero que esta clasificación es innecesaria, en tanto que la mencionada autorización deriva del mandato judicial y no del derecho de retención, pues la característica sustancial de este último es que basa su acción en una prescripción abstracta. Si se obtiene la autorización judicial para mantener la posesión de una cosa ajena, es fácil equipararlo con otras figuras afines, tales como el embargo o el depósito judicial.

La gran mayoría de los autores estudian el derecho de retención como una de las maneras que tiene el acreedor quirografario para defenderse de la insolvencia de su deudor. Rico, Garza y Cohen piensan distinto e innovan, ya que lo estudian dentro de los efectos del incumplimiento de las obligaciones y, en consecuencia, le atribuyen el mismo género que a la cláusula penal, por ejemplo.

A pesar de lo novedoso de esta clasificación, ésta puede resultar confusa, pues no toma en cuenta que la cláusula penal es un medio previamente pactado para indemnizar al acreedor por el incumplimiento de la obligación, y si ésta se ejerce implica la transmisión más que la retención de un bien. Así lo señala el artículo 1840: “Pueden los contratantes estipular cierta prestación como pena para el caso de que la obligación no se cumpla o no se cumpla de la manera convenida. Si tal estipulación se hace, no podrán reclamarse, además, daños y perjuicios”.

VII. FACULTADES Y OBLIGACIONES QUE NACEN DEL DERECHO DE RETENCIÓN

Para Bejarano, “el derecho de retención no concede más atributos que la tenencia de la cosa. El retenedor no podrá usarla ni obtener ningún

¹⁰ Arrendamiento: Art. 2422: “Si al terminar el arrendamiento hubiere algún saldo a favor del arrendatario, el arrendador deberá devolverlo inmediatamente, a no ser que tenga algún derecho que ejercitar contra aquél; en este caso, depositará judicialmente el saldo referido

Depósito: Art. 2533: “El depositario no puede retener la cosa, aun cuando al pedírsela no haya recibido el importe de las expensas a que se refiere el artículo anterior; pero sí podrá, en este caso, si el pago no se le asegura, pedir judicialmente la retención del depósito”.

aprovechamiento de la misma. Si produjere frutos, de la clase que fuere, deberían ser entregados, con la cosa a su dueño, al terminar la retención”.¹¹

Además de lo anterior, en el retenedor recae la obligación de cuidar la cosa, pues, según Castán Tobeñas, dicha conservación “es con la obligación de un buen padre de familia”.¹² Así, no puede disponer de ella para cobrar el crédito que se le adeuda, lo que le da a su condición un carácter temporal. En caso contrario, su conducta podría tipificarse quizá como abuso de confianza.

VIII. EL DERECHO DE RETENCIÓN DENTRO DE LA TEORÍA DEL PATRIMONIO

Sobre este tema, Rojina Villegas señala que hay controversia en la doctrina y enlista, entre otras, las siguientes tesis:¹³

- “El derecho de retención se reputa como un derecho personal que se opone a los privilegios y al derecho real”. (Laurent y Troplong).
Bejarano opina que “no es un derecho personal o de crédito porque, no obstante tener una cualidad económica, no incrementa el patrimonio del titular y los derechos de crédito, en cambio, sí figura en el activo del patrimonio como un elemento económico que lo acrecienta. Además, si fuere derecho de obligación, frente a la facultad del retenedor, existiría la correlativa obligación del otro y éste no está técnicamente obligado a dejar su cuota”.¹⁴
- “El derecho de retención es un derecho real” (Guillourad).
Gutiérrez y González se opone: “no se trata de un derecho real, porque no se presentan los elementos estructurales de éste, como es el poder jurídico directo e inmediato sobre la cosa, para aprovecharse de ella y oponerle a terceros”.¹⁵

Para Rico, Garza y Cohen “el derecho de retención es un derecho de crédito, toda vez que no encontramos en él las facultades de persecución y de preferencia características de los derechos reales”.¹⁶

¹¹ *Op. cit.*, p. 357.

¹² RICO ÁLVAREZ, Fausto y otros, *op. cit.*, p. 940.

¹³ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1981, cuarta edición, t. V (obligaciones), p. 466.

¹⁴ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 356.

¹⁵ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, Editorial Porrúa, México, 1991, p. 597.

¹⁶ RICO ÁLVAREZ, Fausto y otros, *op. cit.*, p. 944.

Desde mi punto de vista, el derecho de retención no tiene carácter patrimonial. Al no tener contenido económico, su naturaleza jurídica es diferente a la de un derecho real y a la de uno personal, pues se trata de una vía de hecho que, por ministerio de ley, se concede al afectado por el incumplimiento para mantener en su poder ciertos bienes que le garanticen el pago.

IX. EL DERECHO DE RETENCIÓN COMO FORMA AUTODEFENSIVA

La cuestión sobre si el derecho de retención constituye una forma de defensa privada es motivo de controversia. Siendo que una de sus particularidades es que se trata de una acción que opera fuera de juicio, ¿se trata entonces de una autodefensa que va en contra de lo establecido por la Constitución en su numeral 17?

Bejarano comenta que:

siendo la retención una abstención autorizada, una negativa lícita sin el alcance de resolver el conflicto ni autorizar al acreedor a pagarse con la cosa detenida o a disponer de ella, sus efectos no llegan a constituir justicia privada ni vías de hecho. El acreedor no se hace justicia por su mano propia reteniendo, porque retener no es obtener pago, y la justicia, para él, es cobrar su crédito, resultado que, ante la resistencia de su deudor, no logrará por la retención sino por la ejecución forzada (embargo y remate) y con intervención de la autoridad judicial. La retención es solo un medio conservativo legal que facilita el embargo.¹⁷

Para Arce y Cervantes el derecho de retención “suspende la obligación que tiene una persona de entregar o devolver una cosa”,¹⁸ mas no la extingue, pues extinguirla, para el acreedor, sería obtener el pago.

Me permito diferir de estas perspectivas ya que es muy factible que, por el hecho de la retención, la contraparte decida avenirse, tenga razón o no, a las pretensiones del retenedor, por lo que la intervención judicial puede no manifestarse y el deudor se conduciría de una manera no tutelada por el órgano jurisdiccional, en razón del temor provocado por la retención.

No obstante que algunos autores han considerado que el derecho de retención suspende el cumplimiento de obligaciones de dar,¹⁹ no en todos los supuestos contemplados en ley se podría estar ante tal situación. En el ejemplo antes señalado sobre el contrato de hospedaje, el dar el equipaje y perte-

¹⁷ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 353.

¹⁸ ARCE Y CERVANTES, José, *De los Bienes*, Editorial Porrúa, México, 2015, p. 17.

¹⁹ Ver RICO ÁLVAREZ, Fausto y otros, *op. cit.*, p. 935.

nencias a su huésped, no es en principio una conducta que el dueño del establecimiento estuviese obligado a prestar, por lo tanto, no estaría suspendiendo o dejando de ejecutar obligación alguna. Entonces, el derecho que tiene de retener tales objetos no consiste en suspender una obligación existente o pactada entre las partes, sino en el apoderamiento, incluso violento, de bienes que no fueron contemplados dentro de éste.

Considero entonces que el derecho de retención es un modo de autodefensa que opera en los supuestos establecidos por ley en virtud de la situación de hecho en que se encuentra el acreedor de poseer, con o sin consentimiento del deudor, pero no por formar parte integrante de la obligación, bienes corporales que no le pertenecen y que generarán una coacción privada para el cobro de un crédito debido.

Gutiérrez y González reconoce que este derecho es una forma de autotutela: “considero debe prevalecer, cuando menos en México, la tesis del empleo restringido del derecho de retención, pues de otra forma se infringiría el artículo 17 constitucional, en donde se establece la prohibición de hacerse justicia por propia mano”.²⁰ Esta afirmación es contradictoria, dado que el maestro reconoce el carácter autotutelar del derecho de retención y su anti-constitucionalidad, pero no aboga por su supresión.

En términos estrictos, el derecho de retención es violatorio de la Constitución en virtud de que es un caso de justicia por mano propia, y el reconocimiento que de él hace el legislador civil constituye inobservancia a dicha disposición.

Gutiérrez y González discrepa de lo anterior cuando señala que “no se puede considerar violado el artículo 17 constitucional, pues ya se trata de una cuestión perfectamente prevista y autorizada por la ley”.²¹ Sin embargo, el hecho de que una norma secundaria autorice su aplicación no es obstáculo para que el derecho de retención vulnere nuestra ley fundamental. Es principio jurídico general el que nada puede ir en contra de las disposiciones constitucionales, por lo que el hecho de que el Código Civil lo reconozca no es excusa para negar su referido carácter.

Si bien hay utilidad práctica en este derecho, en virtud de que brinda mayor seguridad al acreedor quirografario respecto a su crédito, creo conveniente reflexionar sobre éste como uno de los ejemplos de legislaciones secundarias que contrarían nuestra Carta Magna.

²⁰ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *op. cit.*, p. 596.

²¹ *Ibidem*, p. 597.

GENERALIDAD, SUPLETORIEDAD Y SISTEMÁTICA DEL CÓDIGO CIVIL

José Barroso Figueroa



I. INTRODUCCIÓN

No hay derecho más universal que el civil, es el derecho omnipresente, en el que vivimos inmersos.

En una nota preliminar a su importante obra intitulada *Derecho Civil*, quien fuera eminente catedrático de la Facultad de Derecho UNAM, mi siempre añorado maestro y paisano don Raúl Ortíz-Urquidi, escribía:

En “la caza del avestruz” de que hablan los MAZEAUD —“Lecciones de Derecho Civil”, t. I. p. 47 de la traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1959— no han faltado quienes inconsultamente afirmen que el Derecho Civil es un Derecho burgués, caduco, que está llamado a desaparecer ante el incontenible empuje, dicen, del Derecho Social y del Derecho Público.

Pero es el caso que no existe en lo absoluto ni existirá jamás seguramente un sólo ser humano, desde que nace hasta que muere y aun antes de nacer y después de muerto, que en una u otra forma pueda quedar fuera de la órbita de este Derecho, el Civil —Rusia misma, como no podía ser de otra manera, tiene sus códigos de la materia tanto en el orden familiar como en el patrimonial— como sí en cambio pueden los hombres, durante su vida, no tener que ver nada, por ejemplo, con el Derecho del Trabajo (el vago y el malviviente que muere sin nunca haber trabajado ni haber jamás tenido a nadie a su servicio); con el Agrario (el no ejidatario ni latifundista); con el Penal (quien nunca haya sido en su vida ni sujeto activo ni pasivo de ningún delito); con el Procesal (quien muere sin haberse parado nunca en un tribunal, siquiera sea como testigo o perito, ni menos como actor o demandado, ni por sí ni por otro, ni representado por nadie), etc., etc.¹

¹ ORTÍZ-URQUIDI, Raúl, *Derecho Civil. Parte General*, Editorial Porrúa, México, 1982, p. XIII.

Luego reflexiona el doctor Ortíz-Urquidi que todo individuo nace en el seno de una familia o es adoptado, adquiriendo lazos parentales con los integrantes de aquella; o bien crece huérfano, pero de alguna manera se relaciona posteriormente con otra persona y puede celebrar matrimonio; adquiere algunos bienes, aunque sea aquellos que requiere para atender sus necesidades elementales, y sobre otros ejerce un dominio pleno o desmembrado o simplemente un poder de hecho. Así continúa el maestro refiriéndose a la situación del humano que en modo alguno puede substraerse totalmente al derecho civil.²

II. GENERALIDAD DEL CÓDIGO CIVIL

Pero, ¿qué es el derecho civil? Haremos una breve referencia al complejo problema de conceptuarlo, solo como antecedente insoslayable del tema que trataremos a continuación.

Como siempre que se aborda un tema jurídico, la mirada obligada para el jurista formado en la cultura occidental, se orienta hacia el derecho romano.

Partiendo de la fórmula *ius civile*, como asevera Jorge Alfredo Domínguez Martínez, la primera acepción que encontramos deriva de su significado etimológico, y proviniendo la palabra civil de *civitas*, voz latina que quiere decir “ciudad”, es claro que derecho civil vendría a ser el derecho de la ciudad, que en la especie original es Roma, por lo que se entendería como el aplicable al pueblo romano y por extensión derivaría en el derecho que cada pueblo se da para sí.

En Roma se contrastó con el *ius gentium* o derecho de gentes, que concreta los principios que son comunes a los derechos de los diversos pueblos.³

Pero la anterior dicotomía no agota lo que en la antigüedad era el ámbito del derecho; aún resta la noción de derecho natural, ese derecho no escrito, perfecto, con el que el derecho positivo aspira a identificarse, pero cuyo contenido es incierto y queda finalmente a la apreciación de quien lo postula.⁴ Pero, ¿por qué la afirmación de que el contenido del derecho natural es

² Cfr. ORTÍZ-URQUIDI, Raúl. *op. cit.*, pp. XIII y XIV.

³ Cfr. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil. Parte General*, Editorial Porrúa, México, 2006, p. 8.

⁴ “La noción del *jus naturale* es formulada la primera vez por Cicerón, quien la toma de la filosofía de los estoicos. Más tarde es desmenuada por los jurisconsultos del imperio. Para ellos es un conjunto de principios emanados de la voluntad divina, apropiados a la misma naturaleza del hombre, e inmutables, porque son perfectamente conformes con la idea de lo justo” (PETIT, Eugène, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Editorial Porrúa, México. 1990,

incierto? Cabe aclarar que en la concepción grecolatina no lo era tanto, pues el contenido que generalmente se daba a ese derecho venía determinado por la religión o bien por la razón. En la perspectiva histórica, es factible advertir que, como acertadamente afirma García Máynez, ha solido denominarse derecho natural a “un orden intrínsecamente justo, que existe al lado o por encima del positivo”.⁵ La diferencia entre ambos derechos (el natural y el positivo) radica en su distinto fundamento de validez; el natural vale en cuanto es intrínsecamente justo; el positivo atendiendo a su valor formal, prescindiendo de la justicia o injusticia de su contenido. Existe gran variedad de concepciones, irreconciliables entre sí, acerca de cuál es la substancia del derecho natural, pues en lo único en que están de acuerdo los iusnaturalistas es en la dualidad, en la coexistencia de dos órdenes normativos, el del derecho positivo y el del derecho natural, que aspiran a regir la conducta humana, pero en cuanto se les interroga acerca de cuál es el contenido del segundo discrepan atribuyéndole variada fundamentación.⁶

Lo cierto es que en un momento determinado surgió la distinción entre derecho público y derecho privado, distinción que Ulpiano concentró en una fórmula que ha trascendido por los siglos, y que aún hoy se repite rodeándola de múltiples matices: *Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*.⁷ Obviamente, la distinción se basa en la índole del interés que está en juego.

La evolución posterior del derecho civil determinó que paulatinamente se fuera identificando con el derecho privado, mediando una clara separación

p. 21). Para otro notable romanista, Mackeldey, se entiende por derecho natural, “el conjunto de aquellos principios que derivan de la sola razón, o de aquellas reglas que naturalmente nacen del hecho de hallarse los hombres reunidos libremente en sociedad”. MACKELDEY, F., *Manual de Derecho Romano*, Imprenta de Don José María Alonso, editor, Madrid, 1847, p. 2.

⁵ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 29a. ed., Editorial Porrúa, México, 1978, p. 40.

⁶ Las ideas anteriormente expuestas tratan de resumir las que magistralmente expone García Máynez en su obra. Este destacado autor, refiere que existen múltiples iusnaturalismos derivados del disímil sentido que se da en cada uno de ellos, a la voz naturaleza. Es así como encontramos el iusnaturalismo *biológico*, que concibe Calicles como el predominio del más fuerte, pues es lo que resulta justo en el orden natural, ya que concuerda con las evidentes desigualdades que la naturaleza ha creado; el iusnaturalismo *teológico*, sostenido, entre otros, por Sócrates y Sófocles, que remite lo justo a la voluntad divina (esta voluntad, decimos nosotros, acaba siendo lo que supone el intérprete que es esa voluntad), el iusnaturalismo *racionalista*, tesis de acuerdo con la cual la *naturaleza* en que el derecho se funda, es la razón; el iusnaturalismo *sociológico* que entiende por naturaleza, la naturaleza social o socialidad natural del ser humano. Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *op. cit.*, pp. 41, 42 y 43.

⁷ VENTURA SILVA, Sabino, *Derecho Romano*, Décima cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 1997, p. 65.

del público.⁸ Posteriormente, el derecho civil sufrió desgajamientos que dieron lugar a nuevas ramas, como el derecho mercantil que permaneció ubicado dentro del privado y otras como el agrario y el del trabajo, que emigraron hacia un tercer género: el derecho social.

La identificación que en un cierto momento ocurrió entre el derecho civil y el privado, convirtió al primero en una suerte de derecho general, que, al decir de Domínguez Martínez, opera no solo con respecto a otras ramas del derecho privado, sino también tratándose de derecho público. Reproduce el doctor Domínguez un breve texto de Antonio Hernández Gil, que delimita el sentido y extensión del derecho civil:

El Derecho Civil no es todo el Derecho Privado, aunque en determinados momentos del proceso de su formación haya sido más aún que sólo Derecho Privado. Pero todavía hoy, como resultado de la antigua extensión, por su elaboración más acabada y, sobre todo, porque afecta a las relaciones más comunes y ordinarias de la vida, es el Derecho Privado General (o común, según la terminología legislativa), vigente como supletorio de otros ordenamientos especiales.⁹

Asimismo, el doctor Domínguez recuerda una categórica aserción de Ripert y Boulanger, quienes expresan:

No se debe considerar el derecho civil como una de las divisiones del derecho privado. El derecho civil, es el derecho común. Comprende el conjunto de reglas relativas a las instituciones de derecho privado, a los actos y a las relaciones jurídicas. Reglamenta las familias, el matrimonio, los contratos, las sucesiones. Los principios de derecho civil dominan todas las partes del derecho privado.¹⁰

⁸ Esta identificación es notoria en la época que nos ocupa. Javier Tapia Ramírez se interroga: “¿En qué siglo se considera el inicio de la separación del derecho civil del derecho público y cuándo se consuma esta separación? En el siglo XV, con la aparición del Renacimiento se modificó la estructura política medieval y surge el Estado Moderno, en el que se otorga importancia y relevancia al derecho del Estado o público, que estaba confundido o formaba parte del derecho privado. De esta manera se depura el término de derecho civil, para adquirir un significado de derecho romano, pero únicamente en el aspecto privado. Comienza a hablarse de la separación de ambos derechos: el público y el privado, pero es hasta el siglo XVIII cuando se consuma la citada separación, a la vez que del derecho privado o derecho civil se derivan otras ramas del derecho (mercantil, laboral, agrario) que desde sus orígenes se encontraban formando parte del *ius civile*”. TAPIA RAMÍREZ, Javier, *Derecho Civil. Primer Curso*, Editorial Porrúa, México, 2016, p. 11.

⁹ HERNÁNDEZ GIL, Antonio, citado por Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *op. cit.*, p. 36.

¹⁰ RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean, citados por Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *op. cit.*, p. 37.

Hasta aquí hemos contemplado aseveraciones de prestigiados autores que ponen de relieve el gran alcance que tiene el derecho civil, primero, como el padre de todas las ramas del derecho, y después como el de aquellas que integran el privado, manteniendo hasta la actualidad el carácter de derecho común o general.

Pero, ¿cómo demostrar o hacer patente la veracidad de esta afirmación, particularmente respecto del Código Civil?

Independientemente de que con frecuencia encontramos en diferentes ordenamientos jurídicos remisión a las disposiciones contenidas en el Código Civil o en el de Procedimientos Civiles,¹¹ es en el derecho civil donde encontramos los conceptos jurídicos universales que animan a las otras parcelas del derecho.

¿Cuáles son esos conceptos jurídicos de aplicación universal, que, partiendo del derecho civil, son insoslayables para las demás ramas del derecho?

Resultaría ahora una labor ímproba referirse a cada uno de ellos, pero sí podemos proponer algunos ejemplos:

- El concepto de *persona*, que es el sujeto de derechos y obligaciones. Todos sabemos que las relaciones jurídicas solo son susceptibles de existir entre sujetos de derecho; si no se es persona no se puede participar en una relación jurídica. ¿Puede contratar una familia (no sus miembros en particular), considerada como ente autónomo?, ¿puede celebrar contratos la sucesión a bienes de una persona?, ¿es cierto que el albacea representa a la sucesión? (como expresa la fracción VIII del artículo 1706 CCDF).
- Los conceptos de capacidad de goce y de ejercicio, ¿no son necesarios a todos los campos del derecho?
- Las nociones de inexistencia y nulidad, ¿no deben ser dominadas por todos aquellos que se precien de ser profesionales del derecho?

¿Y qué decir, en general, de la teoría del acto jurídico, cuyo conocimiento es básico e indispensable en la formación de todo jurista?

En la Facultad de Derecho de la UNAM, el programa de impartición de Derecho civil en la licenciatura comprende seis cursos: Personas, Instituciones de Derecho Familiar, Derecho Familiar Penal, Derecho Sucesorio en Relación con la Familia, Derecho Hereditario y Derecho Procesal Familiar. Es la asignatura a la que se dedica mayor número de semestres, además de

¹¹ En numerosos preceptos legales advertimos que en lugar de detallar por sí mismos algún punto legal, simplemente expresan, por ejemplo, “en los términos previstos en el Código Civil”.

que también se enseñan otras materias de procedencia civil (en efecto, algunas tienen su origen en esa rama del derecho, aunque actualmente tienden a desprenderse de la misma para integrarse al derecho familiar, ya como rama independiente).

Nos atrevemos a decir que existe consenso entre los profesores de la Facultad, acerca de que el derecho civil es la columna vertebral de la carrera de derecho; particularmente se piensa que quien no sabe obligaciones no es abogado.

Ciertamente, los principios que emanan del derecho civil sufren ocasionalmente, en su tránsito hacia otras ramas del derecho, modificaciones o alteraciones, para su adecuación a la materia de que se trate, pero no pueden abdicar enteramente a su origen civilista, lo cual implica que mantienen la esencia que determina su funcionamiento. Así ocurre con conceptos como la buena fe, el dolo o la violencia, vicios de la voluntad que pueden estar presentes en cualquier acto jurídico, sea éste de la índole que sea, afectándolo en su validez.

En síntesis, el derecho civil está presente en la vida de todo ser humano, incluso desde antes de que nazca (protegiendo al *naciturus* y eventualmente otorgándole personalidad bajo condición resolutoria en ciertas hipótesis jurídicas),¹² hasta su fallecimiento y aún después de éste, haciendo que se respete su voluntad presunta o constante en el testamento. Todo el actuar humano está impregnado por el derecho civil.

Es por lo anterior que se puede sostener sin ambages que el derecho civil, a través de la historia y hasta la actualidad, es el derecho general.

¹² Estas hipótesis jurídicas son básicamente dos: para la captación de una herencia y para la captación de una donación. Refiriéndose a la primera de ellas Asprón Pelayo explica: “Los concebidos son capaces de heredar desde el momento mismo de la muerte del autor de la sucesión, pero dicha capacidad está sujeta a la condición resolutoria legal de que no nazcan vivos, o de nazcan vivos, pero no viables, caso en el cual se destruyen retroactivamente los efectos, razón por la que debemos comprender que el presunto heredero nunca fue heredero”. ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel, *Sucesiones*, Mc. Graw-Hill / Interamericana Editores, México, 2008, pp. 14 y 15). ¿Cómo ocurren las cosas? Las podemos explicar sucintamente así: muere una persona que ha instituido como su heredero a un concebido; como a éste se le tiene por nacido para el efecto de captar la herencia (arts. 22, 1288 y 1314, a contrario sensu, CCDF), la hace suya de inmediato, pero bajo la condición resolutoria de que no nazca o no sea viable; siendo así, si no llega a nacer (por ejemplo, fallece en el parto) o si no es presentado vivo al juez del Registro Civil dentro de las veinticuatro horas siguientes al nacimiento o no subsiste por este lapso (art. 337 CCDF), la condición resolutoria se cumple, y la captación que había hecho de la herencia desaparece retroactivamente, como si jamás hubiera ocurrido. En cambio, si nace y es viable, la adquisición que había hecho *sub-conditions* se hace definitiva, pues la condición no se cumplió ni podrá cumplirse en el futuro, pues sólo se nace una vez.

III. SUPLETORIEDAD DEL CÓDIGO CIVIL

El Diccionario de la Real Academia Española ofrece un breve y claro concepto que compendia muy bien qué debe entenderse por “supletorio”: “Adj. Que suple una falta”; esto es, una ausencia.

En la tarea de impartir justicia, el juez puede tropezar con la circunstancia de que la norma que debe aplicar para resolver una cierta controversia o solventar una determinada situación, no aparece expresada en el ordenamiento en donde debiera figurar, pero sí, en cambio, en otro diferente. Es decir, que sí existe la norma atinente al caso, solo que ubicada en un cuerpo legal distinto al que se viene aplicando. Es entonces la ocasión de recurrir a esa norma externa para adoptar la decisión que corresponde.

Antes de continuar exponiendo el punto relativo a la aplicación supletoria de preceptos del Código Civil, lo que tiene lugar en muchos casos, conviene puntualizar que la tarea vinculada con la misma, no debe confundirse con su integración o con su aplicación analógica.

Según acabamos de aseverar, tratándose de la aplicación supletoria de la ley, ésta sí existe, solo que externamente, por lo cual es preciso remitirse a ella, a lo que en ocasiones se procede por prescribirlo así el propio ordenamiento o bien el juzgador la localiza y recurre a ella para dirimir o superar la cuestión que se le ha planteado.

Es diferente el caso de la supuesta necesidad de integrar derecho para llenar las mal llamadas lagunas del mismo (en todo caso, las lagunas serían de la ley, no del derecho), pues lo cierto es que no existen tales; lo que acontece, explica Kelsen, es que “la decisión lógicamente posible parece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina por admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente”.¹³ En síntesis, lo que se está suponiendo es que la norma que permitiría resolver adecuadamente y en justicia el caso concreto, no existe y por tanto hay que generarla, tarea que toca al juzgador; pero ello no implica que deba llenar una laguna del

¹³ KELSEN, Hans, *Teoría del Derecho*, EUDEA Editorial Universitaria de Buenos Aires, Tercera Edición, Buenos Aires, Argentina, 1963, p. 173.

Kelsen sostiene que “la tesis que afirma la existencia de lagunas del derecho, es una ficción. El juez siempre podrá resolver atendándose al derecho vigente. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente”.

derecho, sino (si está legalmente autorizado para ello) integrar derecho, o sea crear una norma para resolver la controversia extraordinaria que se somete a su juicio, pues no debe eludir su conocimiento y solución pretextando la ausencia de norma específica.¹⁴ No se colma una laguna preexistente en el derecho, sino que se le enriquece agregando lo necesario para dirimir el asunto de que se trate.

No obstante que también existe cierta semejanza entre la aplicación supletoria de la ley y la analogía, es clara la diferencia que se percibe entre ambas. A la primera ya nos referimos, y para los efectos de la confrontación a que procederemos, interesa dejar claro que, tratándose de la dicha aplicación supletoria, la norma que emplearemos ya existe, solo que en un ordenamiento diferente del aplicable prioritariamente al punto de que se trate. En la segunda, la norma para el caso específico no existe, aunque sí hay alguna que resuelve otro que guarda gran semejanza con el primeramente contemplado, por lo que no riñe con el derecho que se le adjudique la misma solución, siempre actuando a *pari ratione* y considerando la *ratio legis* que inspiró la disposición aplicable al sí previsto, a efecto de apreciar la profundidad de la similitud. El notable jurista milanés Andrea Alciato condensó la esencia de la analogía en el principio que lleva su nombre: *ubi eadem ratio, ibique eadem legis dispositio* (donde hay las mismas razones se deben aplicar las mismas disposiciones).

Pero retornemos al tema central que nos ocupa en este apartado, o sea el relativo a la función de supletoriedad que cumple el Código Civil respecto de otros cuerpos legales. Como afirmamos previamente, a veces es el juzgador quien indaga si en alguno de los ordenamientos vigentes aparece la norma que utilizará para solventar el asunto sometido a su conocimiento; en otras, es la propia norma la que lo remite a aquella que deberá observar, ahorrando así el reproducirla, puesto que ya consta en la legislación que actuará como suplente; por ejemplo, el artículo 174 de la Ley del Notariado del Distrito Federal, preceptúa.

Artículo 174.—Si no hubiere testamento, los herederos, en el orden de derechos previsto por el Código Civil, comparecerán todos ante Notario en compañía de dos testigos idóneos; exhibirán al Notario copias certificadas del acta de defunción del autor de la sucesión y las que acrediten su entroncamiento; declararán bajo protesta de decir verdad sobre el último domicilio del finado, y que no conocen de la existencia de persona alguna diversa de ellos con derecho a

¹⁴ En el Código Civil vigente, el juez tiene la obligación de resolver todos los asuntos que le son sometidos (art. 18).

heredar en el mismo grado o en uno preferente al de ellos mismos. El Notario procederá a tomar la declaración de los testigos por separado, en los términos previstos para las diligencias de información testimonial por el artículo 801 del Código de Procedimientos Civiles. Acto seguido, se procederá en los mismos términos previstos por el artículo anterior, para lo relativo a la aceptación o repudio de los derechos hereditarios, el nombramiento de albacea y la constitución o relevo de la caución correspondiente.

En este precepto se advierte tanto al Código Civil como al de Procedimientos Civiles, actuando como supletorios con relación a la Ley del Notariado. La remisión al Código Civil que formula esa Ley, no es muy precisa, pues se omite señalar los preceptos aplicables, en tanto que únicamente se menciona que en sucesión intestamentaria, los herederos deben comparecer ante el notario “en el orden de derechos previsto por el Código Civil”; por el contrario, el envío al de procedimientos es puntual, pues se concreta que el notario debe proceder a tomar la declaración de los testigos, “en los términos previstos para las diligencias de información testimonial por el artículo 801 del Código de Procedimientos Civiles”.

IV. SISTEMÁTICA DEL CÓDIGO CIVIL

Si vamos a estudiar la sistemática del Código Civil, lo primero que debe ocupar nuestra atención es determinar qué se entiende por sistema. El Diccionario de la Lengua Española asigna una pluralidad de significados, de los cuales, para los efectos de nuestro estudio, revisten importancia dos: “1. Conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí. 2. Conjunto de cosas que relacionadas entre sí contribuyen a determinado objeto”.

José Gomís y Luis Muñoz entienden por sistema al “conjunto de reglas o principios establecidos acerca de determinada materia mediante una coordinación razonada de todos ellos”.¹⁵

La introducción de un sistema en la ordenación y el estudio de cualquier materia es insoslayable; es tanto como poner orden en el caos, como fijar un itinerario por el cual debe transitar la investigación y el análisis que se realiza, para llegar a conclusiones válidas. El sistema concreta la relación orgánica de las partes de un todo, dándoles una secuencia lógica.

¹⁵ GOMÍS, José; MUÑOZ, Luis, *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, t. I, Edición de los autores, México, 1942, p. 30.

Observa Domínguez Martínez que:

Independientemente de la disciplina jurídica de que se trate, tanto su exposición doctrinal y docente como su regulación en cuerpos legales requieren de un orden en su planteamiento; lo contrario acarrearía una serie de desarticulaciones e incongruencias orilladoras al padecimiento de un desorden hasta caótico, por una ininteligibilidad tal, que se traduciría en lagunas, contradicciones e inoperancias y hasta en falta de utilidad de su contenido.¹⁶

El derecho debe ordenarse conforme a un sistema, porque ello facilita su conocimiento teórico y su aplicación práctica.

Algunos autores, Ihering por ejemplo, nos hablan de una “anatomía” y de una “fisiología” del derecho, para dar idea de que funciona como un organismo vivo, de que es un sistema que se asemeja en ese funcionamiento al biológico.¹⁷

Si hojeamos algún ordenamiento jurídico positivo, descubrimos que está constituido por libros o secciones, títulos, capítulos y artículos reguladores de la conducta humana. Cada una de esas secciones está abocada al estudio de un ámbito del comportamiento humano y orientada de acuerdo a determinados principios que la informan y guían. El conjunto de ordenamientos jurídicos armonizados según principios comunes, constituyen el sistema jurídico de un país.

Previamente a ocuparnos de la sistemática que sigue el Código Civil del Distrito Federal (ahora de la Ciudad de México), hagamos una breve digresión acerca de los planes que se han propuesto para la ordenación del contenido del derecho civil en general, partiendo de la antigüedad clásica.

Podemos afirmar que en el derecho romano antes de Gayo no existía una clasificación ordenada de las materias integrantes del derecho; fue con este notable jurista que se concretó la condensación de las reglas de derecho en tres grupos atendiendo a su contenido: personas, cosas y acciones.¹⁸ El Plan Gayo se conoce también como Plan romano-francés, por la recepción que de él hicieron los franceses, adecuándolo en lo que estimaron conveniente.¹⁹

El Plan Gayo corrió con fortuna. La tripartición propuesta por su autor, fue incorporada en la legislación justiniana, concretamente en los libros de las *Institutas*, aunque con modificación, pues no se le dividió en tres sino en

¹⁶ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *op. cit.*, p. 39.

¹⁷ Este párrafo y el siguiente están inspirados en la exposición que sobre este punto hacen José Gomís y Luis Muñoz (*op. cit.*, pp. 30 y 31).

¹⁸ Cfr. GOMÍS, José y MUÑOZ, Luis, *op. cit.*, p. 43.

¹⁹ Cfr. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *op. cit.*, p. 41.

cuatro. Durante la Edad Media, constituyó un auténtico dogma para glosadores y posglosadores, y su influencia atemperada por el paso de los siglos se percibe todavía en algunas legislaciones decimonónicas. Empero, por esta época surgieron fuertes críticas en su contra, que José Gomís y Luis Muñoz sintetizan de la siguiente manera:

1°. Se puede caer en el vicio de considerar a las personas en igual condición que a las cosas; 2°. Las acciones son de carácter adjetivo y no sustancial, y por tanto pertenecen al Derecho Procesal y no al Civil; 3°. En la parte titulada *derecho de las cosas*, los romanos comprenden instituciones que no son derechos reales, como las sucesiones, donaciones y otras; 4°. La división tripartita no concuerda por defecto con la doctrina de la relación jurídica; y 5°. Según Savigny esa división carece de autoridad histórica en su aplicación.²⁰

A consecuencia de estas críticas surge el Plan de la Escuela Alemana o Plan Savigny, llamado así por provenir de este autor su formulación. El desarrollo de éste reposa sobre la forma como se proyecta en el ámbito jurídico el actuar humano. Los autores que recién hemos citado (Gomís y Muñoz) lo resumen esquemáticamente en los siguientes términos:

El hombre, al manifestar su actividad en la sociedad, origina relaciones jurídicas. Cuando obra en relación con su propia persona crea los llamados derechos absolutos (derechos a la dignidad, a la vida, a la libertad, etc.), que no corresponden a nuestra disciplina. Cuando desenvuelve su actividad —dice Savigny— sobre sus semejantes, crea los llamados derechos adquiridos, que son objeto de nuestro estudio. El hombre actúa así, bien sobre el mundo exterior económico para obtener de él lo pertinente a sus necesidades, bien sobre los demás hombres para recibir de ellos o para prestarles aquello que sea útil a los fines generales de la Humanidad. En el primer caso, el hombre crea los derechos reales; en el segundo, los derechos de obligaciones. Pero el hombre está supeditado al mandato de la Naturaleza que le impele a reproducirse. En función de esta actividad crea la familia y, por ende, las relaciones jurídicas a ella atinentes —el yo ampliado que decía Savigny—. Estas últimas sobreviven al individuo, eslabón pasajero de la especie, y de aquí que cuando fallece brotan relaciones jurídicas especiales, lo que da origen al derecho de sucesiones.²¹

Modernamente, la mayoría de los códigos civiles de occidente suelen registrar la influencia de uno u otro plan, pues o bien siguen al Código Civil Francés, que en buena medida se sujeta al Plan Gayo, o bien se inclinan por

²⁰ GOMÍS, José y MUÑOZ, Luis, *op. cit.*, p. 43.

²¹ GOMÍS, José y MUÑOZ, Luis, *Loc. cit.*

el Código Civil Alemán que acoge básicamente el propuesto por Savigny. No decimos que ese influjo se manifiesta como un seguimiento puntual del plan relativo, pero sí que es reconocible una cierta reminiscencia de alguno de esos sistemas. Lo anterior no excluye la existencia de códigos que poseen una sistemática diferente y propia que se aparta de lo tradicional.

El Código Civil Francés desarrolla el siguiente plan:

- Título Preliminar
- Libro I. De las personas
- Libro II. De los bienes y las diferentes modificaciones a la propiedad
- Libro III. De los diferentes modos de adquirir la propiedad
- Libro IV. De las garantías
- Libro V. Disposiciones aplicables a Mayotte²²

Según se puede apreciar, se substituye la parte que el Plan Gayo dedica a las acciones por el libro de los diversos modos de adquirir la propiedad. Esto último implica la separación entre el derecho sustantivo y el procesal.

El plan a que se sujeta el Código Civil Alemán es como sigue:

- Libro 1. Parte General
- Libro 2. Derecho de las Obligaciones
- Libro 3. Derecho de las cosas
- Libro 4. Derecho de Familia
- Libro 5. Derecho Sucesorio

En cuanto a los códigos civiles mexicanos, el más antiguo de ellos que lo es también de Iberoamérica, el Código Civil del Estado de Oaxaca de 1827-28, aunque su publicación quedó inconclusa, muestra clara tendencia a acoger el modelo francés. Los códigos civiles de 1870 y 1884 siguieron la huella del español que les fue contemporáneo y, por tanto, puede aseverarse que en mucho están contruidos sobre el esquema del Código Civil Francés, aunque con diferencias evidentes.

El Código Civil de 1928, que lo fue para el Distrito y Territorios Federales, incluye:

- Disposiciones Preliminares
- Libro Primero. De las personas
- Libro Segundo. De los bienes

²² MAYOTTE (MAOTE O MAHOTI). Es una isla del Archipiélago de las Comores, ubicada en el estrecho de Mozambique, entre Madagascar y África. Fue cedida en 1841 a Francia por el Sultán. Cfr. *Diccionario Enciclopédico Abreviado*, 2a ed., t. IV, Espasa-Calpe Argentina, Buenos Aires-México, pp. 646 y 647.

- Libro Tercero. De las sucesiones
- Libro Cuarto. De las obligaciones
- Primera Parte. De las obligaciones en general
- Segunda Parte. De las diversas especies de contratos

El Código Civil de 2000, actualmente en vigor, es en realidad una reproducción mutilada y mal hecha del Código Civil precedente, o sea el de 1928, convertido mediante un acto de prestidigitación en el Código Civil del Distrito Federal.²³ Debido a ello, los libros en que se divide son exactamente los mismos que incluía su predecesor, por lo cual debe bastar lo expresado, sin que tengamos ahora que elaborar un listado como los que venimos efectuando respecto de los ordenamientos previamente referidos.

En nuestro concepto el Código Civil en vigor se aproxima en su sistemática al Código Civil Francés, e incluso si buscamos un antecedente más remoto a la propuesta de Gayo.

En efecto, los dos primeros libros “De las personas” y “De los bienes”, presentan una clara influencia de la sistemática ideada por Gayo, que el Código Civil Francés hace suya; el tercer libro “De las sucesiones”, corresponde al tercero del repetido Código “De los diferentes modos de adquirir la propiedad”, pues aunque a primera vista no se echa de ver esa correspondencia, si contemplamos como inicia el desglose de las materias que comprende el Libro Tercero del Código Civil galo, vamos a percatarnos de que precisamente lo primero que aborda es la materia sucesoria. ¿A qué se debe esto? Creemos que a la influencia que de alguna manera se origina en el derecho romano, de considerar a la sucesión *mortis causa* como un modo de adquirir la propiedad, que es esencialmente lo que acontece con la herencia. La misma palabra sucesión es indicativa de un cambio subjetivo en una relación jurídica, pues hay sucesión (que puede tener lugar *inter vivos* o *mortis causa*) cuando en una relación jurídica uno de los sujetos involucrados en ella es reemplazado por otro (es decir, lo sucede en la relación); esto ocurre

²³ El Código Civil vigente no fue generado por un proceso legislativo normal, sino por una conversión de dudosa constitucionalidad. El Artículo Primero del Decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el día 25 de mayo de 2000, expresa: “ARTÍCULO PRIMERO.—El Código Civil para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República en Materia Federal vigente, promulgado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el veintiséis de marzo de mil novecientos veintiocho, en vigor a partir del primero de octubre de mil novecientos treinta y dos, según decreto publicado por el mismo diario el día primero de septiembre de mil novecientos treinta y dos, con sus reformas y adiciones publicadas hasta esa fecha y junto con las reformas a que se refiere este decreto, en el ámbito de aplicación del fuero común, se denominará Código Civil para el Distrito Federal”.

con el heredero, que, al adquirir a título universal, asume el activo y el pasivo del *de cuius*.

El Libro Cuarto del Código Civil vigente en el Distrito Federal “De las obligaciones”, está vinculado también con el Libro Tercero del Código Civil Francés, particularmente con los títulos de éste, “III. De los contratos o de las obligaciones convencionales en general”, “IV. De las obligaciones que se forman sin convención”, y enseguida con una serie de títulos que se refieren a diferentes tipos específicos de convenios o contratos que está por demás reproducir.

Desde otro punto de vista, la sistemática del derecho civil se puede observar de la siguiente manera:

1. *Orientación ideológica*. El Código Civil de 2000 refleja en buena parte las tendencias ideológicas que heredó del Código Civil de 1928, mismo que se autocalifica en la parte introductoria del mismo intitulada “Motivos de este Código”, de “Código Privado Social” (párrafo noveno). A continuación, en una serie de párrafos que resultaría prolijo reproducir o comentar hace profesión de la ideología socialista, que en momentos enfatiza: “una socialización del derecho será un coeficiente indispensable de la socialización de todas las otras actividades, en oposición al individuo egoísta, haciendo nacer así un tipo de hombre más elevado: el hombre social. Socializar el derecho significa extender la esfera del derecho del rico al pobre, del propietario al trabajador, del industrial al asalariado, del hombre a la mujer, sin ninguna restitución ni exclusivismo. Pero es preciso que el derecho no constituya un privilegio o un medio de dominación de una clase sobre otra”.

Estos designios infortunadamente no se cumplieron de modo cabal. La realidad los frustró en parte y el articulado del código no es el de un código privado social, sino apenas el de un código socializante.

En resumen, a la codificación civil mexicana no se le puede ubicar entre las socialistas, aunque sí está fuertemente influida por esa corriente del pensamiento, pues el Código de 1928, su antecesor, surgió en tiempos inmediatamente posrevolucionarios, cuando estaban en boga en el mundo tales ideas que recogió parcialmente y trasladó al vigente; diríamos de éste que participa de las tendencias individualista y socialista.

2. *Preeminencia de la legislación escrita*. El Código Civil y en general la legislación nacional (la ley) tiene aplicación preeminente respecto de otras fuentes del derecho, lo cual, por otra parte, es característica de los cuerpos legales de tradición latina, en contraste con el derecho consuetudinario de las naciones anglosajonas (el Common Law).

El artículo 14 constitucional, contiene dos párrafos significativos al respecto:

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

(párrafo cuarto) En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme *a la letra o a la interpretación jurídica de la ley*, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

En nuestro medio, establece el artículo 9° del Código Civil que:

Artículo 9. La ley sólo queda abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente o que contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la ley anterior.

Confirma lo precedente el dispositivo 10 del mismo ordenamiento legal:

Artículo 10. Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario.

De estos preceptos se deduce el imperio absoluto de la ley, sobre costumbres y tradiciones.

HACIA UN NUEVO PARADIGMA DE LA HERMENÉUTICA JURÍDICA EN MÉXICO

Alfredo Bazúa Witte



Humpty Dumpty sat on a wall,
Humpty Dumpty had a great fall.
All the king's horses and all the king's men
Couldn't put Humpty together again
Opie & Opie

I. INTRODUCCIÓN

Sirva la citada rima infantil como una metáfora de nuestro sistema jurídico, en el que el cascarón (Humpty Dumpty) es el paradigma positivista que subsistió en materia de interpretación jurídica hasta el pasado 9 de junio de 2011. La pared en la que se sostenía era el texto constitucional antiguo, y la “gran caída” de Humpty representa la reforma al artículo 1 constitucional del 10 de junio de 2011, y a partir de ella se rompe y fragmenta el paradigma preconstituido, de tal manera que ni los caballos ni los hombres del rey pueden reconstruirlo. Esta ruptura no es otra cosa que la oportunidad de replantear no solo nuestro concepto de hermenéutica jurídica, sino la forma de entender la totalidad de nuestro sistema legal.

II. EL NEOCONSTITUCIONALISMO MEXICANO

El texto relevante del artículo 1 constitucional, a partir de la antes citada reforma, es el siguiente:

En los Estados Unidos Mexicanos, todas las personas gozarán de los *derechos humanos reconocidos* en esta Constitución y en los *Tratados internacionales* de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías

para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos *se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.*

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

Encontramos en el texto resaltado los principales cambios realizados al sistema de garantías individuales que había prevalecido en nuestro orden constitucional desde 1917, y que en términos muy generales podríamos enumerar como sigue:

A. APERTURA DEL CATÁLOGO DE DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos con rango constitucional no solo serán aquellos que establezca la propia Carta Magna. Por el contrario, la misma Constitución enfatiza que reconoce algunos de estos derechos, que son inherentes a todas las personas. Esto quiere decir, en primer término, que no es la Constitución la fuente de los derechos, pues no los otorga como quien concede un privilegio. El solo cambio de verbo en el texto constitucional revoluciona de manera absoluta el sistema jurídico nacional que tanto tiempo estuvo influenciado por el positivismo kelseniano, en el que todo empieza y termina con la “norma fundamental”, a saber, la Constitución.

El nuevo esquema constitucional abandona esa falsa autosuficiencia del sistema jurídico que pretendía encontrar en un texto todas las respuestas a todas las situaciones posibles en todos los tiempos y en todos los ámbitos. La propia Constitución desciende de su pedestal (al menos en materia de derechos humanos) para humildemente asumirse como uno más en la larga lista de instrumentos de reconocimiento de derechos que incluye, como se verá más adelante, a los tratados internacionales. El catálogo de derechos humanos pasa de ser *numerus clausus* a ser *numerus apertus*.

B. OBLIGACIONES DE LAS AUTORIDADES

El texto constitucional establece cuatro clases de obligaciones en materia de derechos humanos para todas las autoridades nacionales.¹

A. Obligaciones de Respeto. Consisten básicamente en la “no injerencia”; esto es, no obstaculizar o impedir el acceso al goce del derecho.

B. Obligaciones de Protección. Consisten en impedir que terceros, ya sean personas físicas o morales, obstaculicen o impidan el acceso y goce del derecho.

C. Obligaciones de Garantía. Consisten en establecer mecanismos que permitan que el titular del derecho acceda al mismo.

D. Obligaciones de Promoción. Consisten en desarrollar condiciones que faciliten el acceso al derecho incluyendo medios de provisión directa.

Estas categorías de obligaciones claramente muestran que ya no se limitan a un “no hacer” por parte del Estado, sino que establecen obligaciones positivas que requieren acciones reales y concretas, y, más aún, medibles y evaluables por parte de las autoridades.

C. PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN

Si el catálogo de derechos humanos se ve expandido por el nuevo texto del artículo 1 constitucional, sucede lo mismo con el catálogo de principios de interpretación, que anteriormente solo se consideraba compuesto por los principios enumerados por el artículo 14 del mismo código político y por los diversos códigos civiles.

A partir de la reforma se impone la obligación a todas las autoridades de adoptar los siguientes principios en la aplicación y la interpretación de normas en materia de derechos humanos:

- Universalidad. Los derechos humanos son aplicables a todas las personas SIN DISCRIMINACIÓN de ninguna índole.
- Indivisibilidad. Los derechos humanos no tienen jerarquía entre sí.
- Interdependencia. Los derechos humanos están relacionados recíprocamente entre sí, por lo que todos son necesarios para el desarrollo de la persona.
- Progresividad. El desarrollo de los derechos humanos no es un trabajo terminado, y debe ser constante y sin regresividad, esto es, que

¹ Ver Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, expediente SUP-JDC-9167/2011 Juicio para la protección de los derechos político electorales del ciudadano, Rosalva Durán Campos *et al v.* Consejo General del Instituto Electoral de Michoacán.

el alcance de un derecho reconocido no puede perder ese carácter, salvo que ello se encuentre justificado por razones de suficiente peso.²

Pero no solamente se amplió el catálogo de principios de interpretación, también sus reglas de aplicación. Anteriormente, los principios de interpretación jurídica (principios generales del derecho) eran supletorios de la ley, de manera que, si la letra de ésta era clara, no había necesidad de interpretarla. Ahora, el nuevo constitucionalismo interpretativo obliga a tomar en cuenta los principios, aun frente a la claridad del texto legal, de modo que el mismo siempre conduzca a la protección más amplia de la persona. Ello nos lleva a eliminar la concepción de la autoridad administrativa como mera ejecutora de la ley, e igualmente con la autoridad judicial, quien tiene la obligación de ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio*,³ tal y como lo manifestó la Suprema Corte de Justicia de la Nación:⁴

1. *Los jueces del Poder Judicial de la Federación al conocer de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y de amparo, pueden declarar la invalidez de las normas que contravengan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos*

2. *Los demás jueces del país, en los asuntos de su competencia, podrán des-aplicar las normas que infrinjan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, sólo para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones, y*

3. *Las autoridades del país que no ejerzan funciones jurisdiccionales, deben interpretar los derechos humanos de la manera que más los favorezca, sin que estén facultados para declarar la invalidez de las normas o para desaplicarlas en casos concretos (énfasis añadido)*

Los anteriores criterios deben aplicarse de oficio y en suplencia de queja, ya que los derechos humanos no deben ser invocados para hacerse valer, pues son inherentes a la persona misma.

² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Acevedo Buendía *et al* vs. Perú, sentencia de primero de julio de 2009, párrafo 103.

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos, sentencia de 23 de noviembre de 2009, párrafo 339 (refiriéndose a la Convención Americana de Derechos Humanos). En el mismo sentido, Suprema Corte de Justicia de la Nación, expediente Varios 912/2010 Sentencia de siete de septiembre de 2010 y Varios 489/2010 Sentencia de 23 de noviembre de 2009.

⁴ En sesión pública ordinaria del Pleno celebrada el catorce de julio de 2011 en el que por mayoría de siete votos.

D. NUEVAS PAUTAS DE INTERPRETACIÓN

Conforme a la multicitada reforma, los derechos humanos deben ser interpretados de acuerdo con la Constitución, y los tratados internacionales, por su parte, deben ser interpretados buscando la protección más amplia de los mismos y, en su caso, deben ser ampliados en su alcance y nunca restringidos, suprimidos o hechos nugatorios. Esto es, buscar la interpretación que más proteja a la persona. Esta determinación está establecida en el principio *pro homine* o *pro personae* que establecen el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,⁵ el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁷

Este principio básico cuenta con tres diferentes posibilidades de aplicación:⁸

...

1. Ante la existencia de dos o más normas aplicables a un caso concreto, *se prefiere el uso de la norma que garantice de mejor manera el Derecho*
2. Ante dos o más posibles interpretaciones de una norma se debe *preferir aquella que posibilite el ejercicio del Derecho de manera más amplia*
3. *Ante la necesidad de limitar el ejercicio de un derecho se debe preferir la norma que lo haga en la menor medida posible.* (énfasis añadido)

En este orden de ideas, resulta fundamental refrescar nuestro conocimiento en materia de interpretación, ya que la misma se constituye, ya no como la excepción, sino como regla general de nuestro actual sistema jurídico.

Para ello, revisaremos la teoría hermenéutica de Ronald Dworkin que es quizás la más importante aportación a la teoría jurídica de los últimos tiempos.

III. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA LUZ DE LA TEORÍA DE RONALD DWORKIN

El punto más importante de la teoría de Dworkin radica en una teoría que gira en torno a la noción de derechos, anteriores a toda ley, convención

⁵ Cfr. Artículo 5.

⁶ Cfr. Artículo 5.

⁷ Cfr. Artículo 29.

⁸ Ver Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, expediente SUP-JDC-9167/2011 Juicio para la protección de los derechos político electorales del ciudadano, Rosalva Durán Campos *et al* v. Consejo General del Instituto Electoral de Michoacán.

o contrato hipotético, y que, por ello, no están sujetos a la negociación política ni a un supuesto cálculo de intereses colectivos.

De hecho, en “Tomarse los derechos en serio” el autor aboga por un gobierno para el que las libertades no sean un simple recurso retórico, un gobierno que vele por el reconocimiento de los derechos que no solo representan una dimensión subjetiva de protección al individuo, sino que deben constituir criterios preferentes en los cuales los juzgadores funden su argumentación jurídica. Así, aun ante un “caso difícil”, el juzgador debe optar por aquella solución que resulte más afín con los derechos humanos.

Desde la perspectiva de Ronald Dworkin, los derechos fundamentales no pueden o deben ser producto de la implementación del Estado o de la costumbre, pues son estos mismos derechos los que evalúan tanto las leyes escritas como las consuetudinarias, y determinan su vigencia y aplicabilidad. Por ello, deben estar por encima de la ley y la costumbre, y existir incluso de forma independiente.

Esta visión es precisamente la que se desprende del texto vigente del artículo 1 constitucional y, en consecuencia, rompe con los paradigmas positivistas de aplicación e interpretación del derecho que hasta ahora han imperado en la práctica jurídica de nuestro país. Por lo tanto, no podemos sino realizarnos la siguiente interrogante: ¿estamos frente a una nueva teoría del derecho que desbanca al positivismo jurídico?

Partiendo de las premisas antes apuntadas y del análisis del nuevo texto del artículo 1 constitucional, resulta evidente el cambio de paradigma en nuestro sistema jurídico que corta de tajo con la visión cerrada de la hermenéutica y obliga a adoptar una visión abierta de la misma. También otorga a toda autoridad la obligación de interpretar el derecho para hacerlo acorde a los derechos humanos reconocidos, facultad que antes estaba reservada a jueces federales y solo mediante los procedimientos de amparo (efectos particulares), acción de inconstitucionalidad y controversia constitucional (efectos generales).

Pero el cambio de paradigma no termina ahí, sino que modifica a todo el ordenamiento legal. Así, por ejemplo, en materia civil, queda implícitamente sin efecto el carácter subsidiario que se daba a la interpretación jurídica, es decir, que ésta solo se requería ante la falta de ley u oscuridad de la misma.

Este “control difuso” de la constitucionalidad en materia de derechos humanos, hace forzoso adoptar nuevas técnicas de interpretación y argumentación jurídica privilegiando la aplicación de principios jurídicos, que anteriormente fueron siempre considerados secundarios ante las normas.

Estos principios, que si bien siempre han sido parte de nuestro sistema jurídico,⁹ ahora cobran una relevancia que antes no tenían, dando un giro de 180 grados para pasar de la parte más baja de la jerarquía normativa a ocupar el mismo puesto que la propia Constitución.

Lo que para muchos parecerá herejía jurídica —interpretar la Constitución, incluso integrarla con base en principios generales— es hoy el nuevo paradigma hermenéutico nacional; su nombre: neoconstitucionalismo.

Advierte Comanducci¹⁰ que no debe confundirse el neoconstitucionalismo con una corriente teórica que estudia el derecho constitucional, sino que “contiene toda una declaración de principios: proclama el cambio de paradigma jurídico y se postula como la teoría del derecho de la nueva era”.

Debe enfatizarse que no existe una definición universalmente aceptada de neoconstitucionalismo, probablemente porque se trata de un concepto en construcción y en discusión en los círculos académicos de la filosofía jurídica. Sin embargo, sí pueden destacarse algunas de sus particularidades, mismas que pueden servir para distinguirlo de otros enfoques.

Para Susanna Pozzolo,¹¹ el neoconstitucionalismo es la aproximación iusfilosófica al derecho que, entre otras cosas, implica el desplazamiento de la supremacía de la norma hacia los principios y del legislador al juzgador. Por lo tanto, debe asumirse que el modelo neoconstitucionalista rechaza el concepto positivista de la norma como fundamento absoluto de todo lo que es derecho.

Entre los precursores del neoconstitucionalismo suelen citarse a Dworkin, Ferrajoli, Alexy, Nino, Campbell o Zagreblesky. Todos ellos, por diversas vías, concluyen que el derecho va más allá de los límites positivistas del texto de la ley. Ahora bien, María Ángeles Ahumada considera que no es coincidencia que todos ellos sean filósofos o teóricos del derecho, más que constitucionalistas, politólogos o historiadores, ya que toda nueva concepción del derecho debe comenzar a plantearse desde el ámbito superior de la filosofía del derecho, y de ahí ir permeando a las capas más prácticas de la teoría y práctica jurídica y a otras disciplinas sociales.

Al hablar de neoconstitucionalismo se habla de una corriente que cuestiona las propias raíces del Estado y su función. No es, pues, “el traje nuevo del emperador”, sino el cuestionamiento del imperio en su totalidad.

⁹ Artículo 14 constitucional, artículo 19 del Código Civil Federal, y sus correlativos en las entidades federativas.

¹⁰ AHUMADA, Ma. Ángeles, *Neoconstitucionalismo y Constitucionalismo*, en COMANDUCCI, Paolo et. al., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Fontamara, Madrid, 2009.

¹¹ Referida por AHUMADA, *Ibidem*, p. 129.

Podría afirmarse que se rompe con el lastre positivista de la jerarquía normativa, no solo cuantitativamente, sino de manera cualitativa. Esta afirmación queda ilustrada con la siguiente cita:

Nadie sostendría seriamente que el gran cambio acontecido consiste en que la pirámide normativa ahora tiene un peldaño más.¹²

Efectivamente, el cambio en el artículo 1 de la Constitución es un cambio trascendental que incide en su propia composición, que ya no se encuentra “contenida” en su texto.

Para el neoconstitucionalismo, la Constitución es un todo armónico compuesto por normas y principios, escritos y no escritos, que deben interpretarse sistemáticamente para permitir que el conjunto sea coherente. Valga la comparación con la Biblia, que está compuesta por 73 libros distintos, escritos en diferentes estilos literarios y en diferentes épocas, y que sin embargo pueden interpretarse armónicamente entre sí y no de manera letrística y fuera de contexto, como es costumbre de algunas denominaciones pseudocristianas.

Otro ejemplo de la aplicación hermenéutica constitucional armónica lo encontramos en la resolución del “caso suroeste” por el Tribunal Constitucional Federal Alemán,

Un precepto constitucional concreto no puede ser considerado como una cláusula aislada e interpretarse por separado. La Constitución tiene una unidad interna y el significado de cualquiera de sus partes está ligado al de otros preceptos. Tomada como unidad, la Constitución refleja ciertos principios capitales y decisiones fundamentales a los que se subordinan los preceptos concretos.¹³

En la llamada “era de los derechos”¹⁴ el rol del Estado cambia, transformándose en “campeón”¹⁵ de los derechos humanos en pro de aquellos incapaces de ejercerlos por sí mismos. Así, los individuos se reconocen como fundamento y fin del Estado, borrando la imaginaria frontera, nos dice Ahumada, entre Estado y sociedad.

Por tanto, y siguiendo la línea de argumentación de la autora antes citada, puede concluirse que los principios y reglas fundamentales no lo son porque estén en la constitución, sino que están en la constitución porque son fundamentales. Su fuente, pues, ya no se encuentra en un texto, sino que debe

¹² *Ibidem*, p. 142.

¹³ Tribunal Constitucional Federal Alemán, 1BVerfGE (1951) p. 14.

¹⁴ BOBBIO, N, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1990.

¹⁵ En el sentido de las justas medievales en las que el honor de una doncella, familia, o de un pueblo era defendido por un “campeón” que tomaba las armas en su nombre.

buscarse en el propio origen y fin de la constitución, a saber, la persona humana.

No obstante de reconocer a los principios jurídicos, este nuevo estatus es solo el inicio. De ello derivarán inmensas y colosales tareas para los doctrinarios del derecho, pues ahora habrá de pronunciarse sobre muy diversas cuestiones. En primer término, por ejemplo, ¿cuáles son estos principios? ¿Existe un catálogo de ellos? ¿Cuáles son sus fuentes directas? ¿Cómo armonizan entre sí? ¿Qué efectos tienen en la práctica? ¿Cuál es su naturaleza? ¿Son inmutables y universales o dependen de un tiempo y un lugar concreto? ¿Qué métodos pueden utilizarse para aterrizar estos principios al caso concreto?

Respecto de la práctica jurisdiccional habrá que preguntarse hasta qué punto el juez puede sustituirse como legislador o incluso como constituyente mediante la aplicación de principios. ¿Acaso a este nuevo paradigma jurídico contraviene la emblemática división tripartita de poderes? ¿Estamos en presencia de una “dictadura judicial”? ¿Tienen los jueces la última palabra en todo proceso? ¿Cómo afecta esto a la democracia, ya que los jueces no son electos? ¿La voluntad popular y la democracia representativa pueden ser nulificadas por la decisión de once individuos? ¿Qué seguridad jurídica tienen los individuos, si hasta los contratos privados pueden ser invalidados con base en principios no codificados? No es extraño que todas estas interrogantes carezcan todavía de una respuesta precisa, pues los efectos del nuevo paradigma hermenéutico apenas empiezan a vislumbrarse.

Pero el cambio de paradigma no se agota en la aplicación del derecho, sino que trasciende hasta la formación profesional jurídica, ya que más que la sola realización de cambios a los temarios en las materias de derecho constitucional, derechos humanos, derecho procesal constitucional, deberá cambiarse radicalmente el contenido de los programas incorporándose la enseñanza de Argumentación jurídica y retomar quizás materias como Lógica, Ética, Retórica y hasta Lingüística. El perfil del egresado de la carrera ya no puede ser un mero “conocedor de las leyes”, sino un verdadero abogado en el sentido etimológico de la palabra.¹⁶

Finalmente, este nuevo paradigma traerá irremediablemente la necesidad de replantearse al Derecho desde su definición. Si ya no se trata de un conjunto de normas, ¿cómo puede definirse? Y si ya no tiene su fundamento último en la “norma fundamental” de Kelsen o en la “Regla de Reconocimiento” de Hart, entonces ¿dónde lo encuentra? ¿Será en el derecho natural

¹⁶ Derivado de la locución latina *ad vocatus*, que significa “el que es llamado en auxilio”.

de Finnis, en la autoridad de Raz o en otro presupuesto más complejo y a la vez más evidente? Estas interrogantes quedan abiertas para que el lector y, en general, la academia jurídica las considere en futuras investigaciones. Baste por ahora anticipar lo siguiente:

El concepto de derecho, tal y como lo conocíamos, se tambalea en sus cimientos más profundos ante este cambio de paradigma; pero ello no debe ser motivo de zozobra y ansiedad. Tampoco debe verse como una amenaza al *status quo* y un pretexto para rasgarse las vestiduras en defensa de un orden preestablecido que ya no tiene razón de existir. Por el contrario, debe considerarse como una oportunidad de evolucionar en el campo del saber jurídico y de trasladar este saber a la realidad lo antes posible.

IV. CONCLUSIONES

Como puede apreciarse, la reforma constitucional de 2011 constituye no solo un cambio en relación con las fuentes y aplicación de los derechos humanos, sino una revolución jurídica esperando suceder. Los efectos hasta ahora vistos en materia de derechos humanos son solo una leve muestra de lo que encierra entre líneas el multicitado precepto: una nueva manera de entender el constitucionalismo, una nueva manera de entender el derecho.

En primer lugar y por primera vez, la constitución abdica de su pretendida omnipotencia y establece en su propio texto que los derechos humanos son reconocidos y no otorgados. Este aparente cambio mínimo ya destruye en sí mismo el mito positivista de que todo el derecho tiene su principio y su fin en la constitución. A su vez, este cambio de terminología también nos lleva a preguntarnos: si los derechos humanos se reconocen, ¿cuál es su origen y fundamento último? Ésta y otras interrogantes quedan abiertas a la filosofía del derecho, y tal vez nunca se obtenga una respuesta universalmente aceptada, pero definitivamente ya no es aceptable la concepción hermética de una constitución “señora y dadora” de derechos.

Adicionalmente, el nuevo artículo 1 constitucional establece los principios en los cuales debe interpretarse toda norma para poder concordar con los derechos humanos, a saber: universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad. Establece también la obligación de recurrir a principios, no solo cuando la letra de la ley sea oscura, sino concomitantemente con el texto de la ley. Ley y principios constituyen un binomio inseparable para todo acto de aplicación e interpretación jurídica.

Estos cambios son verdaderamente trascendentes en los efectos que tendrán en la realidad jurídica nacional. Pronto, los jueces comenzarán a

reclamar sus recién otorgadas facultades de control constitucional difuso y es dudoso que estén todos preparados para asumir esta responsabilidad. Tal vez sea momento de desempolvar los libros de derecho constitucional americano, que solo se leían como requisito académico en los posgrados o como pasatiempo profesional.

En pocas palabras, la hermenéutica jurídica que conocíamos ha dejado de existir por virtud de la reforma del pasado 10 de junio de 2011, y una nueva hermenéutica empieza a gestarse en el seno del ámbito académico. Las escuelas cerradas de interpretación quedan como artículos de un hipotético museo de historia jurídica, y dan paso a las teorías de interpretación abierta. En este respecto resulta rescatable, más que nunca, la postura de Ronald Dworkin sobre reglas y principios, y cómo estos últimos se encuentran inmersos en el propio sistema jurídico y son inseparables de toda interpretación normativa. Los principios jurídicos son, entonces, en la visión de Dworkin y sus seguidores, esa luz que permite ver al sistema jurídico en la mejor versión de sí mismo.

Si nuestro sistema jurídico se ha abierto, convendría abrir también nuestro entendimiento a nuevas ideas, nuevos conceptos y nuevos paradigmas. Es momento de replantear los fundamentos, los argumentos y hasta el concepto de derecho.

El neoconstitucionalismo se nos presenta como opción ante la insostenible fractura del positivismo como paradigma jurídico. Incidentalmente, no surge de las aulas ni de las sentencias de derecho constitucional, sino de las disertaciones de doctrinarios y teóricos contemporáneos en filosofía del derecho. El neoconstitucionalismo, sin embargo, no es un producto terminado, sino una estructura en construcción que ha de consolidarse como un esquema, no hermético, sino flexible y adaptable a los cambios espacio-temporales del panorama mundial.

En síntesis, el nuevo paradigma hermenéutico establecido por el nuevo texto del artículo 1 constitucional a partir del 10 de junio de 2011, abre la puerta no solo a un neoconstitucionalismo, sino a una nueva concepción del derecho, en la que los principios son ahora, permítaseme el atrevimiento, “la piedra angular”.

Resta a la ciencia jurídica y a la filosofía del derecho, determinar los pasos a seguir a partir de este cambio de dirección, antes de que sea la realidad, la que defina el rumbo. Es por ello que, más que dar respuestas, este breve estudio pretende dar al lector preguntas, interrogantes y cuestionamientos, pues es de estos desde donde se desarrolla toda evolución y construcción de nuevos paradigmas.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel, Argumentación y constitución, p. 7, http://www2.uah.es/filder/manuel_atienza.pdf, consultado el 11 de noviembre de 2014, a las 06:46.
- ALEXANDER, L., "Striking Back at the Empire: A brief survey of problems in Dworkin's theory of Law", en *Law and Philosophy*, vol. 6, No. 3, Dic. 1987.
- BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Ed. Sistema, Madrid, 1990.
- , *El problema del positivismo jurídico*, Ed. Fontamara, México, 12a. ed. 2012
- CARBONELL, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, Porrúa, México, 2012.
- , Miguel, "Una historia de los derechos fundamentales", UNAM, Porrúa, CNDH, México, 2011.
- CARMONA TINOCO, Jorge, *La interpretación judicial constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1996.
- CARRIÓN G., Ramón, "Los Derechos Humanos y las Garantías Individuales en el Constitucionalismo Mexicano", Flores Editores y Distribuidor, México D.F.
- COMANDUCCI, Paolo et al., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Fontamara, Madrid, 2009
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General número 12: "El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11), párrafos 15.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General número 13: "El derecho a la educación (artículo 13), párrafos 46 y 47.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General número 14: "El derecho a la salud (artículo 12), párrafo 33, 48 y 51.
- CORONA NAKAMURA, Luis y ROSALES RODRÍGUEZ, Marcelino, *El derecho más allá del derecho*, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/sufragio/cont/1/ens/ens15.pdf>, consultado el 23 de junio del 2014 a las 16 horas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Acevedo Buendía et al vs. Perú, sentencia de primero de julio de 2009, párrafo 103.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos, sentencia de 23 de noviembre de 2009, párrafo 339 (refiriéndose a la Convención Americana de Derechos Humanos). En el mismo sentido, Suprema Corte de Justicia de la Nación, expediente Varios 912/2010 Sentencia de siete de septiembre de 2010 y Varios 489/2010 Sentencia de 23 de noviembre de 2009.

Diccionario de la Real Academia Española.

- DUCCI CLARO, Carlos, *Interpretación jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1989.
- DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Gedisa, España, 1988.
- , *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993.
- , *The Model of Rules*, Yale Law School, Faculty Scholarship. Series. Paper 3609, 1967.

- ENNECCERUS, Ludwig, *Tratado de derecho civil*, traducción de la 39a. ed. alemana, Barcelona, Bosch, 1953, t. I.
- GARCÍA BELAUNDE, D., “Supuestos filosóficos de la interpretación jurídica”, ponencia presentada al V Congreso brasileño de filosofía, Sao Paulo, 3 a 8 de septiembre de 1995, <http://derechogeneral.blogspot.mx/2008/01/supuestos-filosoficos-de-la.html>
- GARCÍA VILLEGAS SÁNCHEZ CORDERO, Paula, *El control de convencionalidad y las cortes nacionales. La perspectiva de los jueces mexicanos*, Editorial Porrúa, México, 2014.
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1999.
- GUASTINI, Riccardo, *Sobre el concepto de Constitución*, Trad. De Miguel Carbonell, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1999.
- HALLIVIS Pelayo, Manuel, *Teoría general de la interpretación*, Editorial Porrúa, México, 2007.
- HART, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, versión en español 2ª. ed, Abeledo Perrot, 1998.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, trad. de Roberto J. Vernego, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1982.
- MELERO DE LA TORRE, Mariano C. (ed.) *Dworkin y sus críticos, el debate sobre el imperio de la Ley*, Tirant lo Blanch, México, 2012.
- OPIE & OPIE, *The Oxford Dictionary of Nursery Rhymes* (Oxford: Oxford University Press, UK, 1951, 2nd edn., 1997.
- OTERO PARGA, Milagros, *Cuestiones de argumentación jurídica*, Editorial Porrúa, México, 2008.
- PACHECO PULIDO, Guillermo, *La inmensidad del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Editorial Porrúa, México 2013.
- PASTOR. A. José, “Las Naciones Unidas y la codificación del derecho internacional: aspectos jurídicos y políticos”, en C. Fernández de Casadevante y F. Quel (coords), *Las Naciones Unidas y el Derecho Internacional*, Ariel, Barcelona, 1999.
- PENNER, J., *Jurisprudence*, OUP Oxford, Estados Unidos de Norte América, 2012.
- PÉREZ LUÑO, Antonio, *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1997.
- RAMÍREZ BARRIOS, F., *Cherán: Un caso sobre autogobierno indígena*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, (en impresión) México, 2014.
- RAMIREZ G, Hugo *et al*, *Derechos Humanos*, Oxford, México 2012.
- RAMÍREZ GARCIA, Hugo Saúl y PALLARES YABUR, Pedro de Jesús, *Derechos Humanos*, México, Oxford, 2011.
- RAMÍREZ, H., y PALLARES, P., *Derechos humanos*, México, Oxford University Press.
- RIBEIRO TORAL, Gerardo, *Verdad y argumentación jurídica*, Editorial Porrúa, México, 2012.
- ROJAS AMANDI, V. “La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos” en *El Mundo del Abogado*, México, septiembre 2011.

- SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Rafael, *Los principios generales del derecho y los criterios del Poder Judicial de la Federación*, Los principios generales del derecho y los criterios del Poder Judicial de la Federación, Editorial Porrúa, México, 2004.
- SAVIGNY, Eichorn, *et. al, La escuela histórica del derecho. Documentos para su estudio*, traducción de Rafael Atard, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1908.
- SEGURA ORTEGA, Manuel, *Lecciones de teoría del derecho*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2008.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *La imputación como sistema de interpretación de la conducta*; art. *Boletín de Derecho Comparado*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Año IV, número 12, septiembre-diciembre, 1971.
- VILLASEÑOR GOYZUETA, Claudia, *Proporcionalidad y límites de los derechos fundamentales*, Editorial Porrúa, México, 2011.
- WRÓBLEWSKI, Luke, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2001.

ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO AL PODER O MANDATO IRREVOCABLE

Miguel Ángel Beltrán Lara



El otorgamiento de poderes y la celebración de contratos de mandato, ambos con el carácter de irrevocable, es una práctica común en la actividad jurídica y comercial de nuestro país.

En la ley su regulación es escasa y confusa y si bien es una figura que permite en algunos casos agilizar o facilitar las operaciones, también genera consecuencias que eventualmente podrían perjudicar a quienes las realizan.

En este estudio se harán algunas reflexiones en torno a ello, basadas en casos reales en que el autor ha tenido oportunidad de intervenir en su carácter de notario, para ello se recordarán previamente los conceptos y principales características de la representación del poder y del mandato.

I. LA REPRESENTACIÓN

Debido a la variedad de perfiles que la Institución presenta, difícilmente tendremos la posibilidad de contar con un concepto homogéneo y totalmente preciso de la representación, sin embargo, su utilidad es ya indiscutible, pues permite actuar a una persona simultáneamente y en diversos lugares, es decir, genera una “multiplicidad” de la persona y sus alcances solo están limitados por los actos de carácter personalísimo, como por ejemplo el otorgamiento de un testamento. La representación es también un medio que le permite al derecho que se logre una determinada consecuencia.

Para el maestro Borja Soriano, “hay representación cuando una persona celebra a nombre y por cuenta de otra un contrato (o en general un acto jurídico), de manera que sus efectos se producen directa e inmediatamente en la persona y en el patrimonio del representado, como si él mismo hubiera

celebrado el contrato (o ejecutado el acto): se produce una relación obligatoria directa entre el representado y un tercero”.¹

Para Bernardo Pérez Fernández del Castillo, “la representación se puede definir como la facultad que tiene una persona de actuar, obligar y decidir en nombre o por cuenta de otra”.²

Se habla de representación directa cuando una persona actúa en nombre y por cuenta de otra, produciendo una relación directa e inmediata entre el representado y el o los terceros, como en los casos de apoderados, tutores, padres en ejercicio de la patria potestad, etcétera; y de representación indirecta cuando actúa una persona en nombre propio y por cuenta de otra, adquiriendo para sí los derechos y obligaciones del representado frente al tercero, por ejemplo, el mandato, la prestación de servicios, la asociación en participación, casos en los que se establece entre dos personas una relación jurídica interna, desconocida y en ocasiones fingida para el tercero, pero al final de cuentas los efectos jurídicos repercuten en el patrimonio de quien encomendó el negocio, de ahí que se considere indirecta la representación.

En cuanto a los tipos de la representación, es comúnmente aceptado que se trata de tres:

- a) La legal;
- b) La voluntaria y
- c) La necesaria también llamada orgánica.

La primera, es decir, la legal, tiene su origen en la ley, un precepto legal que faculta a una persona para actuar u obrar en la esfera jurídica de otro. Esas facultades tendrán las limitaciones que la propia ley señale. Este tipo de representación se da para el caso de incapaces (menores de edad o interdictos) o también para el caso los ausentes. Como ya indicábamos, las limitaciones también estarán establecidas en la propia ley como por el ejemplo la prohibición de enajenar bienes inmuebles por parte de los padres en ejercicio de la patria potestad, entre otras.

Por lo que toca a la representación voluntaria, ésta no tiene su nacimiento en la ley, sino exclusivamente en la manifestación de voluntad de un sujeto consistente en permitir a otro que afecte el patrimonio del primero. En virtud de la autonomía de la voluntad, este sujeto autoriza para que actúen en su nombre y por su cuenta. De igual modo, las limitaciones a este

¹ BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, Editorial Porrúa, México, 1982.

² PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Representación. Poder y Mandato*, Editorial Porrúa, México, 1984.

tipo de representación surgirán exclusivamente de esa manifestación de voluntad del sujeto.

En última instancia nos referimos a la representación necesaria u orgánica, la cual se da para el caso de las personas morales, ya que como es sabido necesita de personas físicas que materialicen las funciones de esta persona moral. En este sentido existen teorías que tratan de explicar esta situación jurídica, por un lado, la teoría organicista, y por otro la de la representación necesaria.

La primera, es decir, la organicista, asimila a la persona moral (jurídica) con la persona natural (humano), en el sentido de considerar que, así como el ser humano funciona a través de sus órganos vitales, la persona moral de igual modo funciona a través de órganos con naturaleza diversa integrados por personas físicas, ya sean de decisión (asamblea) o de ejecución (administradores y apoderados). Esta teoría considera que cuando el representante de una persona moral actúa por ella, no lo está haciendo tanto como un representante, sino que lo está haciendo por el hecho de poder actuar directamente, acción que es directa e inmediata a través del órgano social.

De acuerdo con esta teoría, las personas morales accionan por medio de sus órganos que no las representan, sino que, más bien, forman parte de dichos entes; de ese modo, no es que el administrador ejecute un acto por la sociedad a la cual representa; ésta ejecuta directamente dicho acto mediante la intervención de su órgano de administración.

Por el contrario, para la teoría de la representación necesaria, no hay una acción directa, no hay una actuación a través de un órgano, sino que hay una efectiva y real representación, pero una representación que en el caso de las personas morales es absolutamente necesaria, es decir, en todo caso ha de darse esta representación, ya que por la imposibilidad de la persona moral de poder manifestarse o expresar conductas directamente, deben necesariamente manifestarse a través de un representante.

La representación necesaria u orgánica no es considerada como voluntaria, por carecer el ente representado de la posibilidad de él mismo hacer el encargo de dicha representación, y tampoco es una representación legal por no corresponder su ejercicio a personas señaladas en la ley sino convencionalmente designadas.

II. EL PODER

En la legislación civil mexicana, el poder y el mandato son considerados como uno solo —esto producto de su tan estrecha relación— y han sido objeto de un tratamiento único, situación que es inexacta, ya que, a pesar de

sus similitudes, son de naturaleza diversa. En este apartado abordaremos únicamente consideraciones relativas al poder para posteriormente abordar el tema del mandato y, por último, apuntar algunas de sus diferencias.

El poder es el otorgamiento de facultades, es el acto unipersonal o unilateral por el que el poderdante faculta al apoderado, es decir, le da la posibilidad de celebrar uno o varios actos jurídicos por cuenta del primero; tiene como fuente la voluntad del sujeto por lo que en ese sentido estamos frente a un tipo de representación voluntaria.

También ha sido considerado como el documento por medio del cual se acredita la representación que ostenta una persona en relación con otra.

El poder surte efectos frente a terceros y para su realización tiene que estar unido a otra figura jurídica: el mandato. El apoderamiento no tiene un fin en sí mismo, sino que sirve de medio para la realización de conductas y consecuencias jurídicas posibles mencionadas o reguladas por otro acto jurídico. De acuerdo a Bernardo Pérez Fernández del Castillo, es abstracto por no referirse a casos concretos; autónomo, porque puede existir en forma independiente de cualquier otro negocio; pero para su aplicación requiere de la unión con otro negocio jurídico que exprese el alcance de la representación.

La doctrina alemana considera al poder como un negocio abstracto, como un negocio que tiene entidad por sí mismo y que produce consecuencias por sí mismo, independientemente del fondo que lo haya generado y de la relación o de la situación que haya obligado a generar el poder. Se habla de un negocio subyacente y de un poder aparente.

Por otro lado, existe otra teoría llamada “funcionalidad del poder”, propuesta por Federico de Castro, en la cual se entiende al poder simplemente como un negocio neutro, como un negocio dentro del cual se puede aprovechar su sustancia para poder proyectar las consecuencias que se quieren y permitir la ejecución de cualquier negocio jurídico. Es meramente un medio para que se pueda actuar.

Se trata de un acto unilateral en virtud de que en su estructura únicamente interviene el poderdante, que es quien confiere las facultades indicadas al apoderado, éste último que no interviene para nada en el otorgamiento del poder, solamente se le hará saber por el otorgante que se le ha conferido un poder.

El otorgamiento del poder debe ser de manera expresa, nunca tácita, y quien lo otorga debe tener capacidad de ejercicio plena, y en cuanto a su forma atenderemos a las reglas del mandato establecidas en la legislación civil y que podemos resumir en verbal, carta poder con dos testigos, carta poder con testigos y firmas ratificadas ante notario o autoridad judicial o administrativa y por último en escritura pública; esto dependiendo de la importancia cuantitativa y cualitativa del negocio o acto de que se trate.

III. EL MANDATO

En contraposición al poder como acto unilateral, el mandato es un acuerdo de voluntades, un contrato. Así lo establece el artículo 2546 del Código Civil para el Distrito Federal; el precepto lo define como el contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga; también se desprende de este artículo que el mandato tiene la especialidad de que solo puede recaer en actos jurídicos y no en hechos.

El mandato en nuestra legislación tiene la particularidad de la posibilidad de la ausencia de la idea de la representación, ya que como lo dispone el artículo 2560 del código, el mandatario podrá desempeñar el mandato tratando en su propio nombre o en el del mandante; en otras palabras podrá desempeñar el encargo con representación o sin representación, asimismo los efectos de los actos jurídicos realizados por el mandatario se entienden por cuenta del mandante, es decir, quien recibe el provecho o el perjuicio el acto jurídico realizado por el mandatario es el mandante.

Con relación a las especies del mandato en general podemos hablar de las siguientes:

a) *Mandato representativo*: Es aquel en el que el mandatario realiza los actos jurídicos encomendados por el mandante, a nombre de este último, ostentándose el mandatario como un representante, actuando a nombre y por cuenta del mandante.

b) *Mandato sin representación*: En este caso el mandatario no se ostenta obrando en nombre y por cuenta del mandante, sino que aparece tratando el acto jurídico en nombre propio. Aquí los efectos de los actos jurídicos son entre el mandatario y los terceros, el mandante no tiene relación con los terceros, ni estos con el mandante.

c) *Mandato oneroso*: Por naturaleza el mandato es oneroso, ya que, aunque no se estipule algún tipo de remuneración para el mandatario, éste tiene derecho a cobrar honorarios por el desempeño de su cargo.

d) *Mandato gratuito*: Será aquel en que de manera expresa se establezca que tendrá dicho carácter.

e) *Mandato general*: Se refiere a una categoría de actos en general dependiendo al grupo o clases de que se otorgue, en este caso el mandatario puede realizar cualquier tipo de actos, con tal de que sean de la especie del mandato general que se le dio. El Código Civil vigente establece tres clases de mandatos generales: para pleitos y cobranzas, para actos de administración y para actos de dominio.

f) *Mandato especial*: En contraposición al general, este tipo de mandato solo puede referirse a un acto en particular, tiene que ser precisamente dirigido al objeto para el cual se dio.

g) *Mandato judicial*: Será aquel que se otorga para un cierto negocio jurídico de carácter contencioso.

h) *Mandato revocable*: Ésta es la regla, es decir, el mandante tiene la facultad de revocar el mandato y el mandatario de renunciar al poder mediante la declaración unilateral de voluntad de cada uno de ellos, esto precisamente por tratarse de un contrato *intuitu personae*.

i) *Mandato irrevocable*: Ésta es la excepción, ya que solo se pueden otorgar este tipo de mandatos bajo la premisa de que exista una condición en un contrato bilateral o por ser medio para cumplir una obligación contraída, tal y como lo establece el artículo 2596 del código que a la letra dice:

Artículo 2596.—El mandante puede revocar el mandato cuando y como le parezca, menos en aquellos casos en que su otorgamiento se hubiere estipulado como una condición en un contrato bilateral, o como un medio para cumplir una obligación contraída.

En esos casos tampoco puede el mandatario renunciar al poder.

La parte que revoque o renuncie el mandato en tiempo inoportuno, debe indemnizar a la otra de los daños y perjuicios que le cause.

En este orden de ideas, significa que, fuera de estos dos casos, no es posible que se otorgue un mandato irrevocable, ya que en ambos supuestos se establece que dicho contrato de mandato se encuentra ligado a otro contrato o a una determinada relación jurídica, por lo que para ser irrevocable debe ser siempre un mandato especial o limitado.

Este tipo de mandato no solo es irrevocable sino también irrenunciable, ya que tanto la renuncia como la revocación en los casos concretos que menciona dicho artículo, implicaría la modificación o la extinción por voluntad unilateral de una de las partes; en consecuencia se violaría el principio de la intangibilidad del contrato; si se llegare a dar en contravención a lo antes dicho, la revocación del mandato no produciría efecto alguno, en virtud de que el mandatario continuaría investido de las facultades que se le otorgaron por la propia naturaleza del mandato irrevocable. No obstante, dicho mandato irrevocable sí podría ser revocado judicialmente.

Atendiendo a la doctrina, podemos establecer la siguiente clasificación del contrato de mandato:

a) *Principal*: Existe por sí solo, su existencia no depende de otro acto jurídico, salvo cuando se otorgue para cumplir una obligación contraída con anterioridad o como condición de un contrato bilateral.

b) *Bilateral*: por obligarse ambas partes produciéndose obligaciones recíprocas como son, para el mandante: pagar los honorarios y los gastos y para el mandatario: a ejecutar los actos encomendados y rendir cuentas a aquel: excepcionalmente tratándose de un mandato gratuito puede ser unilateral en virtud de que no hay obligación de remuneración por parte del mandante.

c) *Oneroso*: Como ya lo indicamos antes esta es la regla, ya que consiste en la prestación de servicios, pero excepcionalmente puede convenirse expresamente en que sea gratuita.

d) *Intuitu personae*: Ya que este contrato se celebra en virtud de ciertas cualidades de la persona del mandatario; razón por la cual termina con la muerte de éste, ya que la realización de los actos jurídicos encomendados por el mandante tiene que llevarse a cabo personalmente por el mandatario, esto último con la excepción consistente en que se faculte al mandatario a sustituir o a otorgar nuevos poderes.

e) *Formal*: De lo cual hablaré al tocar los requisitos de validez.

Como todo contrato es pertinente ahora hablar de los requisitos de existencia y elementos de validez del mismo.

A. REQUISITOS DE EXISTENCIA DEL MANDATO

A. *Objeto*: De conformidad con el artículo 2548 del Código pueden ser objeto del mandato todos los actos lícitos para los que la ley no exige la intervención personal del interesado, de lo que se infiere lo siguiente:

- a. El mandatario solo podrá realizar actos jurídicos.
- b. Esos actos deben ser lícitos.
- c. Posibilidad jurídica, es decir que realice actos en donde la ley no les prohíba la representación.
- d. Establecer la remuneración y expensas cuando así lo haya convenido.

B. *Consentimiento*: En este punto, podemos afirmar que hay reglas especiales toda vez que para la manifestación del acuerdo de voluntades no es igual para el mandante y para el mandatario. Es únicamente para el mandante que se exige una forma determinada. Por su parte, el mandatario puede aceptar ya sea de manera expresa o tácita, momento en el cual el mandato se reputa perfecto según lo establece el artículo 2547 del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra dice:

Artículo 2547.—El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario.

El mandato que implica el ejercicio de una profesión se presume aceptado cuando es conferido a personas que ofrecen al público el ejercicio de su

profesión, por el solo hecho de que no lo rehúsen dentro de los tres días siguientes.

La aceptación puede ser expresa o tácita. Aceptación tácita es todo acto en ejecución de un mandato...

B. ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL MANDATO

Para este contrato no se establecen requisitos distintos a la regla general que establece el artículo 1795 del multicitado código, es decir, capacidad, consentimiento exento de vicios, motivo, objeto y fin lícitos y que el consentimiento se manifieste en la forma establecida por la ley.

A. *Capacidad*: En este apartado habrá que distinguir entre la capacidad requerida para el mandante y la requerida para el mandatario para este contrato.

Por lo que hace al mandante, para celebrar el contrato requiere la capacidad general, es decir, la mayoría de edad y que no tenga las limitaciones a que se refiere el propio artículo 450 del código, así como una capacidad legal, es decir, que no exista alguna prohibición expresa en la ley en función de carácter con el otorgue el mandato. Sin embargo, es importante atender a la clase de los actos jurídicos que son encomendados por el mandante, y así determinar si requiere de una capacidad especial en función de ese acto a ejecutar por el mandatario. Por ejemplo: si el mandante encomienda al mandatario la venta de un inmueble, el primero deberá estar legitimado para enajenarlo.

Por lo que respecta al mandatario, éste no requiere más que la capacidad general ya mencionada, siempre y cuando obre en nombre y representación del manante, pero si el mandatario obra en nombre propio habrá que atender a una capacidad especial atendiendo al acto en específico a ejecutar.

B. *Consentimiento exento de vicios y objeto, motivo o fin lícito*: como cualquier otro contrato, éste no es la excepción, es decir, debe celebrarse sin existir dolo, mala fe, violencia ni lesión, así como tampoco debe otorgarse en defraudación o contravención a la ley.

C. *Forma*: Existen dos formas diversas para otorgar un mandato: la verbal y la escrita atendiendo a lo siguiente:

- a. *Consensual*.—Cuando el negocio no excede de 50 veces la unidad de cuenta de la Ciudad de México. Para su perfeccionamiento deberá ratificarse por escrito antes de que el concluya el negocio para el cual se otorgó.

- b. *Escrito privado*.—Cuando el negocio exceda de 50 pero no de 1000 veces la unidad de cuenta de la Ciudad de México. Dicho escrito deberá ser ante dos testigos.
- c. Escritura pública o carta poder ante dos testigos ratificada ante notario, juez o autoridad administrativa:
 - i. Cuando se trate de un mandato general.
 - ii. Cuando la cuantía del negocio sea de 1000 o más veces el salario mínimo.
 - iii. Cuando en el ejercicio del mandato se tenga que celebrar un acto que deba constar en escritura pública.

D. El mandato judicial puede otorgarse en escritura pública, o en escrito presentado y ratificado por el otorgante ante el juez.

Después del análisis en general del poder y del mandato podríamos establecer algunas diferencias:

a) El mandato es un contrato, por su parte el poder tiene su fuente en la autonomía de la voluntad y se confiere unilateralmente.

b) El mandato es un contrato bilateral y por excepción unilateral, generalmente oneroso y por excepción gratuito; es principal e instantáneo y por regla general formal nace del acuerdo de voluntades; el poder es una declaración unilateral de voluntad emitida al tercero mediante la cual el poderdante hace saber cuáles son las facultades que ha otorgado a su apoderado para que actúe en su nombre y cuenta a efecto de que las consecuencias jurídicas de su actuación tengan impacto directo en la esfera jurídica del poderdante. El medio para conferirle lo es el poder o negocio de apoderamiento.

c) Si consideramos, como lo hace la ley, en que el mandato y poder son una sola idea, diríamos que solo pueden versar sobre actos jurídicos y no materiales, pero a contrario sensu, en virtud de que en el código regula el mandato y no propiamente el poder podríamos decir que el mandato es el que está limitado a versar sobre actos jurídicos y el poder podría versar sobre actos jurídicos y materiales por no prohibirlo expresamente la ley.

d) En el mandato, el mandatario puede actuar en su propio nombre en el caso del mandato sin representación, el contrato en este sentido no producirá efectos frente a terceros, por el contrario, con el poder el apoderado siempre actúa en nombre del poderdante.

e) El mandato como contrato establece una relación obligatoria para los contratantes, contrato que no necesariamente conocen los terceros, por su parte en el poder la representación ubica la posición jurídica del apoderado desde el lado externo, es decir, para el tercero que contrata con él, es un acto público, ostensible que necesariamente conoce el tercero.

f) El poder siempre encuentra su origen en un negocio subyacente que no necesariamente es el contrato de mandato, aunque lo frecuente es que al mandato lo acompañe la representación y que esta última tenga su fuente en el mandato.

IV. FUNCIONAMIENTO DEL PODER O MANDATO IRREVOCABLE EN LA PRÁCTICA

Una vez analizado lo anterior revisaremos algunos casos a fin de determinar el grado de utilidad, ventajas y desventajas del poder o mandato irrevocable:

Distrito Federal: Enero de 1995; el país se hallaba sumergido en una de las muchas crisis económicas que nos han aquejado, nuevamente el peso devaluaba a gran velocidad y la inflación crecía y crecía; por otra parte, cada día miles de personas se quedaban sin empleo y no había manera de que encontraran otro, las tasas de interés de los créditos hipotecarios se disparaban por lo que miles de personas al no poder pagar sus deudas se quedaban sin hogar.

En esas circunstancias, el señor Gabino Buenafuente, de 50 años, y su esposa Soledad Ginés, de 46 años, decidieron, por fin comprar un departamento; según ellos asegurarían el futuro de su familia. Así pues, después de buscar y buscar encontraron uno que era del gusto de doña Soledad, sin embargo, el precio excedía su presupuesto. El señor Buenafuente, como buen esposo mexicano quiso dar gusto a su esposa y decidió pedir un préstamo a su compadre para completar el precio. Así las cosas, el matrimonio Buenafuente-Ginés invirtió todo su dinero y más en la compra del mencionado departamento. Por ahí alguien les dijo que tenían que ir con un Notario para “escriturar” el departamento, pero los señores pensaban que los notarios eran muy careros (en realidad solo hubieran gastado alrededor de un 6% del costo del inmueble y la mayor parte de ese dinero se destinaría al pago del impuestos) y además estaban tan gastados que no hubieran podido pagar las escrituras; de todos modos fueron con un Notario y aconsejados por el mencionado compadre le solicitaron al fedatario el otorgamiento de un poder irrevocable; el notario les aconsejó que escrituraran, incluso les recomendó que compraran un inmueble más barato para que así les alcanzara para escriturar, pero doña Sol (así le decía el Sr. Buenafuente) estaba encaprichada con el departamento y optaron por el poder; así pues, se firmó un contrato privado de compraventa, los compradores pagaron la totalidad del precio, les dieron posesión del inmueble, obtuvieron su poder y se prometieron escriturar lo antes posible.

El poder en cuestión fue otorgado por el vendedor señor Sergio Bautista y su esposa la señora Esther Vanegas (ya que estaban casados bajo el régimen de sociedad conyugal), a favor de la señora Soledad Ginés con facultades para pleitos y cobranzas, actos de administración, dominio y títulos de crédito, limitado al departamento en cuestión.

Los años pasaron y el matrimonio Buenafuente-Gines se dedicó a las cosas cotidianas de la vida: a trabajar y a educar y ver crecer a los hijos, que en su caso fueron tres de nombres: Sofía, Claudia y Esperanza.

Resulta que hace un año, la menor de las hijas contrajo matrimonio, (las otras ya tampoco vivían con ellos), por lo que los señores Gabino y Soledad decidieron vender su departamento para mudarse a uno más chico y disfrutar de la vida con los pocos ahorros que tenían, pues bien sabemos que en este país es muy difícil que las familias de clase media gocen de un digno retiro.

Así pues, anunciaron su departamento y unas semanas después el señor Jaime López manifestó interés en comprarlo, por lo que acudieron con un notario y se encontraron ante lo siguiente:

El poder, irrevocable o no, de ninguna manera transmite la propiedad de un inmueble, únicamente sirve para que el apoderado ejecute actos jurídicos en representación del poderdante. Como consecuencia de lo anterior tenemos que al no haber una escritura pública inscrita en el Registro Público de la Propiedad a favor del comprador señor Gabino Buenafuente el inmueble, por lo menos frente a terceros sigue siendo propiedad del vendedor señor Bautista.

Comúnmente, se recurre al poder irrevocable como medio para sustituir una escritura pública en la que se transmite la propiedad de un inmueble; en este punto es necesario aclarar lo siguiente:

Para que la transmisión de propiedad de un inmueble sea válida se requiere que conste en escritura pública y que ésta se inscriba en el Registro Público de la Propiedad, al respecto el Código Civil para el Distrito Federal dispone:

En materia de compraventa:

Artículo 2320.—Si el valor del avalúo del inmueble excede de trescientos sesenta y cinco veces la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México, vigente en el momento de la operación, su venta se hará en escritura pública, salvo lo dispuesto por el artículo 2,317...

Artículo 2322.—La venta de bienes raíces no producirá efectos contra tercero sino después de registrada en los términos prescritos en este Código...

En materia de donación:

Artículo 2345.—La donación de bienes raíces se hará en la misma forma que para su venta exige la ley.

En materia de permuta:

Artículo 2331.—Con excepción de lo relativo al precio, son aplicables a este contrato las reglas de la compraventa, en cuanto no se opongan a los artículos anteriores...

Y en materia de fideicomiso la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito dispone:

Artículo 387.—La constitución de fideicomiso deberá constar siempre por escrito...

Artículo 388.—El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes inmuebles, deberá inscribirse en la Sección de la Propiedad del Registro Público del lugar en que los bienes estén ubicados. El fideicomiso surtirá efectos contra tercero. En el caso de este artículo desde la fecha de inscripción en el Registro...

De tal modo, en los casos en que el acto traslativo de propiedad sea encubierto por un poder irrevocable o bien que se pretenda complementar al contrato privado con un poder irrevocable, el acto jurídico por medio del cual se transmite la propiedad, adolecerá de falta de forma y llevado el proceso correspondiente podrá ser declarado nulo; además al no estar inscrito en el Registro Público de la Propiedad, será inoponible frente a terceros; por lo tanto el titular registral del inmueble (independientemente de la responsabilidad en que incurra) estará en posibilidad de enajenarlo, enajenación que de ser inscrita en el Registro Público de la Propiedad surtirá efectos frente a terceros (véanse artículos 2264 y 2266 del Código Civil para el Distrito Federal) y por lo tanto la personas que hayan cebrado el contrato privado (Gabino y Soledad), aún teniendo el poder irrevocable a su favor, se encontrarán en estado de indefensión y difícilmente podrán recuperar el inmueble que adquirieron.

En realidad, Gabino Buenafuente y Soledad Gines, al vender el inmueble a su comprador Jaime López, tendrían que hacerlo “en representación” del señor Bautista, situación que no es acorde con la realidad, pues el señor Bautista les vendió a Gabino y Soledad, no al señor López.

De llevar a cabo lo solicitado, es decir la venta directa al señor López, estaríamos frente a un acto simulado que como sabemos y de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 2180 a 2184 del Código Civil para el Distrito Federal, estaría afectado de nulidad, dichos artículos establecen lo siguiente:

Artículo 2180.—Es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas...

Artículo 2181.—La simulación es absoluta cuando el acto simulado, nada tiene de real, es relativa cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter...

Artículo 2182.—La simulación absoluta no produce efectos jurídicos. Descubierta el acto real que oculta la simulación relativa, ese acto no será nulo si no hay ley que así lo declare...

Artículo 2183.—Pueden pedir la nulidad de los actos simulados los terceros perjudicados con la simulación, o el Ministerio Público cuando ésta se cometió en transgresión de la Ley o en perjuicio de la Hacienda Pública...

Artículo 2184.—Luego que se anule un acto simulado, se restituirá la cosa o derecho a quien pertenezca, con sus frutos e intereses, si los hubiere; pero si la cosa o derecho ha pasado a título oneroso a un tercero, de buena fe, no habrá lugar a la restitución.

También subsistirán los gravámenes impuestos a favor de tercero de buena fe...

Además, en caso de firmarse la escritura en la que Sergio Bautista, representado por Soledad, vende a Jaime López, el señor Bautista tendría que pagar el impuesto sobre la renta derivado de dicha enajenación, tomando como base un precio que él no recibió, pues el señor Bautista recibió el precio que se le pagó en el año de 1995 y no el que actualmente se le pagará a don Gabino y a Doña Soledad.

Como en las siguientes líneas se explica, desde el punto de vista fiscal el asunto que nos ocupa, presenta varios aspectos de relevancia:

Por un lado el poderdante-vendedor (Sr. Bautista) tendría que pagar el impuesto sobre la renta correspondiente a la enajenación en caso de que no lo haya pagado al momento de la celebración del contrato privado (situación por cierto muy poco probable), tendrá que hacerlo al elevar el mencionado contrato a escritura pública, con la correspondiente actualización y recargos; esto no es lo peor, sino que dado que no estará presente el poderdante-vendedor, lo tendrá que pagar el comprador, lo que encarecerá mucho los gastos de escrituración, aunado a lo anterior, surgen las siguientes interrogantes:

Si el poderdante-vendedor no comparece a la firma de la escritura de compraventa, ¿cómo se enterará de que se pagó el impuesto?

¿Cómo hará para acumular el ingreso que tuvo en meses o años anteriores en un periodo en que en realidad no lo tuvo?

¿Podrá el vendedor que no comparece a la firma de la escritura de compraventa exentar el impuesto sobre la renta? Quisiera hacer algunas reflexiones en torno a esta última pregunta:

En términos generales para poder exentar el impuesto sobre la renta derivado de la venta de inmuebles, se requiere que el inmueble sea habitacional y que además sea la casa habitación del enajenante, es decir que ahí viva, y que se compruebe con recibos fiscales de pagos de luz, telefonía fija o estados de cuenta, entre otros documentos, considero que si otorgó un Poder Irrevocable debido a que se vendió un inmueble, el poderdante vendedor, dejó de habitar el mismo y consecuentemente no podría exentar aun cuando se hubiera conservado la documentación a nombre del vendedor, además tratándose de un poder general para actos de dominio, desde mi punto de vista el apoderado comprador no tiene facultades para declarar que el vendedor habita en el inmueble y si lo hiciera, estaría declarando falsamente ante notario y estaría sujeto a las sanciones previstas en el Código Penal.

Otra consecuencia importante derivada del otorgamiento de poderes irrevocables es la prevista en la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, popularmente conocida como “Ley de lavado de dinero”, el artículo 17 en su fracción XII inciso b) del mencionado ordenamiento dispone:

Artículo 17.—Para efectos de esta Ley se entenderán Actividades Vulnerables y, por tanto, objeto de identificación en términos del artículo siguiente, las que a continuación se enlistan...

...XII. La prestación de servicios de fe pública, en los términos siguientes:

...b) El otorgamiento de poderes para actos de administración o dominio otorgados con carácter irrevocable.

Las operaciones previstas en este inciso siempre serán objeto de Aviso...

Así pues, al otorgar un poder irrevocable tanto el otorgante como el apoderado estarán bajo vigilancia de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y de la Unidad de Inteligencia Financiera.

Lo anterior no quiere decir que el otorgamiento de un poder irrevocable implique lavar dinero, sin embargo, lo cierto es que para mucha gente no será grato estar bajo la vigilancia de las autoridades mencionadas.

Así las cosas; después de escuchar la asesoría del notario, don Gabino y doña Soledad se preocuparon muchísimo, ahora sí la escritura será carísima, por un lado tendrán que pagar (como ya dijimos) el impuesto sobre la renta correspondiente al vendedor con actualización y recargos, por lo tanto, a efecto de no simular acto un acto jurídico (la venta del Sr. Bautista directamente al Sr. López), tendrán que poner el inmueble a nombre de don Gabino, pagando los impuestos correspondientes también con actualización y recargos, además la señora Soledad, en su carácter de apoderada del Sr. Bautista deberá cerciorarse de que esta último vive y es capaz, situación que

tendrá que declarar al notario bajo protesta de decir verdad y so pena de ir a la cárcel. ¡Triste situación la de Don Gabino y Doña Sol...!

Analícemos ahora otro caso: el señor Juan Molinos vendió a la señora Ingrid de la Sota un inmueble mediante contrato privado y le otorgó un poder irrevocable, el caso fue que Don Juan le estaba pagando el inmueble al INFONAVIT, la Sra. Sota le dio un “enganche” y decidió seguir pagando la deuda; afortunadamente doña Ingrid terminó de pagar y es ahora su deseo poner el inmueble a su nombre, pues bien, recordemos que en materia de compraventa, en términos de lo dispuesto por el artículo 2280 fracción II del Código Civil para el Distrito Federal, los mandatarios no pueden comprar los bienes de cuya venta o administración se hallen encargados (que lástima que no pueda poner emoticones en un artículo como este, pues aquí pondría una carita espantada), además, el artículo 2282 dispone que las ventas hechas en contravención a lo expuesto serán nulas ya se hayan hecho directamente o por interpósita persona.

De tal modo, la señora de la Sota no podrá “escriturar” el inmueble a favor de sí misma, podrá venderlo a otra persona, hipotecarlo, rentarlo (siempre en nombre de Juan) incluso, si cuenta con facultad especial, podrá donarlo, sin embargo, repito, no podrá ni por sí, ni por interpósita persona adquirir el dominio de dicho inmueble. Para resolver esta cuestión, hay quien opta por otorgar el poder a favor de Ingrid y de otra persona de la absoluta confianza de esta última, a efecto de que, llegado el caso, sea el otro apoderado (y no Ingrid) quien en representación de Juan celebre la compraventa correspondiente.

En primer lugar tendríamos que preguntarnos si el solo hecho de que el segundo apoderado celebre la compraventa es suficiente para que Ingrid pueda adquirir el inmueble (por aquello de la interpósita persona); ahora bien, supuesto no concedido de que así sea, Ingrid podrá recurrir a este apoderado para escriturar el inmueble cuando esté en posibilidad de hacerlo, sin embargo esto no acaba con el riesgo de que el titular registral disponga del inmueble, sino que desde mi punto de vista lo aumenta, pues ahora no solo el titular registral está facultado para ejecutar actos jurídicos respecto del inmueble, también lo podrá hacer el apoderado.

No omito comentar que, en los casos mencionados, tanto el titular registral del inmueble como el segundo apoderado estarían incurriendo en la comisión de actos ilícitos y probablemente constitutivos del delito, sin embargo, esto de poco servirá al comprador quien lo que quería era adquirir un inmueble y no estar en la necesidad de tramitar juicios que como sabemos son largos y caros.

Desde luego, si el poderdante ó el segundo apoderado vendieran o hipotecaran el inmueble, estaríamos frente a un comportamiento inadecuado y

muy probablemente intencional por parte del titular registral de del inmueble, sin embargo, ahí no terminan los problemas para el temerario que “compra con poder” pues aún sin su consentimiento se puede comprometer el inmueble, pues al seguir apareciendo en el Registro Público de la Propiedad a nombre de Juan, sigue estando sujeto a toda clase de inscripciones o anotaciones preventivas, tales como demandas, embargos, etcétera.

V. TERMINACIÓN DEL PODER IRREVOCABLE

Como su nombre lo indica, esta clase de poderes no se pueden revocar, esto es, el poderdante no puede dejar sin efectos el poder con la sola expresión de su voluntad unilateral. Desde luego que, en estos casos, el apoderado tampoco puede renunciar a sus facultades (Véase artículo 2596 del Código Civil para el Distrito Federal).

Lo anterior no quiere decir que esta clase de poderes sean interminables, pues si bien no terminan ni por revocación ni por renuncia si terminan por las demás causas establecidas en el ordenamiento de los que regula y que son: la muerte del mandante o del mandatario, la interdicción de uno u otro, el vencimiento del plazo o la conclusión del negocio para el que fue concedido.

En este punto es conveniente recordar que en aquellos casos en que una persona comparece ante notario en representación de otra deberá declarar que su representado se encuentra capacitado legalmente para la celebración del acto de que se trate (es decir vivo y consciente) ¿Sabrá el apoderado-comprador si en realidad vive el poderdante? ¿Sabrá si sigue siendo una persona capaz? Es común que ante notario comparezcan apoderados a quienes sus facultades les fueron otorgadas hace varios años o bien poderdantes quienes por su edad (90 años, por ejemplo) es presumible que ya no están en pleno ejercicio de sus facultades mentales.

Veamos el siguiente ejemplo: Comparece ante notario el señor Godínez (apoderado-comprador) de la señora Filiberta Gallegos y le exhibe un poder irrevocable otorgado ante notario en el año de 1995, al leer los datos generales de la poderdante-vendedora, se desprende que la Sra. Gallegos tenía 67 años de edad pues nació en el año de 1928, hoy, 2016 la señora Gallegos tendría 88 años de edad. No obstante, la declaración bajo protesta de decir verdad del Sr. Godínez en el sentido de que la poderdante vive y es capaz ¿deberá el notario creer sin cuestionar? ¿y el sentido común? ¿qué acaso no hay temor fundado de que la señora Gallegos falleció o bien de que ya no es capaz? Si el notario cree sin cuestionar corre el riesgo de autorizar una escritura que contenga un acto por lo menos nulo y por otro lado si decide no firmar

podría estar entorpeciendo una operación válida impidiendo que una persona compre de manera legítima un inmueble. ¿Complicado No?

Retomando el tema de la terminación del poder, ya dijimos que el poder irrevocable no se puede revocar ni se puede renunciar a él. También se comentó que esta clase de poderes solo se pueden otorgar cuando sea un medio para cumplir con una obligación contraída con anterioridad o como condición en un contrato bilateral, analicemos el siguiente caso:

Aurelio debe a Leonor la cantidad de dos millones de pesos y no tiene dinero para pagarle, sin embargo es propietario de un departamento cuyo valor es muy cercano al monto del adeudo, ambos convienen que en pago del dinero Aurelio le transmitirá a Leonor la propiedad de dicho departamento (estamos claro, ante una dación en pago) sin embargo Leonor, prefiere no escriturar el inmueble a su nombre, pues no le interesa conservarlo, acuerda con Aurelio que éste le otorgue a la primera un poder irrevocable respecto del departamento, en cuestión y así lo hacen para que Leonor, con ese poder pueda, lo más pronto posible, vender el departamento y obtener así el dinero, pues bien, resulta que un mes después de otorgado el poder y sin que Leonor haya vendido todavía el inmueble Aurelio obtiene el premio “Melate”, desde luego le comunica a Leonor que ya tiene dinero para pagarle, Leonor, por supuesto que prefiere el dinero al departamento pero: ¿qué hacer si ya hay un poder que no se puede revocar, y al que no se puede renunciar? A este respecto opino lo siguiente: tanto la revocación como la renuncia son actos unilaterales; esto es, un poder irrevocable no se puede dejar sin efectos de manera unilateral, sin embargo nada impide que mediante un convenio (acuerdo de voluntades que extingue derechos y obligaciones) ambas partes extingan el mandato; en otras palabras Aurelio y Leonor deberán acudir con un notario quien hará constar el convenio en virtud del cual las personas antes mencionadas deciden dar por terminado el mandato o poder irrevocable en virtud de que ya se cumplió la obligación y/o condición que le dio origen, para ello deberá relacionar: a) Cuál fue dicha obligación contraída con anterioridad; b) El otorgamiento del mandato irrevocable; y c) La manera en que se dio cumplimiento a la obligación. El autor del presente considera que ésta sería una manera válida de dejar sin efectos un mandato irrevocable.

VI. CONCLUSIONES

No obstante los inconvenientes señalados, el otorgamiento o celebración de un poder o mandato irrevocable de ninguna manera es un acto ilegal, se trata de un acto jurídico válido y permitido por la Ley, aunque escasa y confusamente regulado.

Los casos más comunes (desde luego podrá haber muchos más) en que se otorgan poderes irrevocables son:

- a) Compraventa cuando no se cuenta con dinero para escriturar.
- b) Compraventa de inmuebles hipotecados.
- c) Compraventa de inmuebles respecto de los cuales quien dice ser propietario no tiene título de propiedad inscrito en el Registro Público de la Propiedad.
- d) Daciones en pago.
- e) Transmisión de inmuebles derivados de divorcios.

El poder irrevocable se extingue con la muerte y/o interdicción del poderdante y/o del apoderado.

Es conveniente que en los casos señalados en el numeral 3 anterior, la escritura en la que se formalice la transmisión se otorgue lo antes posible a fin de evitar los riesgos comentados en el presente estudio.

Las consecuencias derivadas del otorgamiento de poderes o mandatos irrevocables son muchas más que las expuestas por el autor. En los casos en que sea necesario otorgar un poder irrevocable, el Notario deberá ser sumamente cuidadoso en la asesoría que dé a las personas que ante él acudan y deberá explicar con toda claridad las consecuencias que se puedan generar en cada caso concreto.

Este trabajo es un modesto homenaje y ha sido elaborado para agradecer las enseñanzas recibidas del Notario Jorge Alfredo Domínguez Martínez, de él, de sus clases, de sus conferencias, de muchas conversaciones (agradabilísimas por cierto), de haberlo escuchado en muchos exámenes de aspirante y de oposición al notariado (entre ellos uno mío), de sus libros y de sus escritos he aprendido muchas cosas en torno al derecho y a la vida en general, quisiera hacer referencia a dos: la primera el gran amor que Jorge profesa a la Universidad Nacional Autónoma de México y en particular a la Facultad de Derecho y la segunda, es que en materia jurídica, no todo está dicho ni escrito, que el Derecho es algo vivo, cambiante y debatible, es por ello, que como señalé al principio de este texto que lo aquí escrito no pretende ser ni por mucho la última y definitiva palabra en materia de poderes irrevocables, son, como dice el título: algunas reflexiones que pretenden invitar al lector a profundizar en el estudio de la materia y a formar o perfeccionar su propia opinión al respecto.

Agradezco la ayuda y opiniones del licenciado Jaime López Vicent la elaboración de este artículo.

LA TEORÍA INTEGRAL DE LA APARIENCIA JURÍDICA Y LA FIGURA DE LA APARIENCIA DE BUEN DERECHO EN LA NUEVA LEY DE AMPARO, REGLAMENTARIA DE LOS ARTÍCULOS 103 Y 107 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Raquel Sandra Contreras López



I. ANTECEDENTES DE LA APARIENCIA JURÍDICA

Al fenómeno de la apariencia, desde los orígenes del derecho romano, se le ha confundido con diversas figuras jurídicas con las que se entrelaza, se mimetiza y en la mayoría de las veces se le confunde, como en el caso de la posesión de derechos tangibles e intangibles, la representación, la disposición de bienes con motivo de sucesión por causa de muerte, los actos en fraude de acreedores, la simulación, etc., dando origen a figuras conocidas como “aparentes”, esto es, al poseedor, al heredero, al representante, el acreedor aparente, entre otros muchos supuestos más.

La naturaleza jurídica del fenómeno de la apariencia en el ámbito jurídico, es la de ser una hipótesis de excepción a principios jurídicos, como el que dispone que “nadie puede dar lo que no tiene”, ya que su eficacia solo procede ante la presencia de determinados datos sociales, como son, entre otros, la buena fe de quien la percibe y, en algunos casos, la onerosidad del acto jurídico, así como el que exista una norma que contenga esos datos, a diferencia de lo que en forma indebida se propone en el ámbito judicial, a través de lo que se conoce como apariencia de buen derecho, que presupone el juicio subjetivo del Juzgador federal, al conocer la solicitud de suspensión del acto reclamado por parte del quejoso.

De tal manera, la influencia de la figura “apariencia de buen derecho” en el ámbito de la justicia federal, particularmente, con motivo de la suspensión del acto reclamado en materia administrativa, dio origen a que se dictaran

por parte de las máximas autoridades judiciales del país, sendas sentencias que resolvieron las contradicciones de tesis 3/95, y la 12/90, y más adelante a que se incluyera la figura en cita en la nueva Ley de Amparo del año 2013.

II. SIGNIFICADO COLOQUIAL DE LA PALABRA APARIENCIA

La palabra apariencia, de acuerdo con el Diccionario de la Academia Española, tiene, entre otros significados, el de “aspecto o parecer exterior de alguien o de algo”.

Y con la anterior significación gramatical de la palabra, se ha considerado de manera equivocada que la apariencia es una característica intrínseca de las personas y de las cosas, como vendría a ser en su caso la consumibilidad de las cosas, las cuales, por su propia naturaleza, son consumibles, gradualmente consumibles o no consumibles, cuando en realidad, la apariencia no es connatural a las personas o las cosas.

La apariencia no es, como se dice en el diccionario, una característica que provenga de la naturaleza de las personas o de las cosas en sí mismas consideradas, porque en ese supuesto la apariencia sería percibida igual por cada uno de los miembros de la colectividad; en cambio, si se considera que la apariencia es un fenómeno consistente en cómo se percibe a una persona o cosa, por los demás miembros de una colectividad o por una persona determinada, podrá ser tan distinta como personas perciban una situación dada; en otros casos, la apariencia percibida coincidirá en todos los que la observan.

III. CONCEPTO DE APARIENCIA, EN SENTIDO AMPLIO O GENÉRICO

Por lo anterior, considero que la apariencia, en un sentido lato o genérico de la palabra, es: “...la percepción que tienen los miembros de una colectividad o una persona determinada, respecto a las cualidades o calidades de otra persona o cosa, cuando en realidad esa persona o cosa, pueden o no tenerlas”.¹

Así concebida, la apariencia influye en el actuar del ser humano, desde su forma de comunicarse, como en cada una de sus actividades sociales, sean de la clase que sean, como son la religión, la moral, los usos y costum-

¹ CONTRERAS LÓPEZ, Raquel Sandra, *Teoría Integral de la Apariencia Jurídica. Su efecto frente a diversas figuras jurídicas*, Editorial Porrúa, México, 2006, parágrafo 6.-D., p. 7.

bres y convencionalismos sociales, entre estos, la moda; pero también, se aplica en la psicología y por supuesto en el ámbito jurídico, porque la apariencia tiene su efecto solo en sociedad.

Es así como los miembros de una colectividad pueden apreciar en otro miembro de la misma, por ejemplo, una apariencia religiosa que en realidad no tiene, y ello porque los miembros de su comunidad observan que éste asiste regularmente a los oficios religiosos, cuando en realidad ello solo lo hace por disimular y así ser aceptado en ese grupo social.

Pero es en el derecho una de las manifestaciones más trascendentes del gregarismo humano, en el que el fenómeno de la apariencia tiene un impacto concreto y real, y cuando se le relaciona con otras figuras jurídicas con las que se le ha confundido, se dan consecuencias de derecho, creyéndose que es con motivo de una determinada figura jurídica, cuando en realidad lo que se protege es la apariencia, por ejemplo de ser poseedor, de ser un acreedor, cuando dicha percepción puede o no coincidir con una realidad jurídica, en cuanto a la existencia del derecho, por lo que, en varios de los supuestos, solo resultará ser un poseedor o un acreedor aparente.

IV. CONCEPTO JURÍDICO DE LA PALABRA APARIENCIA

Con base en lo antes dicho, en un primer momento, definí a la apariencia jurídica o apariencia de derecho como: “Lo que percibe la colectividad como cualidades o calidades fundadas en derecho, o derivadas de una norma jurídica, respecto de una determinada persona o cosa, cuando en verdad esa persona o cosa, pueden o no tenerlas en realidad”.²

Sin embargo, ahora con algunos cambios de estilo y de acuerdo con la tesis francesa del hecho jurídico, propongo los siguientes conceptos de apariencia de Derecho:

1. El hecho jurídico en sentido estricto, por conductas del ser humano reconocido por el legislador a través de una norma de aplicación general y con un carácter hipotético, consistente en la percepción que los miembros de una colectividad o una persona determinada, o bien, el propio Estado, tienen con relación a una cosa determinada o respecto a otro miembro de la misma o de alguna cosa que éste posee, atribuyéndole a la cosa o a la persona, cualidades o calidades fundadas en derecho, cuando en verdad esa cosa

² *Ibidem*, parágrafo 60, p. 79.

o persona pueden o no tenerlas en realidad, pero, que los hace actuar en consecuencia de lo percibido.

Y también, en otros términos, la apariencia en el ámbito jurídico, se le puede conceptualizar como:

2. El hecho jurídico reconocido por el legislador, consistente en la percepción que los miembros de una colectividad o una persona determinada, o bien, el propio Estado, tienen respecto a la situación en la que se encuentra una cosa con relación al entorno en el que se le ubica, o bien, la situación en la que se encuentra otro miembro de la misma o una cosa que éste posee, atribuyéndole a la cosa o a la persona, cualidades o calidades que puede o no tener en realidad de acuerdo a una norma jurídica, y que hace actuar en consecuencia de lo percibido.

De ahí que si la apariencia jurídica o apariencia de derecho, es la manera como los miembros de una colectividad o una persona determinada, perciben a otro miembro de la misma, o bien a una cosa específica, atribuyéndole a una u a otra cualidades o calidades jurídicas que puede o no tener en realidad. Resulta entonces que lo percibido puede o no coincidir con una determinada realidad jurídica, sin embargo, en uno y otro supuesto, quien percibe actuará en consecuencia de lo percibido.

V. APARIENCIA QUE RESULTA COINCIDIR CON LA REALIDAD

Por regla general, lo que los miembros de una colectividad o una persona determinada perciben en otro miembro de la misma, coincide con la realidad, esto es, si los miembros de un grupo social perciben que otra persona de la misma se ostenta o ejercita un determinado derecho que recae sobre un bien tangible o intangible, ya sea porque la usa o goza ante todos, o bien, realiza actividades propias de un dueño, o porque se encuentra en determinado ejercicio de un estado jurídico, generalmente, se piensa por los miembros de una colectividad, que quien así se ostenta es el real y verdadero propietario del bien o de la cosa, o bien, es el titular del derecho; y por regla general, resulta coincidir con la realidad jurídica solo excepcionalmente, lo que se percibe no coincide con la existencia de un determinado derecho, ya que, de darse la hipótesis contraria, esto es, de que todo lo percibido resultara ser una situación jurídica aparente, se viviría en un mundo irreal.

VI. APARIENCIA QUE RESULTA NO COINCIDIR CON LA REALIDAD O APARIENCIA APARENTE

Son los casos de excepción en la percepción que los miembros de una colectividad tienen respecto a una determinada situación jurídica, y que los hace actuar en consecuencia, a partir de una situación que ha resultado ser aparente, por no coincidir con una realidad jurídica, los que ha protegido el legislador desde el derecho romano, a través de figuras como la usucapión o de los interdictos de retener y recuperar la posesión perdida, y posteriormente, en el derecho germánico, a través de la figura de la *gewere*, una figura equivalente a la posesión romana.

Por ende, resulta importante tener presente el primer significado gramatical de la palabra “aparente”, que de acuerdo con el diccionario es “que parece y no es...”

Por lo tanto, el fenómeno de la apariencia en el ámbito del derecho tiene su más amplia eficacia, respecto aquellos casos de excepción, y ello para proteger a quien resultó ser, no el poseedor, el acreedor, el heredero o el representante aparente, sino a favor de todas aquellas personas que siendo parte o terceros a un acto jurídico, o terceros para el efecto del Registro Público, confiaron en lo que percibieron con una apariencia de derecho, cuando en realidad no existía tal derecho, esto es, que pareció ser, pero no fue, pero que finalmente los hizo actuar en consecuencia de lo percibido.

VII. DATOS SOCIALES CONFORME A LOS CUALES TIENE EFICACIA LA FIGURA DE LA APARIENCIA, EN EL ÁMBITO DEL DERECHO

Ahora bien, los datos sociales que la norma jurídica debe reunir a efecto de que se le atribuya por el sistema jurídico, la eficacia de una apariencia de derecho, son: que exista una norma que contenga los elementos necesarios para proteger un caso de apariencia, esto es, que la norma se refiera a la posesión, o bien, a actos de naturaleza onerosa en los que, quien haya sido parte o tercero a un acto jurídico o tercero para los efectos del Registro Público, haya apreciado una apariencia de derecho que resultó ser aparente, pero que la hizo actuar en consecuencia con la apariencia jurídica que apreció, y lo esencial, que esa apreciación haya sido de buena fe, o bien, que lo que percibido haya sido producto de la ignorancia de una situación, que de haberla conocido no hubiera actuado como lo hizo.

VIII. PROTECCIÓN DE LA APARIENCIA EN EL DERECHO ROMANO

A pesar del desconocimiento de la figura de la apariencia en el ámbito jurídico, ésta ha influido en todos los campos del derecho civil, en menor o mayor grado, y sus antecedentes se remontan al derecho romano, en el que también se le desconoció por los legisladores de la época, pero sentó su importancia principalmente a través de la posesión y de la usucapión como forma de adquirir, con el paso del tiempo y cumpliendo ciertos requisitos, la propiedad legítima del bien mueble o inmueble que se viene poseyendo, figuras con las que en forma desafortunada se le ha confundido.

IX. PROTECCIÓN DE LA APARIENCIA EN EL DERECHO GERMANO

También la protección a la apariencia se encontró protegida en el derecho germánico a través de la figura de la *gewere*, la cual era similar a la posesión romana,³ pero mucho más amplia y flexible. Si bien, al paso del tiempo y en la época de la recepción del derecho romano por Occidente, se dio la conexión entre estas dos figuras jurídicas, mezclándose y haciéndose una sola con el nombre de posesión, como se le regula hoy en día en el Código Civil Alemán.

Es así, como la influencia de la *gewere* sobre la figura romana de la posesión, flexibilizó y amplió a ésta última, la cual en un principio quedó limitada solo a las cosas, aunque después, en una época tardía del derecho romano, la posesión llegó a extenderse a determinados derechos,⁴ por lo que éste reguló lo que se conoció como *cuasi possessio*.

En cuanto a la dimensión jurídica de la *gewere*, en su origen era el acto por el que se entregaba en forma jurídica un inmueble, y a través de este acto de entrega, la *gewere* abandonaba al transmitente e investía al adquirente. Posteriormente, esta situación se dio también respecto de los bienes muebles.

³ *Diccionario de derecho privado*. T. II. G-Z. Primera Reimpresión a la Primera Edición. Editorial Labor. Barcelona, España. 1954, p. 2034. Cfr. también, al respecto, a CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral. T. Segundo. Derecho de las Cosas. Los Derechos reales en general. El dominio. La posesión*, 14a. ed. revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero, Reus, Madrid, España, pp. 645-646.

⁴ HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *La Posesión*, Editorial Civitas, Madrid, España. 1980, p. 80.

X. LA APARIENCIA EN EL ÁMBITO DOCTRINARIO

En Europa, fueron los doctrinarios italianos quienes, en los años 30, comenzaron el estudio de situaciones aparentes que eran protegidas por el legislador de su época. En España, una de las primeras referencias a la apariencia fue en el año de 1948, en la ciudad de Bérghamo.

En México, el fenómeno de la apariencia fue preocupación de un ilustre jurista, maestro de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, quien fuera presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y quien, en 1936, en un informe de actividades que rindió como presidente de la Tercera Sala en materia civil, de ese Máximo Órgano de Justicia Federal, manifestó la necesidad de que el derecho se ocupara de figuras como la del heredero aparente.

En los años de 1960, hubo estudiosos que se interesaron en el fenómeno de la apariencia, como José Luis Carral y de Teresa,⁵ y en el año de 1982, tocó brevemente el tema el maestro y doctor Ernesto Gutiérrez y González, en un artículo llamado “El principio de la Buena Fe en el Derecho Civil”. Más adelante, abordó el tema de la protección de la apariencia en nuestros Ordenamientos jurídicos, sobre todo en el Código Civil, en sus obras: “Derecho de las Obligaciones”, “El Patrimonio. El Pecuniario y el Moral o Derechos de la Personalidad”, y en su último libro, “Derecho civil para la Familia”, lo que hizo también, a lo largo y ancho del país, a través de diferentes foros.

Ha habido otros autores como Bernardo Pérez Fernández del Castillo que, en 1992, se refirió al tema de la apariencia en un ensayo que formó parte de una Memoria en homenaje a Manuel Borja Martínez,⁶ pero en mucho como sucedió también con Carral y de Teresa, fueron referencias a la doctrina española, pero sin aportar nada nuevo a la teoría de la apariencia jurídica.

En Francia, han sido también muchos los estudiosos⁷ del tema de la apariencia, pero aún su legislación no la recoge como derecho positivo, al

⁵ CARRAL Y DE TERESA, José Luis, *La Protección de la Apariencia Jurídica*, Librería de Manuel Porrúa, México, 1964. Y también, *Derecho Notarial y Derecho Registral*, Editorial Libros de México, México, 1965.

⁶ *Homenaje a Manuel Borja Martínez*, Editorial Porrúa, México, 1992, pp. 233-256.

⁷ BUSTOS PUECHE, José Enrique, *La Doctrina de la Apariencia Jurídica*, Editorial Dykinson, Madrid, España, 1999, p. 111. Se señala, que, entre otros estudiosos del fenómeno de la apariencia en el derecho, se encuentran: JEAN LAURENT (*L'apparence dans le problème des qualifications juridiques*. Tesis Doctoral. Caen. 1931), JACQUES LÉAUTÉ (*Le mandat apparent dans ses rapports avec la théorie générale de l'apparence*. Riv. Trimest. De Droit Civil. 1947), PETETIN XAVIER (*La nature juridique de l'apparence*. Tesis. Facultad de Derecho. Universidad de París. 1966), PIERRE ARRIGHI JEAN (*Apparence et réalité en Droit Privé*. Tesis. Niza. 1974).

igual que sucede en el resto de los países de herencia romano-canónica. Si bien el estudio que han hecho los franceses de la teoría en comento, ha sido en el ámbito jurisprudencial,⁸ sin lugar a dudas tiene su influencia en el derecho positivo de aquel país.

En el ámbito de la doctrina española, el autor José Enrique Bustos Pueche fue el primero de los autores, quien en su obra “La Doctrina de la Apariencia Jurídica”,⁹ ya contempló al fenómeno de la apariencia en el ámbito jurídico, con una visión amplia del tema y no a través de un estudio monográfico del mismo, como se venía estudiando en el siglo XX. Sin embargo, a pesar de su muy interesante estudio sobre el fenómeno de la apariencia jurídica, el autor español no propuso una teoría integral de la misma, como sí lo hizo la autora de este breve ensayo, en su obra primera obra y en cuyo título se hace mención al trato científico e integral que hace del fenómeno de la apariencia en el ámbito de la ciencia jurídica.

Ahora bien, como comenté antes, el jurista Francisco H. Ruiz, en el año de 1936, al rendir Informe como presidente de la Tercera Sala Civil de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, fue el primero en referirse a la apariencia de derecho en relación con la figura del heredero aparente; sin embargo, los actuales ministros y ministras de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no hacen aplicación de esta figura jurídica conforme a la esencia de la misma y de su trato científico en el campo de la ciencia del derecho.

XI. REPERCUSIÓN DE LA FIGURA DE LA *GEWERE* EN EL CONOCIDO COMO CÓDIGO CIVIL DE 1928

Un ejemplo claro de la importancia de la figura de la *gewere* ideal en el derecho mexicano es lo que se conoce como posesión civilísima en el derecho europeo, y que el Código Civil de 1928 y los códigos civiles de 2000, se regula en el artículo 1660, y en el que se dispone que los efectos de la aceptación o repudiación de la herencia se retrotraen siempre a la fecha de la muerte de la persona a la que se hereda.

También se daba la *gewere* ideal cuando al despojado de una cosa se le seguía considerando —por el derecho germánico— investido y protegido por la *gewere*, situación que se halla regulada en los códigos civiles de 2000,

⁸ *Idem*. También, se refieren a esta cuestión, los autores Fernando Derrida y Jacques Mestre, en la Enciclopedia DALLOZ. *Repertoire Droit Civil*. Voz. “*apparence*”. 1986. pp. 2 y 3, y también GHESTIN, Jacques y GOUBEAUX, Gilles en *Traité de Droit Civil. Introduction Générale*, París, 1990, p. 759.

⁹ BUSTOS PUECHE, José Enrique, *op. cit.*, p. 40.

en el artículo 805, en el cual se dispone que: “Se reputa como nunca perturbado o despojado, el que judicialmente, fue mantenido o restituido en la posesión”.

O bien, en el caso de que hubiera un pronunciamiento judicial o *Auflassung*, se investía con la *gewere*, aun sin la entrega material de la cosa misma.

También es de importancia en el derecho civil mexicano la *gewere* jurídica, a la que también le llamaron justa, la cual lo era, aunque no se fundara en un título válido y mediante la cual se propiciaba que la sociedad percibiera una “apariencia” que era protegida por su sistema jurídico, sin que fuera necesaria la prueba de su validez ni la exhibición del título, bastando, en caso de una impugnación judicial, la afirmación del mismo por el titular, con base en el juramento de dos cojuradores. En otras ocasiones, solo bastaba la afirmación y el solo juramento del titular, o bien, a través del transcurso del tiempo de un año y un día, cuando no hubiese sido impugnada la *gewere* adquirida, así, mediante la *Auflassung* judicial.

A la *gewere* jurídica del año, un día la reguló el Código Civil de 1928, y ahora los códigos civiles de 2000, a *contrario sensu*, en su artículo 804, en el cual, se dispone, que: “Para que el poseedor tenga derecho al interdicto de recuperar la posesión, se necesita que no haya pasado un año desde que se verificó el despojo”.

Asimismo, cuando en el caso el disponente careciera de derecho, la investidura que constituía la *gewere* daba lugar a efectos jurídicos, no ya con un carácter general de adquisición de un derecho, pero sí generaba una apariencia protegida por el legislador.

En conclusión, la *gewere* se consolidó en el derecho germánico como la exteriorización de un señorío sobre una cosa, esto es, sobre un derecho real.

El significado legitimador de la *gewere* respecto de los inmuebles se desplazó con el tiempo hacia la inscripción en los registros públicos de la propiedad, por ello, la figura de la *gewere* es el antecedente de lo que viene a ser una “apariencia provocada por el legislador”,¹⁰ ya que el propio Estado ha organizado todo un sistema de publicidad de los actos y hechos jurídicos que realizan sus gobernados, a efecto de que los que tienen un derecho inscrito en un registro público tengan una presunción, salvo pacto en contrario, de legitimación respecto de su derecho, y para aquellos que son terceros a los efectos de un registro público, a su vez cuenten también con una presunción

¹⁰ CONTRERAS LÓPEZ, Raquel Sandra, *op. cit.*, parágrafos 86. c), 144.—D., pp. 105 y 158.

juris tantum de fe pública registral respecto de lo ahí inscrito o cancelado, y que de acuerdo a ello actúen en relación con el derecho.

En cambio, en la *gewere* relativa a los muebles, la protección de legitimación continúa hasta nuestros días, como se prueba del contenido de los códigos civiles de 1928 y de 2000, en su artículo 799, que corresponde en gran medida al 464 del Código Civil Español.

Además de esta norma, la *gewere*, respecto de bienes muebles, se encuentra contenido en el artículo 800 de los mismos ordenamientos. Así también en materia contractual, mediante el contrato de permuta en sus artículos 2329 y 2330, o del contrato de aparcería rural, a través del artículo 2761 y muchos otros casos en esta materia.¹¹

Con el tiempo, esta figura influyó en la posesión romana flexibilizándola, la que se enriqueció también con el impulso que en el derecho canónico se hizo de los derechos derivados de la situación jurídica de las personas y de la familia.

XII. LA APARIENCIA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO SUSTANTIVO CIVIL

El fenómeno de la apariencia jurídica se encuentra relacionada con todas las materias del derecho civil, desde el tema de las actas expedidas por el Registro Civil, hasta la materia del Registro Público de la Propiedad, pasando por la materia de personas, bienes, derecho sucesorio *mortis causa*, obligaciones y contratos.

Es así como la apariencia de derecho no solo se limita a la posesión de bienes tangibles, ya sean estos muebles o inmuebles, va más allá al proteger la posesión de derechos que no recaen sobre una cosa material o tangible, sino un derecho inmaterial como lo son los derechos derivados del estado civil de las personas o de la filiación, o también, en el supuesto de un derecho de crédito, o en el caso de la posesión de un título de crédito, o bien, en el caso de las conductas celebradas en fraude de acreedores, o en el supuesto del poseedor, heredero, acreedor y representante aparente, donde la eficacia de la apariencia se da a favor de los terceros que se ven perjudicados por los actos que estos celebraron sin tener derecho a ello, o en el supuesto de las conductas simuladas, o en el supuesto del pago de lo indebido.

¹¹ Al respecto, en la obra citada de la autora se desarrollan en forma extensa todos los anteriores supuestos y más.

XIII. LA APARIENCIA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO ADJETIVO CIVIL

Asimismo, la apariencia tiene gran influencia en materia de derecho procesal a través de figuras como la oponibilidad e inoponibilidad de derechos, la materia de indicios y principalmente, en materia de presunciones, así, como la llamada “fama pública”.

XIV. PROPUESTA DE REGULACIÓN DE LA APARIENCIA JURÍDICA, DE MANERA INDEPENDIENTE DEL HECHO JURÍDICO DE LA POSESIÓN DE DERECHOS TANGIBLES E INTANGIBLES

El jurista Ernesto Gutiérrez y González, en un “Anteproyecto de Código civil para la Entidad Federativa de Nuevo León”¹² que elaborara en el año de 1991, propuso la regulación de la apariencia de posesión de manera independiente a la posesión misma. Lo anterior, conforme a la redacción siguiente:

Artículo 484.—*Apariencia de propietario frente al público:*

La detentación de una cosa da al que la tiene, *la apariencia de ser propietario* para todos los efectos legales.

El que posee en virtud de derecho personal, o de un derecho real distinto al de propiedad, no se le presume propietario.

Pero si es detentador de buena fe, *goza de la apariencia de haber obtenido la posesión del dueño de la cosa, o del derecho.*

Artículo 485.—*Apariencia de haber poseído en el tiempo, de principio a fin y sin interrupción, el bien o cosa.*

El que tiene la detentación actual de un bien o una cosa, *hace presumir a terceros qua ha detentado la cosa sin interrupción desde que la adquirió.*

Artículo 486.—*Apariencia de ser dueño de los muebles que haya en el inmueble que se detenta.*

El que detenta un bien o cosa inmueble, *hace presumir a tercero que es dueño de los bienes o cosas muebles contenidas en el inmueble”.*

¹² GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Código Civil para el Estado de Nuevo León. Anteproyecto y comentarios por el Lic. Ernesto Gutiérrez y González*, t. 2, Gobierno del estado de Nuevo León, México, Nuevo León, 1991, pp. 19-20.

Artículo 487.—Carga de la prueba contra las anteriores presunciones.

El detentador, *poseedor aparente ante terceros*, no tiene que probar las presunciones establecidas a su favor en los tres anteriores artículos. El que quiera destruirlas, debe probarlo.

De lo antes transcrito se evidencia la forma en que deberá regularse por el legislador civil la figura de la apariencia de posesión, la cual produce sus efectos jurídicos a partir de que los demás miembros de una colectividad aprecian su aspecto exterior o su comportamiento, esto es, *percipio personae* y *percipio res*, en forma independiente de la posesión misma que implica el aprovechamiento de la cosa o del ejercicio de un derecho directamente en beneficio del poseedor, hacia él, para sí, *pro interius* produce sus efectos de derecho, hacia dentro. La propuesta del autor en cita, también la hizo con relación a la posesión de estado civil, misma que se contiene en la obra en cita.

XV. PROPUESTA PERSONAL DE UNA TEORÍA INTEGRAL DE LA APARIENCIA JURÍDICA

El fenómeno de *la apariencia en el ámbito jurídico* se ha venido contemplando en los ordenamientos jurídicos como una norma de excepción, y en la mayoría de los supuestos se le ha confundido con otras figuras jurídicas con las que se ha asimilado, como en el caso de la posesión de bienes o de derechos, o en el supuesto de la representación en exceso o contrariando las facultades otorgadas por el representado, o bien, en relación a la buena fe, etcétera.

Se ha considerado también por los doctrinarios que han estudiado la figura, que la misma es una característica o cualidad que deviene de la cosa o de la persona misma, cuando la apariencia es la presunción que una persona realiza a partir de la observación que a su vez hace de otra persona o cosa que ésta posee, o simplemente del estado que guarda una cosa, atribuyéndoles una cualidad o calidad jurídica que puede o no coincidir con la realidad, pero que hace actuar a una persona conforme a lo que percibió.

La apariencia en el ámbito jurídico sustantivo civil, principalmente se ha asimilado con la posesión, de ahí que, para demostrar la procedencia de figuras como la prescripción positiva o usucapión, se requiera que el poseedor de buena o de mala fe demuestre en juicio que ha poseído el bien mueble o inmueble a título de dueño, de manera pública, pacífica y continua. Los anteriores elementos son de exterioridad y por lo tanto de apariencia de derecho, no se refieren a la posesión misma, la que se manifiesta a través del uso, goce o disfrute del bien.

Al igual sucede en el supuesto de la *posesión de estado civil*, que viene ser una posesión de derechos en la que los elementos exteriores se refieren

al nombre, trato y fama de poseer un determinado estado civil, ya sea de descendiente, ascendiente, cónyuge o concubino, el que deberá acreditarse a falta de acta de nacimiento o cuando la misma resulte falsa, incompleta o defectuosa. Lo anterior con la finalidad de tener derecho a los efectos patrimoniales económicos o morales correspondientes.

La vinculación de la apariencia con la posesión ha dado origen a figuras jurídicas como el poseedor, acreedor, heredero, representante aparente, etc., pero también se entremezcla con una gran variedad de figuras jurídicas distintas a la posesión, como sucede en materia registral tanto de la propiedad como civil; me refiero a los principios de la buena fe y legitimación registral, también se vincula con la acción pauliana y la acción contra la simulación, etcétera.

Lo anterior me hizo concluir que el legislador, sin darse cuenta de ello, ha protegido apariencias de derecho a través de regular otras figuras jurídicas, pero lo ha hecho sobre la base de una norma hipotética y general.

Los anteriores temas se encuentran ampliamente desarrollados y explicado, en mi obra “Teoría Integral de la Apariencia Jurídica”, pero también a partir de la formulación de la teoría integral antes citada y de las conclusiones que formulé con base en ella, me permitió formular las bases de sistematización de la figura de la filiación en el derecho civil mexicano, ya sea que el descendiente nazca como producto de un convenio de matrimonio o de un convenio de concubinato o de una relación sexual efímera, o bien, de que el descendiente nazca en vida de los progenitores o luego de la muerte de estos, o como resultado del empleo de las técnicas de reproducción asistida, ya en vida o luego de la muerte de los cónyuges o concubinos. Lo anterior se contiene en mi segunda obra, titulada “Derecho Civil para la Familia, Temas Selectos”, que lleva como subtítulo “La Filiación, la Maternidad Sustituta y los Derechos de la Personalidad en el Marco de la Teoría Integral de la Apariencia Jurídica”, publicada en el año 2014.¹³

XVI. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES DE LA APARIENCIA DE BUEN DERECHO

La incipiente teoría que existe en el ámbito jurídico mexicano sobre el fenómeno de la apariencia, ha sido producto en gran medida de una labor

¹³ CONTRERAS LÓPEZ, Raquel Sandra, *Derecho Civil para la Familia. Temas Selectos. La Filiación, la Maternidad Sustituta y los Derechos de la Personalidad en el Marco de la Teoría Integral de la Apariencia Jurídica*, Editorial Porrúa, México, 2014.

doctrinaria, pero, en otros países como en Francia, es opinión generalizada que la misma ha sido producto de una labor jurisprudencial.¹⁴

Sin embargo, en los Estados Unidos Mexicanos, en el año de 1993, el Máximo Tribunal del Poder Judicial, en forma por demás desafortunada, hizo mención a una figura que tuvo su origen en la doctrina española, denominada “Apariencia del Buen Derecho”, a través de una resolución emitida por los magistrados del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en la ponencia del entonces magistrado Genaro Góngora Pimentel, al resolver el incidente de suspensión en Revisión número 2233/93, promovido por Juan Manuel Iñiguez Rueda.

Luego de ello, en el año 1995, se promovió ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la contradicción de tesis número 3/95 a la que hago enseguida referencia, con otros antecedentes jurisprudenciales de la figura apariencia de buen derecho y peligro en la demora.

A. La contradicción de tesis 3/95 entre la resolución dictada en el incidente de suspensión en la Revisión 2233/93, resuelta por los magistrados del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, promovida por Juan Manuel Iñiguez Rueda y como ponente al magistrado Genaro Góngora Pimentel y la resolución emitida en la 358/91, emitida por los magistrados del Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, cuyo ponente fue el Mag. Gustavo Calvillo Rangel, promovida por Inmuebles de Puebla. S.A.

B. La contradicción de tesis 3/95 fue resuelta por el Tribunal en Pleno de la SCJN, siendo ponente la ministra Olga María del Carmen Sánchez Cordero de García Villegas, dando origen la Jurisprudencia J/P 15/96.

C. La contradicción de tesis 12/90 entre la resolución dictada en la queja Q.A. 262/88, resuelta por los magistrados del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, y la resolución emitida en la Revisión de amparo R.A. 2443/87, emitida por los magistrados del Tercer Tribunal Colegiado del Primer Circuito, cuyo ponente fue el Magisterio Genaro Góngora Pimentel.

D. La contradicción de tesis 12/90, fue resuelta por el Tribunal en Pleno de la SCJN, siendo ponente el ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, dando origen la Jurisprudencia J/P 16/96.

Respecto a la contradicción de tesis 3/95, se formularon los proyectos de sentencia respectivos, resultando muy interesantes los formulados por los

¹⁴ BUSTOS PUECHE, José Enrique, *op. cit.*, p. 111.

ministros Aguirre Anguiano y Gudiño Pelayo, quienes expresaron sus dudas respecto de la oportunidad de resolver las contradicciones en cita, sobre la base de la apariencia de buen derecho.

A. El ministro Aguirre Anguiano manifestó que tenía “grave duda” respecto a la bondad de la tesis que se proponía en las contradicciones analizadas, tanto la que surgía de la ponencia de la Ministra Olga Sánchez Cordero, como la del señor Ministro Ortiz Mayagoitia, toda vez que *la apariencia de buen derecho surge de los precarios elementos que en un momento dado se puede tener por los planteamientos de la demanda de amparo, en donde hay que analizar la naturaleza de la violación alegada para efectos suspensionales, y no se refiere la ley a la naturaleza del acto reclamado, ni del acto autoritario en sí mismo, sino a la naturaleza de la violación alegada, lo que será determinante para dirigir el criterio del juez en materia suspensiva*.

Más adelante, el ministro agrega en su proyecto que “esta tesis permite asomarse a los temas que son propios del fondo del asunto, pero no la veo contrastada con otros principios u otras preocupaciones que para mí le harían más aceptable y por esos tengo serias dudas de la bondad de la tesis”.

B. El ministro Gudiño Pelayo, por su parte, también manifestó dudas respecto al fondo de la tesis que se les proponía por los ministros.

Al final de cuentas, a pesar de objeciones en contra de resolver las contradicciones de tesis en mención, aplicando la figura “apariencia de buen derecho”, por unanimidad del Pleno del Máximo Órgano Judicial, se dictaron las jurisprudencias J/P 15/96, y la J/P 16/96 sin formularse de manera desafortunada votos particulares por parte de los ministros en cita.

XVII. REGULACIÓN DE LA FIGURA APARIENCIA DE BUEN DERECHO, EN LA ACTUAL LEY DE AMPARO REGLAMENTARIA DE LOS ARTÍCULOS 103 Y 107 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

En el año 2011, los Senadores Jesús Murillo Karam, integrante del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, y Alejandro Zapata Perogordo, integrante del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional de la LXI Legislatura del H. Congreso de la Unión, en ejercicio de la facultad conferida en el artículo 71, fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los artículos 8º fracción I, 164, 165 y 169 del Reglamento del Senado de la República, presentaron a la consideración del Congreso de la Unión la

Iniciativa con *Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, y se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos y Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Ahora bien, en la exposición de motivos, de la iniciativa con proyecto de decreto en cita, se sostuvo lo siguiente:

Históricamente el juicio de amparo se ha constituido como el instrumento de control de constitucionalidad más importante dentro de nuestro sistema jurídico. En la actualidad, es el medio para cuestionar la constitucionalidad de la actuación de toda autoridad del Estado. Es al mismo tiempo, el mecanismo más eficaz que tienen los gobernados para evitar o corregir los abusos o equivocaciones del poder público que lesionan o vulneran los derechos fundamentales de las personas reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En ese sentido, el juicio de amparo tiene por objeto específico hacer real y eficaz la autolimitación del ejercicio de la autoridad por parte de los órganos del Estado.

Un presupuesto básico de la democracia es la dignidad de la persona humana, racional y libre, garantizada a través de un catálogo de derechos, valores y principios tales como la libertad, igualdad y pluralidad, que estén reconocidos en una Constitución o Norma Fundamental, los cuales deben ser garantizados y protegidos ante su desconocimiento a través de los instrumentos jurisdiccionales que la propia Constitución prevea.

De ahí la importancia de instrumentos como el juicio de amparo, así como también de los jueces y tribunales constitucionales en un Estado constitucional de Derecho.

No debe pasar inadvertido que las transiciones democráticas exitosas han tenido que apoyarse en los poderes judiciales federales (en la mayoría de los casos, tribunales constitucionales) para lograr una lectura de la constitución y de las leyes que sea acorde con el movimiento democratizador de las instituciones. Chile, España y Colombia son un fiel reflejo de ello. En ese sentido, las resoluciones de mayor trascendencia que se han dictado en los países mencionados han versado sobre derechos fundamentales, pues es ahí en donde se encuentra el núcleo básico de derechos que permite, si se respeta, crear ciudadanos.

Es pertinente apuntar que nuestra Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Ley de Amparo) entró en vigor mediante Decreto publicado el 10 de enero de 1936 en el Diario Oficial de la Federación (DOF).

Sin embargo, las inexorables transformaciones políticas, sociales y culturales que el país ha vivido lo largo de las últimas décadas, hace necesario armonizar y adecuar las leyes y las instituciones a fin de garantizar que esos cambios se inscriban dentro del marco del Estado democrático de Derecho.

Un caso particular donde podemos advertir la importancia de la armonización de las instituciones y leyes se da con nuestro juicio de amparo.

El juicio de amparo, como se ha señalado, es el instrumento jurídico de la mayor trascendencia en el Estado mexicano y es por eso que se vuelve imperativo llevar a cabo una serie de cambios y modificaciones a la Ley que lo regula a fin de modernizarlo y, en consecuencia, fortalecerlo. Ello con el propósito firme de que se mantenga como el mecanismo jurisdiccional más importante dentro de nuestro orden jurídico.

En fechas recientes fue aprobada una importante reforma a los artículos 94, 103, 104, 107 y 112 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Esta reforma sin duda de suma importancia dado que ello conduce necesariamente a transformar nuestro juicio de amparo.

El primero de los cambios más importantes contenidos en la reforma constitucional antes referida se refiere a la ampliación del objeto de protección del juicio de amparo. Hasta hoy, como es evidente, el mismo se ha limitado a las denominadas garantías individuales que, básicamente, quedaron establecidas desde la Constitución de 1857 y fueron repetidas, en lo sustancial, en la de 1917. La extensión del juicio de amparo se ha dado, ante todo, por las interpretaciones que se dan a las garantías de legalidad y de seguridad jurídica de los artículos 14 y 16 constitucionales, así como a las reinterpretaciones a ciertos preceptos de la Constitución.

Se pretende, en consecuencia, afines a la lógica internacional que ha extendido el espectro de protección en materia de derechos humanos y dada la necesidad de constituir al juicio de amparo en un medio más eficiente de control de las actuaciones de las autoridades públicas, ampliar el marco de protección de ese proceso extendiendo la materia del control.

Es en ese sentido de que mediante el juicio de amparo se protegerán de manera directa, además de las garantías que actualmente prevé nuestra Constitución, los derechos humanos reconocidos por ésta, así como por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

El segundo cambio constitucional importante se refiere al “interés” o tipo de afectación que se requerirá para iniciar un juicio de amparo y obtener la protección de la justicia federal.

En efecto, además del objeto de protección, una cuestión relevante del juicio de amparo tiene que ver con el tipo de interés exigido para solicitarlo. Hasta ahora, en nuestro país se ha seguido la idea de que para tal efecto es necesaria la existencia de un *interés jurídico*, identificado con el derecho subjetivo.

Si bien en el pasado esa forma de relación entre la situación de las personas y sus posibilidades de acceso a los procesos fuera correcta, en la actualidad no

resultaba adecuado seguir exigiendo el interés jurídico para acudir al juicio de amparo. Ello nos conduce a concluir que la forma de resolver el problema del interés para acudir al juicio tiene que ver con la forma en que se vislumbran las posibilidades de acceso a la justicia.

En consecuencia, se abrió la puerta al “interés legítimo”. Se trata de una institución con un amplio desarrollo en el derecho comparado y con algunos antecedentes en el nuestro que, justamente, permite constituir como quejoso en el amparo a aquella persona que resulte afectada por un acto en virtud de, o la afectación directa a, un derecho reconocido por el orden jurídico —interés jurídico— o, cuando el acto de autoridad no afecte ese derecho, pero sí la situación jurídica derivada del propio orden jurídico. Lo anterior, reviste una gran importancia dado que, como lo ha señalado el Ministro José Ramón Cossío, resulta relevante la ampliación de posibilidades de entrada al juicio con el objeto de proteger situaciones o hechos que, si bien no están totalmente reconocidas por el Derecho, sí pudieran afectar derechos fundamentales.

La tercera reforma constitucional importante en materia del juicio de amparo tiene que ver con los efectos de las sentencias del juicio de amparo. La reforma extendió la protección del amparo a las personas que incluso no hubiesen participado en el litigio en el que una norma general se hubiese declarado inconstitucional, con excepción de las normas tributarias.

En efecto, uno de los principios fundamentales sobre los cuales se encontraba construido el juicio de amparo en México hasta antes de la reforma constitucional, es el de relatividad de las sentencias de amparo. De conformidad con este principio, la sentencia que otorga el amparo se limita a amparar al quejoso sin hacer una declaración general sobre la inconstitucionalidad de la norma reclamada.

La importancia que ha tenido la vigencia del principio de relatividad para el desarrollo del juicio de amparo en nuestro país, en la actualidad consideramos carece de justificación y por lo mismo se hacía impostergable su modificación, ello en aras de garantizar el principio de supremacía constitucional y la regularidad del orden jurídico mexicano y algo igualmente importante, el principio de igualdad ante la ley, dado que en un país con serias desigualdades económicas y sociales resultaba una injusticia la permanencia de normas inconstitucionales y su obligatoriedad para la inmensa mayoría de los gobernados, sólo porque no promovieron un juicio de amparo, a pesar de haber sido declaradas inconstitucionales por nuestro máximo tribunal constitucional.

Estos cambios constitucionales, entre otros, así como la necesidad de armonizar ciertas figuras procesales con la propia dinámica social e inclusive con las nuevas tecnologías, conducen necesariamente a reformar la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ahora bien, es preciso referir que una reforma al juicio de amparo debe ser producto de una reflexión no sólo sobre las reformas secundarias que se re-

quieren en esta materia a partir de la reforma constitucional antes referida, sino que exige una reflexión más profunda y razonada sobre cómo vislumbramos nuestro instrumento de protección de derechos fundamentales más importante en nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia, este proceso requiere la suma de las reflexiones y aportaciones de litigantes, jueces, legisladores y juristas, a fin de consolidar un nuevo texto que garantice primordialmente el acceso a la justicia y la efectividad en la tutela de los derechos fundamentales.

En esa tesitura, la iniciativa que se presenta pretende recoger ampliamente los esfuerzos de la *Comisión de Análisis de Propuestas para una Nueva Ley de Amparo* (Comisión), creada a finales de 1999, a partir del impulso decidido de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, esfuerzos que se vieron consolidados a través del *Proyecto de Ley de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* del año 2000 (Proyecto).

Debemos recordar que esta Comisión se encargó de recibir, analizar y discutir las propuestas generadas desde el propio Poder Judicial de la Federación para reformar el juicio de amparo, así como las ideas planteadas por académicos, docentes, investigadores, miembros de asociaciones de abogados, colegios, academias y sociedad civil en general.

Resulta claro que la diversidad de las propuestas mencionada y el ánimo incluyente que prevaleció durante la existencia de la Comisión hicieron posible que el Proyecto fuera un texto coherente, integral y consensado. Consciente del valor jurídico y social que tiene el referido Proyecto de Ley de Amparo de 2000, es que esta iniciativa pretende retomar en forma sustancial las reformas contenidas en el mismo incorporando desde luego, nuevas disposiciones que armonizan este texto con las reformas a los artículos 94, 103, 104, 107 y 112 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por último, los que suscribimos esta iniciativa queremos enfatizar que esta propuesta es asimismo resultado del interés y dedicado esfuerzo de miembros del Poder Judicial de la Federación, Ejecutivo Federal y del Poder Legislativo con quienes durante varios meses trabajamos conjuntamente, con el objetivo primario de consolidar una propuesta que incorpore, como se ha dicho, el Proyecto de Ley de Amparo de 2000 así como las propuestas que han surgido durante los diez años posteriores a dicho proyecto y las que se derivaron de la reforma constitucional en materia de amparo antes referida, a fin de construir una nueva Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que permita consolidar al juicio de amparo como un instrumento accesible al mayor número de personas, sencillo, eficaz y primordialmente garante de los derechos humanos de las personas.

Los antecedentes expuestos como referencia intentan dejar claro que el conjunto de reformas que aquí se proponen tienen su fundamento en amplios debates realizados por juristas, legisladores, académicos y abogados destacados con el fin de lograr consolidar una reforma armónica, sistemática e integral.

Es oportuno destacar que, dada la trascendencia de las modificaciones que se proponen, se considera necesaria la expedición de una nueva Ley de Amparo. De esta forma, se prevé además que exista claridad, congruencia y armonía entre todas las disposiciones que conforman la misma. La introducción de cambios relevantes en la Ley vigente corría el riesgo de ser incompatible con la estructura actual del juicio de amparo o de hacerla en extremo de difícil entendimiento. Así, la creación de una nueva Ley de Amparo brinda la certeza de que se obtenga un nuevo ordenamiento inteligible.

Ahora bien, con el propósito de hacer más comprensible el conjunto de reformas que se proponen en esta iniciativa, se ha decidido integrarlas por temas. De esta forma, su entendimiento y posterior discusión serán más sencillos.

Más adelante, en la parte concerniente a la estructura de la ley, en cuanto a los procedimientos de amparo, se propuso la inclusión en materia de suspensión del acto reclamado, la figura “apariencia de buen derecho” conforme a los argumentos siguientes:

Procedimientos de amparo:

De forma coincidente con el Proyecto presentado por la Comisión, se introdujeron modificaciones a la estructura prevista en la ley vigente respecto de los dos procedimientos de amparo (directo e indirecto). Ello en virtud de que, en primera instancia, se establecen los supuestos de procedencia y demanda, posteriormente los de substanciación y, finalmente, los relativos a la suspensión.

Suspensión del acto reclamado.

En el caso de la suspensión del acto reclamado, se establece un sistema equilibrado que permita que la medida cautelar cumpla cabalmente con su finalidad protectora, pero que cuente con mecanismos que eviten y corrijan los abusos que desvían su objetivo natural.

Para tal efecto, se privilegia la ponderación que deban realizar los jueces entre la apariencia del buen derecho y la no afectación al interés social.

En efecto, se dispone expresamente en el artículo 128 del texto del proyecto *como elemento a considerar por parte de los jueces para el otorgamiento de la suspensión la apariencia de buen derecho, requisito éste reconocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y que constituye uno de los avances más importantes en la evolución del juicio de amparo en las últimas décadas*. Con ello se pretende lograr que la medida cautelar sea eficaz pero que por otro lado no se afecte el interés social, caso en el cual se deberá negar la suspensión. Asimismo, debe referirse que se llevó a cabo una revisión puntual de los supuestos que en términos de la ley se actualiza la afectación al interés social, ello con el propósito de dar mayor certeza a las partes en el juicio de amparo, así como parámetros al juez para resolver sobre la suspensión.

Por otro lado, se prevén en el proyecto elementos mínimos formales y sustantivos que deben cumplir las resoluciones suspensionales, lo que facilita su control a través de los recursos que se prevén en el proyecto. Asimismo, se facultó al órgano jurisdiccional para solicitar documentos y ordenar las diligencias que considere convenientes para resolver sobre la suspensión definitiva.

Sin perjuicio de lo anterior, en los casos en que se consideró necesario o conveniente, se precisaron los efectos de la medida suspensiva para evitar confusiones. Esto es lo que ocurre en la materia penal, en la cual se establecen los distintos efectos de la suspensión dependiendo de la etapa procedimental. Debe destacarse que se buscó un sistema que, sin menoscabo de la eficaz persecución de los delitos, permitiera que el amparo cumpliera con su finalidad protectora y tuviera plena vigencia el principio de presunción de inocencia. Por ello se prevé que la suspensión definitiva pueda concederse excepcionalmente y de acuerdo a las circunstancias del caso, incluso tratándose de delitos que la ley señala como graves.

XVIII. PROPUESTA DE LA REGULACIÓN SISTEMÁTICA Y CIENTÍFICA DE LA APARIENCIA JURÍDICA, EN LA LEY DE AMPARO

En forma desafortunada, los señores senadores, autores de la iniciativa en comento, afirmaron en el texto de la iniciativa en cita, que la figura “apariencia de buen derecho” constituía uno de los avances más importantes en la evolución del juicio de amparo en las últimas décadas, porque desconocen, como también lo desconocen los señores ministros y ministras de la SCJN, el funcionamiento técnico-jurídico de la apariencia en el ámbito jurídico.

Por lo anterior, a efecto de que la regulación de la apariencia jurídica sea congruente con el derecho estricto y escrito del Estado mexicano, y no conforme a la regulación que en la actualidad se hace de ella, sobre la idea de la “apariencia de buen derecho”, en la Ley de Amparo, luego de la expedición y publicación de la misma, en el Diario Oficial de la Federación, el 2 de abril de 2013, propongo que al artículo 128 de la Ley de Amparo, se le dé la siguiente redacción:

Artículo 128.—Con excepción de los casos en que proceda de oficio, la suspensión se decretará, en todas las materias, siempre que concurran los requisitos siguientes:

- I. Que lo solicite el quejoso;
- II. Que no se siga perjuicio al interés social ni se contravengan disposiciones de orden público; y

III. Que, de permitirlo la naturaleza del caso, opere a favor del quejoso la apariencia del derecho que dice le corresponde conforme a la ley de la materia, siempre que así lo haya hecho valer en el juicio correspondiente, fundándose para ello, en disposición que contenga los elementos necesarios de exterioridad de ese derecho, y no se afecte con ello, el interés social.

Ahora bien, también deberá modificarse el texto del actual artículo 138 de la ley en cuestión, el cual, en su párrafo segundo, tiene la siguiente redacción: “En caso de encontrarse en el supuesto establecido en la fracción III del artículo 128 de esta ley, el órgano jurisdiccional deberá realizar un análisis ponderado de la apariencia del buen derecho y la no afectación del interés social”.

Por el siguiente texto:

En caso de encontrarse en el supuesto establecido en la fracción III del artículo 128 de esta ley, el órgano jurisdiccional deberá verificar que el quejoso haya hecho valer en el juicio respectivo, la apariencia del derecho que dice le corresponde y que haya ofrecido en su oportunidad, las pruebas correspondientes de exterioridad de tal derecho y la no afectación del interés social.

Y si bien considero indispensable el que se regule la figura de la apariencia jurídica en los códigos sustantivos, así como en la propia Ley de Amparo, ello deberá hacerse a partir de una interpretación científica y sistemática de la misma y no con base en juicios subjetivos del juzgador, que como tales pueden cambiar conforme cambien las circunstancias del juicio, como se desprende del texto actual del artículo 138 de la Ley de Amparo, vigente.

XIX. CONCLUSIONES

PRIMERA. En el proyecto de resolución del ministro Aguirre Anguiano al que hice mención en los antecedentes, tomó en cuenta la naturaleza de la apariencia en el ámbito jurídico que es la de ser una figura de excepción, por ello, *la aplicación de la misma se debe fundar en una NORMA QUE, SI BIEN ES DE EXCEPCIÓN, DEBE TENER UN CARÁCTER GENERAL Y CONSTAR DE FORMA EXPRESA EN UN ORDENAMIENTO*, a efecto de no contrariar los intereses de la sociedad, básicamente en lo relativo al principio de seguridad e igualdad jurídica.

SEGUNDA. La apariencia de buen derecho, tal y como se contempló en las jurisprudencias por contradicción J/P 15/96 y J/P 16/96, y como se incluye en la actual Ley de Amparo, se refiere al juicio subjetivo que hace el juz-

gador federal expreso al conocer la materia del amparo, y de acuerdo a su real saber y entender, pero también a la subjetividad de su criterio, dando lugar con ello a una presunción no fundada en norma general e hipotética, sino sobre la base de su juicio subjetivo.

TERCERA. La garantía individual de seguridad e igualdad jurídicas solo se pueden salvaguardar en el ámbito de la impartición de justicia, cuando la presunción del juzgador está fundada a su vez en una norma que contemple un supuesto de apariencia jurídica, pero no se puede hablar de un sistema jurídico de derecho estricto y escrito cuando se da al juzgador la libertad de determinar subjetivamente la existencia o no de un derecho.

CUARTA. La aplicación de la teoría integral de la apariencia jurídica de la que soy autora,¹⁵ me ha llevado a proponer en el ámbito del derecho sustantivo civil en su aspecto familiar, la sistematización —a partir de la apariencia y posesión de estado de descendiente— de la figura de la filiación, así como del reconocimiento del descendiente póstumo que nació de un convenio de concubinato y que no fue reconocido por su progenitor en el tiempo de la gestación, a partir del reconocimiento que de él haga el Estado mexicano.

La anterior propuesta se funda en lo preceptuado en el Código Civil de la actual Ciudad de México, así como en la gran mayoría de los Códigos civiles y familiares de las Entidades Federativas del Estado mexicano en el que se determina que las acciones de investigación de la maternidad o de la paternidad *solo se pueden hacer valer en vida de los progenitores*, dejando con ello fuera de la protección del sistema jurídico al descendiente póstumo que no fue reconocido por su progenitor.

La mayoría de los códigos civiles del Estado mexicano, entre ellos el de la actual Ciudad de México, establecen como un principio fundamental a favor de los descendientes la igualdad de derechos patrimoniales económicos o morales, en forma independiente de cuál sea su origen. Sin embargo, la regulación de los derechos de los descendientes habidos de un matrimonio o fuera de él son distintos cuando el descendiente no fue reconocido por sus progenitores, pues la duración de las acciones para investigar e impugnar la filiación paterna como materna, es diferente en uno y otro supuesto, ya que, si se trata de un descendiente nacido de matrimonio, podrá ejercitar las mismas en todo tiempo, al tener éstas un carácter imprescriptible o incaducable. En cambio, en el supuesto de un descendiente nacido fuera de matrimonio, estas acciones solo las podrá ejercitar durante la vida de los progenitores, o

¹⁵ CONTRERAS LÓPEZ, Raquel Sandra, *Teoría Integral de la Apariencia Jurídica. Su efecto frente a diversas jurídicas*, Editorial Porrúa, México, 2006.

bien, dentro de los cuatro años siguientes, luego que llegue a su mayoría de edad; ello cuando sus progenitores hubiesen fallecido siendo éste menor de edad, resultando de lo anterior, una diferencia fundamental entre los derechos que tienen los descendientes, según sean habidos de matrimonio o de un concubinato, y hayan sido o no reconocidos por sus progenitores.

La anterior propuesta de sistematización la formulo con base en la aplicación de la figura de la apariencia en el ámbito jurídico familiar, pero, además, teniendo como fundamento una norma general e hipotética, y no a partir del juicio subjetivo del juzgador federal, en cuanto a si existe o no la apariencia de un derecho, cuando deba conocer de una solicitud de suspensión del acto reclamado.

QUINTA. La propuesta de regulación de la figura de la apariencia jurídica en forma independiente de aquellas figuras jurídicas con las que se ha asimilado, permite que a la misma se le reconozca como un derecho subjetivo más para la defensa de los derechos de una persona, la que no dependerá del criterio subjetivo del juzgador, sino de la existencia en la ley de la materia, de una hipótesis normativa que la contemple, permitiendo con ello, en el caso de no haberle sido favorable a la defensa de sus derechos, el resultado del procedimiento de primera y segunda instancia, tenga la posibilidad de hacer valer el derecho que afirma le corresponde a través del juicio de amparo respectivo. Pero, reitero, mediante la aplicación de la ley y no de un juicio subjetivo del juzgador que pueda cambiarse de acuerdo a las circunstancias, al ser éste solo una apreciación subjetiva del juzgador de si existe o no el derecho.

SEXTA.—En los actuales códigos civiles mexicanos, si bien no se regula de manera independiente la figura de la posesión y el de la apariencia de posesión, se tienen los elementos necesarios para poder resolver, conforme a las reglas de la posesión, las controversias en materia de posesión de estado civil y los procedimientos de prescripción positiva o adquisitiva, etc., resulta conveniente desde la más elemental técnica jurídica, y una visión científica del derecho positivo, el que se regule de manera independiente a estos dos supuestos jurídicos.

SÉPTIMA.—Se debe regular la figura de la apariencia, pero no a partir de la apariencia de buen derecho, porque la misma se funda en un juicio subjetivo del juzgador, sino de la apariencia jurídica que se funda en una norma de excepción, pero de carácter general e hipotético como se propuso líneas arriba.

OCTAVA.—Es una necesidad jurídica que la figura de la apariencia se regule en el ámbito del Derecho positivo mexicano y, en particular, en el ámbito de la Ley de Amparo, pero no a partir de la figura de la apariencia

de buen derecho, que parte, como dejó antes asentado, de una apreciación subjetiva de la autoridad judicial federal al momento de pronunciarse respecto a la procedencia o no de la solicitud del quejoso de suspender el acto reclamado, sino a través de una norma que de manera general e hipotética se pueda hacer valer por cualquier interesado, cuyo derecho se encuadre en la hipótesis contenida en una norma jurídica en la que de manera expresa se regule un supuesto de apariencia jurídica, o que contenga los elementos necesarios para proteger un supuesto de apariencia de derecho.

LA TUTELA CAUTELAR

¿ES UN MEDIO EFECTIVO PARA LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA Y BIENES DE QUIEN DEJA DE SER CAPAZ? ¿SU EJERCICIO DEBE LIBERALIZARSE?

Carlos de Pablo Serna



I. LA CUESTIÓN Y LA PROPUESTA

A la reglamentación de la institución de la tutela en el Distrito Federal que se mantuvo casi sin cambio desde 1870, se adicionó en las últimas dos décadas para reconocer, como ya se hacía desde antiguo y por lo que se refiere a las tutelas testamentaria y dativa en forma restringida, la operancia de la autonomía privada de las personas, solo para que los que gocen de plena capacidad puedan expresar su voluntad a efecto de designar libremente quién o quiénes habrían de ejercer su tutela para el cuidado de su propia persona y la guarda de sus bienes en el caso de que, en lo futuro dejaran de ser capaces y mientras esta incapacidad subsistiera. La reforma legal, con el ánimo seguramente de liberalizar y hacer más dinámico y eficaz el ejercicio de la tutela, instauró lo que la norma llama “tutela cautelar”,¹ y en la práctica se le conoce también como “la tutela de la propia incapacidad”.

La reforma, aunque constituye un avance de liberalización, es insuficiente, ya que se concreta en la posibilidad de designar tutor, pero deja incólume el arcaico, lento e inflexible y por ello ineficaz régimen de actuación de los tutores.

En el mismo lapso, para modernizar un poco a la institución de la tutela y hacerla más acorde a las necesidades actuales y efectiva para su solución, se modificó la legislación aplicable para establecer la “cotutela” que autoriza que una misma persona incapaz pueda tener dos tutores: uno para la guarda de la propia persona y otro para la de sus bienes; y quedó el tutor de la persona liberado al no administrar bienes, de caucionar su manejo. Se modificó también la norma para facultar al juez para determinar la extensión y límites

¹ Artículos 461 y 469 bis a 469 *quintus*, Gaceta Oficial de 15 de mayo de 2007.

de la tutela al establecer qué actos jurídicos de carácter personalísimo podría realizar el incapacitado e, igualmente, para autorizar a ciertas personas morales que no tengan finalidad lucrativa a ser tutores. Siempre que para ello tengan el beneplácito de ascendientes, debe entenderse si los hubiere y si los pupilos y estos carecen de bienes.²

Con la admisión de la eficacia de la autonomía de la voluntad de las personas para la designación de sus propios tutores ante su eventual incapacidad sobrevinida y consiguiente creación de la tutela cautelar —para lo que seguramente influyó ante el poder legislativo la reiterada práctica notarial que a su vez recogía el sentido general de establecer sistemas para la protección de la persona que llegara a ser incapaz—, se modificó el ya muy añejo sistema de la tutela como institución de guarda y representación de aquellos que, habiendo sido capaces, pudieran dejar de serlo, pero —insisto, y por ello propongo nuevas reformas— no con el alcance debido para la resolución de }que, desafortunadamente, la reforma que crea la tutela cautelar solo se refiere o afecta a la posibilidad de designación o delación de tutores, y de otorgarles a los tutores designados exclusivamente facultades de administración, que podrán ser siempre modificadas por un juez.³

Desde luego y por lo limitado de sus alcances, la reforma legal no hace más dinámico y efectivo ni menos costoso, complejo y tortuoso el procedimiento para el desempeño de la tutela de quienes, habiendo sido capaces, dejaron de serlo; procedimiento que en casi todo subsiste como de siempre, lento, burocrático, tortuoso, costoso e ineficaz.

El antiguo régimen restrictivo y de absoluto control estatal de la actuación de los tutores que continúa vigente, sin lugar a dudas es necesario y útil cuando el pupilo no pudo tener la posibilidad de designar a su tutor, pero es absolutamente innecesario cuando el sujeto a la tutela haya sido él mismo, quien oportunamente designó, mientras era capaz, a su tutor o tutores y pudo haber establecido reglas más amplias, flexibles y dinámicas para el desempeño de la tutela, cuidando en ello quien o quienes supervisen y controlen la actuación del

² Artículos 455 y 456 bis, 462, Gaceta Oficial de 17 de enero de 2002.

³ Código Civil, art. 469 quater: "...se podrán contener expresamente las facultades u (sic) obligaciones a las que deberá sujetarse la administración del tutor ... El juez de lo familiar tomando en cuenta la opinión del consejo de tutelados podrá modificar las reglas establecidas si las circunstancias o condiciones originalmente tomadas en cuenta por la persona capaz en su designación, han variado al grado que perjudiquen la persona o patrimonio del tutelado..." artículo 522 "... la garantía que presten los tutores no impedirá que el juez de lo familiar ... dicte las providencias que estime útiles para la conservación de los bienes del pupilo..."

o los tutores sin ser un órgano del estado y por ello de manera menos onerosa, más diligente, rápida dúctil e igualmente seguro.

Téngase en cuenta que nadie puede estar más interesado ni poner más dedicación y cuidado en que se realice la tutela en su interés y a su favor y con eficacia la guarda de su persona y bienes, que el propio posible y futuro incapacitado, y, por tanto, que quien designa tutor para prever su incapacidad sobrevenida tomará todas las providencias necesarias en cuanto a la calidad de las personas que habrán de ejercitar la tutela, las reglas y controles de cómo deberán hacerlo, sin necesidad de que el ejercicio de la tutela quede sujeto a una compleja intervención estatal, ya que solo con la revisión de uno o más verificadores o supervisores, a quienes se puede llamar curadores o auditores que nombre el futuro incapacitado al designar tutor o tutores y precisarles reglas de actuación, se asegurará que estos actúen correctamente.

Con la llamada tutela cautelar, hay un mero reconocimiento de que la autonomía privada de las personas puede con eficacia determinar quién o quiénes habrán de ser sus tutores en caso de que a quien la expresa le sobrevenga una incapacidad pero que no pueda determinar la forma de actuación de los tutores más que en lo administrativo, que no pueda determinar cómo se vigilará y supervisará ella y por quien no constituye realmente la respuesta eficaz a la necesidad de los particulares de protegerse de una incapacidad sobrevenida.

En el momento actual, en el que la ciencia médica ha prolongado la vida de las personas, pero no ha logrado que, mientras no mueran, conserven la plenitud de sus capacidades mentales, en el que cada vez hay más personas de edad avanzada y aun jóvenes que, por uno u otro mal, o simplemente por su edad, ya no pueden decidir ni gobernarse a sí mismos, por un lado y, por otro, en esta época en que las condiciones económicas son más dinámicas y variables, poco estables y se producen cambios en ellas de manera extremadamente rápida, incontrolable e impredecible, un sistema de ejercicio de la tutela, lleno de controles por parte de la judicatura, lo que no constituye su función legal y de órganos estatales y paraestatales y de restricciones como las de hace más de cien años al ejercicio de los tutores, quizá muy seguro y que evita que los tutores puedan abusar de su cargo, se entiende cuando los pupilos no pudieran intervenir en su nombramiento, pero de ningún modo se justifica cuando quien los designó era plenamente capaz para cuando pudiera dejar de estarlo y pudo decidir y tomar todas las providencias necesarias para un manejo eficaz y seguro de sus bienes y persona en el caso de llegar a ser incapaz.

Desde luego debemos propugnar porque la tutela cautelar no solo se concrete a facilitar la delación o nombramiento de tutor y concederle facultades de administración que siempre podrán ser modificadas por la intervención judicial, como lo hace ahora, sino a permitir de manera clara y precisa que al nombrar tutor o tutores pueda, quien lo hace, determinar eficazmente el régimen de actuación de estos, y la tutela se preste solo por él o los tutores con el auxilio y supervisión de uno o más curadores o de personas u organismos creados y determinados por el futuro incapacitado.

Vale la pena hacer un ligero análisis de la situación para robustecer la propuesta que se hace.

Es cierto que el derecho vigente⁴ establece que:

al hacer la designación de tutor cautelar se podrán contener expresamente las facultades u (sic) obligaciones a las que deberá sujetarse la administración del tutor, pero esto no es suficiente para resolver los problemas del incapaz sobrevenido, ya que es también cierto que la tutela constituye una institución o un conjunto todo de normas o reglas jurídicas que se consideran de interés público y por ello de carácter irrenunciable,⁵ que deben interpretarse las unas con las otras y entre ellas están las que prohíben el discernimiento de la tutela sin una previa declaración de incapacidad con una indispensable intervención judicial, y sin que se haya nombrado curador; también, las que en un buen número dificultan el ejercicio de la tutela como aquella en que se prohíbe la actuación del tutor sin la forzosa y obligada del curador y la del juez; y en las que se establece que la tutela se desempeñará por el tutor o los tutores con intervención del curador, del juez de lo familiar y del consejo local de tutelas y del ministerio público.

II. ALGO DE HISTORIA

Se dice que, en el derecho romano, ya desde la época de las XII tablas, se conoció y admitió la autonomía privada como origen de la designación o delación de tutores en la tutela testamentaria y en la dativa.⁶

En la legislación mexicana, desde luego en reducida medida, siempre se ha admitido la autonomía de la voluntad, ya para designar tutores por testamento, ya también cuando se ha permitido, como ahora, a ciertos incapaces

⁴ Artículo 469 *quater*.

⁵ Artículos 452 y 6 C.C.

⁶ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. 1, Introducción y Parte General, Volumen 2º, Madrid, Reus 1982.

por razón de su edad —pero mayores de 16 años—, intervenir en el proceso de designación de tutor y desarrollo de la tutela.⁷

Por lo demás, en sus disposiciones, con profundas raíces en el derecho Romano recibidas a través del Código Napoleónico, el legislador mexicano eligió seguramente lo más efectivo en esa época para aplicarse en nuestro país, dentro de los tres sistemas tutelares que se reconocen en la doctrina⁸ de institución familiar, de institución de carácter público y sistema mixto. Este último ya que el desempeño del cargo le corresponde al tutor y la vigilancia al curador ajenos al Estado, pero con una decidida intervención de éste a través de la judicatura, de órganos de procuración de justicia y de órganos estatales o paraestatales que hace la actuación de los tutores, lenta, onerosa e ineficaz.

Hasta las reformas citadas al código de 28 cuando se convirtió en código de 2000 y, posteriormente en los últimos cuatro lustros, los códigos y leyes hasta entonces aplicables el de 70 y el de 84, reproducción casi literal a su anterior y la Ley Sobre Relaciones Familiares, se mantuvieron prácticamente en los mismos términos.⁹

III. ALGUNOS CONCEPTOS

Difícil disociar y entender, a unos sin los otros, los conceptos de capacidad, incapacidad, representación y tutela; ya que la tutela, una forma especial o especie del género representación caracterizado por la actuación de uno por otro o de la actuación en nombre ajeno, es en realidad el remedio que se da por el derecho para que el incapaz carente de capacidad de obrar o de ejercicio, pero no de capacidad de goce, pueda disfrutar de sus derechos. De no haber incapacidades no se requeriría que hubiera tutela.

En ese orden de ideas, el vigente Código Civil incluye la reglamentación de ambos institutos en un solo título y diversos capítulos.¹⁰

⁷ Artículos 470, 496 y 522 C.C.

⁸ DE LA MATA PIZANA y GARZÓN JIMÉNEZ, *Derecho Familiar y sus reformas más recientes en la legislación del Distrito Federal*, Porrúa, México 2012.

⁹ Código Napoleónico, 26 de marzo 1804, Título XI, libro I, De las personas, De la mayor edad, de la tutela y de la emancipación, Capítulo II, artículos 389 a 515.

Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, libro I, títulos 9 y 10, de la tutela, artículos 430 a 678.

Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, libro I, título 9 y 10, artículos 403 a 589.

Ley Sobre Relaciones Familiares, capítulos XX a XXIV, artículos 298 a 474.

¹⁰ Título 9º, artículos 449 a 640)

Persona,¹¹ en sentido jurídico, es todo ente capaz de derechos y obligaciones. El concepto de persona es diferente del de personalidad, por el que ha de entenderse la actitud para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas. Así, se es persona y se tiene personalidad.

Capacidad y personalidad son conceptos sinónimos que tienen dos manifestaciones. Por un lado, la aptitud del sujeto, de la persona, para la tenencia y goce de derechos, aptitud a la que se llama capacidad de derechos y de goce y que es una posición estática; y, por el otro, la capacidad para el ejercicio de los mismos derechos, lo que constituye una posición dinámica, a la que se le llama comúnmente capacidad de obrar y, más recientemente, capacidad de ejercicio.

Las incapacidades propiamente dichas son restricciones a la capacidad de obrar o de ejercicio, se fundan en circunstancias subjetivas de las personas y conllevan el retardo o suspensión de la aptitud para realizar por sí mismas actos jurídicos.

Nuestro código, como lo hicieron sus códigos antecesores, clasifica a las incapacidades en naturales y legales. Son incapacidades naturales aquellas que el sujeto padece provocadas por una causa permanente o transitoria, como enfermedad mental, vicio o factor parecido, que le impide querer y entender lo que hace, están en su naturaleza, están en él mismo y puede decirse que vienen de dentro; y son incapacidades legales las que derivan de una consideración directa de la ley de que un sujeto no está en condiciones de querer y entender, aunque en la realidad si pueda hacerlo según su naturaleza.¹²

Son incapaces de obrar y tienen incapacidad de ejercicio los menores y, en sentido moderno, los que, por cualquier circunstancia, transitoria o permanente, no pueden gobernarse a sí mismos.

La capacidad de derecho o goce constituye un atributo de la personalidad; es fundamental, es indivisible, irreductible y esencialmente igual y siempre corresponde a todas las personas.

La capacidad de ejercicio, por contra, es susceptible de restricciones, desde luego a título excepcional; por tanto, puede decirse que la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción.

Las restricciones que producen la incapacidad derivan de disposiciones de la ley. Para que haya capacidad de goce basta la existencia de la persona y, por contra, para que haya capacidad de ejercicio se requiere que ella tenga inteligencia, voluntad y que la norma lo reconozca y acepte.

¹¹ CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*

¹² DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho civil, Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez*, Editorial Porrúa, México, 2003, p. 187.

Es frecuente que algunas personas carezcan de capacidad de obrar o de ejercicio. En cambio, la incapacidad de goce solo se da para un muy reducido número de actos que por su naturaleza son personalísimos, lo que hace que no podrá el incapaz llevarlos a cabo por representante, de lo que resulta que ni él por sí mismo, ni por conducto de representante, podrá realizarlos. Por tanto, efectivamente, y por lo que hace a esos actos, carece de la capacidad de goce necesaria, entre tales actos el otorgamiento de testamento.

De la observación de la evolución de las reglas de los códigos civiles en materia de interdicción, que es el reconocimiento por el derecho de la incapacidad, aparece que, siguiendo una propuesta de Marcel Planiol, cada vez más reconocen que son intrascendentes las causas que originan la incapacidad, ya que pueden ser muchas, difícilmente numerables, y si es de tenerse en cuenta la incapacidad misma como la imposibilidad de la persona de administrar por ella, sin auxilio ni asistencia sus propios asuntos, porque no puede gobernarse a sí misma,¹³ no fue siempre así.

Los códigos mexicanos, como en muchas otras materias, siguiendo en ello al francés de 1804¹⁴ que distinguía como causas de la incapacidad la imbecilidad, concebida como debilidad de espíritu causada por la ausencia u obstrucción de las ideas, la demencia y el furor, no solo se concretaron a determinar cuándo existe incapacidad, sino a precisar sus causas, lo que desde luego es inútil. Los códigos de 70, 84 y la Ley sobre Relaciones Familiares y el propio Código Civil vigente, en su texto original de 1928,¹⁵ establecieron como diversas causas de la incapacidad la locura, el idiotismo y la imbecilidad, considerados a su vez como diversos grados de padecimientos mentales que impedían a los afectados gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad por sí mismos, lo que ya ha sido rectificado en diversas redacciones posteriores del mismo artículo del código vigente.

Como dato curioso téngase en cuenta que al redactarse el código de 70, del que es copia en esto el de 84 y los posteriores en nuestra ciudad, no solo se siguió el sistema contenido en el Código Napoleónico, sino que se aplicaron las doctrinas médico-psiquiátricas vigentes en la época, lo que se desprende de la organización y estructura que se dio al manicomio de “La Castañeda” como el establecimiento psiquiátrico más avanzado de la época, en el que había pabellones o secciones para la curación de locos, idiotas e imbéciles respectivamente.

¹³ Citado por Castán Tobeñas, *op. cit.*

¹⁴ Artículo 489, código 70 artículo 431, código de 84 artículo 404, Ley Sobre Relaciones Familiares artículo 299

¹⁵ Artículo 450.

IV. REPRESENTACIÓN Y TUTELA, REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA Y LEGAL

Para resolver y no solo paliar los efectos perniciosos de la incapacidad de ejercicio de las personas, entre otras finalidades, el derecho moderno crea la institución de la representación —por cierto no aceptada o no aceptada con sus características actuales en el derecho romano—, por la que alguien actúa quien no puede hacerlo, ya que carece de la capacidad de ejercicio necesaria, pero sí tiene derechos y capacidad de goce para disfrutarlos.

A la representación se la define como cuando una persona celebra a nombre y por cuenta de otra un contrato (o en general un acto jurídico) de manera que sus efectos se producen directa e inmediatamente en la persona y en el patrimonio del representado, como si él mismo hubiere celebrado el contrato o ejecutado el acto.¹⁶

La reglamentación legal de la representación, lo mismo que la de la tutela, no ha tenido grandes cambios desde la redacción del Código de 70 y se contiene básicamente en tres artículos, tanto en el código vigente como en sus antecesores.¹⁷

Como arriba ya se apuntó, la utilidad y la razón de ser de la representación es facilitar a quienes carecen de capacidad de ejercicio del medio para que puedan ejercitar su capacidad de goce.

Doctrinalmente la representación tradicionalmente se ha dividido en dos grandes grupos según su origen, las reglas que las rigen y quien las desempeña, y así se habla, por un lado, de la representación voluntaria y, por otro, de la representación legal que se realiza por medio de las llamadas instituciones de guardia, la patria potestad y la tutela para lo que se tiene una regulación restrictiva, protectora y muy precisa.

En medio de uno y otro tipo de representación se habla de un tercer tipo o uno intermedio: el de la llamada representación institucional u orgánica con la que se auxilia a los entes jurídicos que tienen órganos de decisión, pero no de ejecución a las personas jurídicas colectivas llamadas morales para que ejecuten sus decisiones.

La representación voluntaria, como su nombre lo indica, surge de la expresión de voluntad de quien la confiere, que es plenamente capaz y se

¹⁶ BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, 20a ed., Editorial Porrúa, México, 2006, p. 248.

¹⁷ Artículos 1800, 1801 y 1802 código de 28; 1399, 1400 y 1402 código de 70, 1283, 1284 y 1285 del código de 84 el contenido de éstos últimos artículos del Código de 84 es copia literal o casi literal de los respectivos artículos del código de 70.

caracteriza y diferencia de la representación legal, principalmente, en que la representación voluntaria se rige por las normas generales y por las especiales que se crean entre quien la confiere y quien la recibe. El ámbito de las facultades que se otorgan y corresponden al representante las determina el representado, su modo de acción y de actuación es también determinado por él, que puede incluso permitir que el representante actúe en su interés propio y no el del mismo representado. Además, es característica principal de la representación voluntaria que es el propio representado el que exige cuentas y debido comportamiento y responsabilidades al representante.

Por contra, el otro grupo, el de la representación legal, es aquel con la que el derecho prevé que los que tienen capacidad de goce o de derecho, pero no de obrar o de ejercicio se beneficien de ella, y la ejerciten a través de un representante, ya que ellos no pueden hacerlo por sí mismos.

En la representación legal es la norma la que determina quién debe representar, cuál es el ámbito de sus facultades, cómo debe realizar su actividad, cómo debe actuar. Desde luego se le impide hacerlo en interés propio y se deja a los órganos del estado exigir al representante una correcta actuación.

Para la representación legal, el derecho confiere al Estado y a su judicatura determinar quién debe ejercerla, quién debe supervisarla, qué facultades tiene el representante, cuáles puede ejercerlas por sí solo y cuáles requieren la cooperación o autorización de otras personas para su ejercicio, entre ellas la judicatura, órganos administrativos, consejos de tutela y ministerio público.

La tutela cautelar, como una más de las formas de la representación por sus características, evidentemente se acerca más a una representación voluntaria que a una legal en cuanto al nombramiento y a la tímida posibilidad de designar facultades al tutor para el ejercicio; y se parece más al régimen de la representación legal, porque en la ejecución se le aplica casi en su totalidad éste, con lo que se impide diligencia y eficiencia en ello con perjuicio no solo del incapaz, sino de la sociedad toda por los bienes de su patrimonio que no circulan.

Si se admite que, en materia contractual y en otras materias, la representación voluntaria tenga amplísimos efectos, porque al fin y al cabo el que la confiere le fija al representado el ámbito de actuación y podrá siempre cerciorarse de la actuación correcta de su representante y, de no ser así, corregirlo, y tiene las acciones legales para lograr el apoyo estatal en ello, ¿por qué no se acepta un régimen parecido en la tutela cautelar, permitiendo al que desig-

na tutor —que al hacerlo es también perfectamente capaz para su eventual incapacidad— designar al o a las personas que puedan ser tutores y también a los órganos necesarios, procedimientos de actuación, control y vigilancia, para tener la certeza de la correcta actuación de sus tutores y, desde luego, conservando los medios legales para que se acuda al Estado por esas personas u órganos supervisores, y así hacer cumplir y, en su caso, sancionar a los tutores?

Sin lugar a dudas, el régimen de la representación legal como es ahora, estricto, restrictivo y controlado por el Estado, se justifica en el caso de que quien habrá de ser representado para que se ejerzan sus derechos, haya sido y siga siendo siempre incapacitado, de modo que nunca haya podido expresar su voluntad para la representación ni para su control.

En nuestro sistema jurídico, la representación legal se realiza por instituciones de guarda, como la patria potestad y la tutela, que en mayor o menor medida están sujetos en su operación a un régimen anticuado, oneroso, restrictivo.¹⁸ ¿Por qué quien es capaz sí puede investir a otro u otros de facultades de representación, según lo que le convenga, y que esto subsista mientras no devenga incapaz, pero no puede más que señalar quién habrá de representarlo en caso que le sobrevenga una incapacidad, y no precisarle el régimen de su actuación, ni de sus facultades, ni liberarlo, aunque le tenga confianza absoluta, de controles que no habrán de hacer, sino que la representación sea ineficaz?

No cabe duda que se hace necesario reglamentar la posibilidad de que quien es capaz no solo pueda determinar libremente quién o quiénes habrán de representarlo para el cuidado de su persona y de sus bienes, sino que el incapaz pueda, como un poderdante, determinar cómo, en qué circunstancias y con qué controles deban actuar sus representantes.

En conclusión y resumen, se propone que se amplíe la reglamentación de la tutela cautelar como forma de representación, institución de guarda de las personas que, habiendo sido capaces, designaron tutores a efecto de que en lo futuro quien ejercite así su autonomía de la voluntad, también pueda determinar, con la precisión que juzgue oportuna, el régimen al cual deberá sujetarse la actuación de su o sus tutores y de la vigilancia que de esa actua-

¹⁸ Que pudiera justificarse cuando alguien por su especial incapacidad no ha podido nunca expresar eficazmente su voluntad para el ejercicio y goce de sus derechos y no puede determinar medidas para evitar que se abuse en él mientras sea incapaz, pero evidentemente no hay ninguna razón para obligar a alguien que sí pudo expresar su voluntad para ser representado posteriormente en el caso de una incapacidad sobrevenida a que ésta se desempeñe como él mismo haya especificado y con los controles que haya fijado.

ción deban hacer personas físicas u órganos que designe el propio futuro incapaz. También deberá poder el futuro incapaz designar los medios para lo anterior, las retribuciones y compensaciones que deban hacerse, las garantías que deben o no deban darse, la forma de presentar no solo inventarios, sino balances y comprobaciones y la periodicidad de ello y en general todo aquello que, de acuerdo con los modernos sistemas de administración, sirva para asegurar la eficacia de una administración y la garantía de su correcta aplicación.

Lo anterior no significa que el régimen de ejercicio de la tutela cautelar quede totalmente sustraída a la actividad estatal, la cual deberá desarrollarse cuando en ejercicio de las acciones correspondientes, tutores, administradores interventores y curadores estimen que las actividades de cualquiera de ellos signifiquen abusos, apropiaciones indebidas o malversaciones, caso en el cual, como ante cualquier otra circunstancia parecida, deberá intervenir la judicatura y el ministerio público.

El régimen propuesto traerá como ventaja, desde luego, liberar a la judicatura del desarrollo de funciones que no le son propias, que los gastos de administración y cuidado de los incapacitados queden a cargo solo de ellos y no de todos los causantes vía el impuesto y el presupuesto de la judicatura, y otros órganos estatales y una más efectiva, diligente y eficaz operación en el cuidado de la persona y bienes de los incapacitados.

V. BIBLIOGRAFÍA

- FERNÁNDEZ CUETO, Francisco (coord.), *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, Ponencia a la VIII Jornada Notarial Iberoamericana de la UINL, México, ANAM 1998.
- DE LA MATA PIZAÑA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto, *Derecho familiar y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal*, Editorial Porrúa, México, 2012.
- GARCÍA VILLEGAS, Eduardo, *La tutela de la propia incapacidad (voluntad anticipada, tutor cautelar poder interdicto)*, Editorial Porrúa, México, UNAM, 2010.
- CÁRDENAS GONZÁLEZ, Fernando Antonio, *Incapacidad, documentos legales de autoprotección*, Editorial Porrúa, México, 2015.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español, común y foral*, Reus, Madrid, 1982.
- BATIZA, Rodolfo, *Las fuentes del código civil de 1928*, Editorial Porrúa, México, 1979.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil, parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, Editorial Porrúa, México, 1990.
- DIEZ-PICAZO, Luis, *La representación en derecho privado*, Civitas, México, 1992.
- BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría de las obligaciones*, Editorial Porrúa, México, 1982.

Código Civil para el Distrito Federal, G.O., 25 mayo 2000,
Código Civil para el Distrito Federal, 26 mayo, 13 junio y 21 diciembre 1928
Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California 1984
Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California 1970
Código Napoleónico
Ley Sobre Relaciones Familiares

EL USUFRUCTO COMO OBJETO DEL IMPUESTO SOBRE ADQUISICIÓN DE INMUEBLES

Alejandro Domínguez García Villalobos



I. INTRODUCCIÓN

El propósito del presente trabajo es analizar el régimen fiscal del usufructo por lo que al Impuesto Sobre Adquisición de Inmuebles se refiere. Para ello, y para mayor claridad de los distintos supuestos de causación de dicho impuesto local, en primer lugar, vamos a recordar en qué consiste este derecho real y tener claro las distintas variantes o modalidades que se pueden presentar, tanto en sus formas de constitución como en el número de usufructuarios; el objeto mueble o inmueble sobre el que puede recaer; así como en su forma de transmisión y sus distintos modos de extinción. Hecho lo anterior, analizaremos cómo se ha gravado el usufructo en las distintas leyes locales que han estado vigentes en el Distrito Federal, hoy la Ciudad de México, desde la Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal de 1942, hasta el actual Código Fiscal.

II. GENERALIDADES DEL USUFRUCTO

A. CONCEPTO

Recordemos que el usufructo es el derecho real, temporal, por naturaleza y como máximo vitalicio, para usar y disfrutar de bienes ajenos, sin alterar (salvo excepciones) su forma y substancia.

A. Es un derecho real, por lo que participa de las características propias de esta clase de derechos, mismas que son:

- a. *Inmediatez*. Consiste en un poder jurídico que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa para aprovecharla, total o parcialmente. En el caso del usufructo, parcialmente, pues da a su titular el derecho de usarla y de disfrutarla.

- b. *Exclusión*. El titular del derecho lo puede ejercer con exclusión de cualquier otra persona.
- c. *Persecución*. Concede a su titular acción de perseguir y recuperar la cosa sobre la que recae. Respecto del usufructo, el artículo 989 del Código Civil le reconoce al usufructuario el derecho de ejercitar todas las acciones y excepciones reales, personales o posesorias.
- d. *Oponibilidad*. Es oponible a terceros. En el usufructo existe además un sujeto pasivo determinado que es el nudo propietario, lo que le da el carácter de derecho real absoluto-relativo.
- e. *Preferencia*. Da prioridad a quien detente el mismo derecho, pero adquirido con anterioridad.

B. Es por esencia temporal, pues el desmembramiento que sufre la propiedad, es decir la separación del derecho de usar y disfrutar de la propiedad para quedar ésta, nuda (como la llama la doctrina), tarde que temprano, terminará y se consolidará nuevamente.

C. Es por naturaleza vitalicio, es decir si no se dice nada en relación con la duración, el usufructuario tiene derecho a que dure toda la vida de éste.

D. Como máximo vitalicio. El usufructo durará cuanto más, la vida del usufructuario.

E. Para usar y disfrutar bienes ajenos. El usufructuario tiene derecho a usar el bien objeto del usufructo y a hacer suyos todos los frutos naturales, industriales y civiles que dicho bien produzca, el que por definición, debe pertenecer a otra persona, llamada nudo propietario.

F. Sin alterar, salvo excepciones, su forma y substancia. El usufructuario debe usar y disfrutar con moderación, es decir, utilizar el bien objeto del usufructo según su naturaleza y para lo que esté destinado. Una excepción se refiere al caso en el que el usufructo abarque bienes consumibles a que se refiere el artículo 994 Código Civil, dando lugar al cuasiusufructo.

B. CLASIFICACIÓN

El usufructo admite ser clasificado desde distintos ángulos, tales como su forma de constitución, su duración, por el objeto sobre el que recae, por los provechos o gravámenes, por el número de usufructuarios, etcétera.

A. *Por su constitución*. El usufructo se puede constituir por ley (usufructo legal); por voluntad de los particulares, bien sea por testamento o contrato (usufructo voluntario); o por prescripción (usufructo mixto).

- a. *Legal*. Los casos de usufructo legal están previstos en los artículos 428 y 430 referentes a los bienes del hijo mientras está sujeto a patria potes-

tad, 1364 relativo al legado sujeto a término suspensivo; 1366 que se refiere al legado sujeto a término extintivo; y 1480 referente a las sustituciones testamentarias. El texto de dichos artículos es en lo conducente del tenor siguiente:

Artículo 428.—Los bienes del hijo, mientras esté en la patria potestad, se dividen en dos clases:

- I. Bienes que adquiera por su trabajo;
- II. Bienes que adquiera por cualquier otro título.

Artículo 430.—En los bienes de la segunda clase, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo, la administración y la otra mitad del usufructo corresponden a las personas que ejerzan la patria potestad ...

Artículo 1364.—Si el día en que debe comenzar el legado fuere seguro, sea que se sepa o no cuando ha de llegar, el que ha de entregar la cosa legada tendrá, respecto de ella, los derechos y obligaciones del usufructuario.

Artículo 1366.—Cuando el legado debe de concluir en un día en que es seguro que ha de llegar se entregará la cosa o cantidad legada al legatario, quien se considerará usufructuario de ella.

Artículo 1480.—Puede el padre dejar una parte o la totalidad de sus bienes a su hijo, con la carga de transferirlos al hijo o hijos que tuviere hasta la muerte del testador, teniéndose en cuenta lo dispuesto en el artículo 1314, en cuyo caso el heredero se considerará como usufructuario.

- b. *Voluntario*. Cuando su origen es la voluntad de los particulares, bien sea por testamento o por contrato, y en este caso sea de manera gratuita u onerosa. Además, puede constituirse por enajenación cuando el propietario enajena el usufructo y conserva la nuda propiedad, o por retención o reserva cuando el propietario conserva el usufructo y lo que enajena es la nuda propiedad.
- c. *Mixto o por prescripción*. Si se posee un bien a título de usufructuario, de manera pacífica, pública, continua, y por el plazo establecido en la ley según se trate de un bien mueble o inmueble, y en su caso si hay buena o mala fe.

B. *Por su duración*

- a. *Temporal*. Según dijimos todo usufructo es por esencia temporal, sin embargo, se ha llamado así al que se constituye por un determinado número de años, para diferenciarlo del vitalicio.

- b. *Vitalicio*. Cuando se constituye por toda la vida del usufructuario, bien sea porque así se estipuló o por no haberse dispuesto lo contrario.
- C. Por el objeto sobre el que recae:
 - a. *Mueble*. Si recae sobre bienes muebles.
 - b. *Inmueble*. Si es inmueble el objeto sobre el que recae. (Art. 750 fracción -+XII del Código Civil).
- D. Por los provechos o gravámenes:
 - a. *Oneroso*. Si el que enajena el usufructo lo hace a cambio de una contraprestación. Por ejemplo, si es objeto de una compraventa.
 - b. *Gratuito*. Si no hay contraprestación por el usufructo que se adquiere, es decir si es objeto de una donación
- E. Por el número de usufructuarios:
 - a. *Simple*. Si es una sola persona la titular del derecho, es decir es un solo usufructuario.
 - b. *Múltiple*. Si se constituye a favor de varias personas y en este caso admite subclasificarse en simultáneo y sucesivo. El primero, cuando los usufructuarios tienen una parte alícuota del derecho y pueden usar y hacer suyos los frutos a un mismo tiempo. Recordemos que en esta clase de usufructos nuestro Código Civil dispone que cesando el derecho de uno de los usufructuarios pasará al propietario, es decir, se consolidará proporcionalmente con la nuda propiedad, salvo que al constituirse se hubiese dispuesto que acrecería las porciones de los demás usufructuarios (Art. 983). El segundo, es decir el sucesivo, tiene lugar cuando al dejar de ser usufructuario el primero de los designados, lo será el siguiente, según el orden establecido.

C. FORMAS DE EXTINCIÓN

En términos del artículo 1038, el usufructo se extingue por alguna de las siguientes causas:

A. Muerte del usufructuario. Como hemos dicho, el usufructo es como máximo vitalicio, ya que independientemente de que se le haya fijado una duración, si el usufructuario muere, el derecho se extingue. Es importante tener presente que, si el usufructuario vende o transmite su derecho por cualquier título, el derecho se extingue con su muerte, ya que el derecho se constituyó en consideración a su vida y no a la de otro. Por ello, el artículo 1002 al establecer que el usufructuario puede enajenar, arrendar y gravar su derecho,

agrega que todos los contratos que celebre como usufructuario terminarán con el usufructo.

B. Vencimiento del plazo por el cual se constituyó.

C. Por cumplirse la condición impuesta en el título constitutivo para la cesación de este derecho.

D. Por la reunión del usufructo y de la nuda propiedad en una misma persona.

E. Por renuncia expresa del usufructuario.

F. Por la pérdida total de la cosa que era objeto del usufructo.

G. Por la cesación del derecho del que constituyó el usufructo.

H. Por no dar fianza el usufructuario por título gratuito, si el dueño no lo eximió de esa obligación.

III. EL IMPUESTO SOBRE ADQUISICIÓN DE INMUEBLES

Si bien es cierto —como veremos más adelante— que el usufructo no fue objeto de impuesto por la legislación local en una época pasada, podríamos afirmar que en la actualidad, en todas las legislaciones estatales, o en su caso municipales, de nuestro país, el usufructo que tiene por objeto un inmueble, es objeto de imposición fiscal; lo que no es uniforme son los supuestos de causación del correspondiente impuesto, ya que la amplia y variada gama de posibilidades que hemos mencionado puede presentarse en el usufructo, como es el que pueda ser vitalicio o temporal, sucesivo o simultáneo, legal o voluntario, que pueda ser objeto de constitución, de transmisión y de extinción, etcétera, se ha visto reflejada en los distintos ordenamientos fiscales para gravar lo que el legislador en cada caso ha considerado.

Podemos dividir en cuatro etapas la regulación fiscal que ha tenido el usufructo en el Distrito Federal a partir de la Ley de Hacienda de 1942. La primera de ellas abarca de 1942 a 1981, en la que según veremos, el usufructo no fue objeto de imposición del impuesto sobre traslación de dominio, que se causaba cuando la transmisión de la propiedad de un inmueble; una segunda etapa comprende de 1982 (por reformas a la Ley de Hacienda citada) a 1999, año en la que se reformó el entonces Código Financiero para el Distrito Federal; la tercera etapa abarca del año 2000 al 2004, y la cuarta y última etapa del 2005 a la fecha.¹

¹ La vigencia de la primera ley de Hacienda citada abarca del primero de enero de 1942 al treinta y uno de diciembre de 1982. La siguiente Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal estuvo vigente del primero de enero de 1983 al 31 de diciembre de 1994. El Código Financiero del Distrito Federal estuvo vigente del 1 de enero de 1995 al 31 de diciem-

A. PRIMERA ETAPA 1942 A 1981

La Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1941, regulaba en su título XI el Impuesto Sobre Traslación de Dominio de Bienes Inmuebles. Los artículos relativos y que nos servirán para hacer los comentarios correspondientes en torno al usufructo, son en su texto original y en lo conducente, del tenor siguiente:

Artículo 443.—Es objeto del impuesto la adquisición o transmisión de dominio de bienes inmuebles.

Artículo 444.—El impuesto sobre traslación de dominio sobre inmuebles en el Distrito Federal se causa:

I. En los casos de transmisión contractual de la propiedad de bienes inmuebles.

II. En los casos en que la propiedad de los inmuebles se transmita por remate judicial o administrativo.

III. En los casos en que la propiedad de los inmuebles se transmita por remate judicial o administrativo.

IV. Cuando se transmita la propiedad de bienes inmuebles en los casos de constitución, fusión de sociedades, aumento del capital social, adjudicación por disolución y liquidación de sociedades, sean civiles o mercantiles.

Artículo 445.—No habrá lugar al pago del impuesto:

...

X. Cuando se trate de la transmisión de derechos reales sobre inmuebles.

Con base en el texto de las fracciones del artículo 444, observamos que todos los supuestos previstos como de causación del impuesto sobre traslación de dominio, se refieren a distintos casos de transmisión de la propiedad de un inmueble, lo que se corrobora con el texto de la fracción X del artículo 445 que establece que no habrá lugar al pago del impuesto cuando se trate de la transmisión de derechos reales sobre inmuebles (entiéndase derechos reales distintos a la propiedad); por lo que podemos afirmar que ni la constitución, ni la transmisión, ni la extinción del usufructo, eran objeto de causación de dicho impuesto.

Consideramos que el impuesto sobre traslación de dominio se causaba en dado caso, cuando el propietario vendía la nuda propiedad, pero no así

bre de 2009 y el actual Código Fiscal para el Distrito Federal entró en vigor el 1 de enero de 2010.

si se transmitía el usufructo y el propietario se reservaba la nuda propiedad de su inmueble.

B. SEGUNDA ETAPA. DE 1982 A 1999

El primero de enero de 1982 entró en vigor el decreto por el que se reformó la Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal de 1942, y que previó varios supuestos de causación del Impuesto Sobre Adquisición de Bienes Inmuebles relacionados con el usufructo. Los supuestos de causación indicados fueron conservados tanto por la Ley de Hacienda siguiente, que entró en vigor el primero de enero de 1983, como por el Código Financiero del Distrito Federal de 1995. El texto de los artículos relativos de la Ley de Hacienda de 1983 (y correlativos del Código Financiero) es el siguiente:

Artículo 23.—Están obligadas al pago del impuesto sobre adquisición de inmuebles establecido en este capítulo, las personas físicas o morales que adquieran inmuebles que consistan en el suelo, en construcciones adheridas a él, o en ambos conceptos, ubicados en el Distrito Federal, así como los derechos relacionados con los mismos, a que este capítulo se refiere.

Artículo 25.—Para los efectos de este capítulo, se entiende por adquisición la que derive de:

...

VII. Constitución de usufructo, transmisión de éste o de la nuda propiedad, así como la extinción de usufructo temporal.

Artículo 26.—...

Para los fines de este capítulo, se considera que el usufructo y la nuda propiedad tiene un valor, cada uno de ellos del 50% del valor de la propiedad.

Artículo 28.—El pago del impuesto deberá hacerse mediante declaración que se presentará dentro del mes siguiente a aquél en que se realice cualquiera de los supuestos que a continuación se señalan:

I. Cuando se constituya o adquiera el usufructo o la nuda propiedad. En el caso de usufructo temporal, cuando se extinga.

Del texto de los artículos transcritos, podemos afirmar lo siguiente:

a. Si bien es cierto que la fracción VII del artículo 25 y la fracción I del artículo 28, no se refieren expresamente al usufructo vitalicio, por ser de su naturaleza que lo sea, es éste el que estaba gravado en su constitución y en su transmisión, y no en su extinción, y debía entenderse así, ya que, por contra, las fracciones citadas sí aludían expresamente al usufructo temporal, y lo que se gravaba de éste era su extinción.

b. En ese orden de ideas, la extinción del usufructo vitalicio no causaba el impuesto, así como tampoco la constitución ni la transmisión del usufructo temporal.

c. Por contra, y según lo afirmado, la extinción de un usufructo temporal causaba el impuesto, independientemente de que ésta tuviera lugar por el vencimiento del plazo por el que se constituyó o por otra causa, por ejemplo, la muerte del usufructuario o la renuncia de éste.

d. Si una persona enajenaba a otra la nuda propiedad, bien fuera por donación o venta, y se reservaba el usufructo vitalicio, ello implicaba la constitución de dicho derecho por reserva, por lo que consideramos debía pagarse 50% del impuesto por la adquisición de la nuda propiedad, y 50% de dicho impuesto por la constitución por retención o reserva del usufructo a favor del enajenante, y así cuando se diera el caso de la extinción del usufructo, con la consecuente consolidación de la propiedad, no se tendría que pagar ningún impuesto, pero se habría pagado un 100% del mismo.

Las Legislaciones fiscales de Veracruz, Jalisco y Zacatecas, prevén los supuestos de causación del impuesto local, (llámese sobre traslación de dominio de bienes inmuebles, sobre adquisición o de cualquier otra forma), en los mismos términos del artículo 25 fracción VII antes indicada.

C. TERCERA ETAPA. DE 2000 A 2004

En el Distrito Federal, la regulación fiscal del usufructo se mantuvo en los términos indicados en el inciso anterior hasta el 31 de diciembre del 1999, ya que el primero de enero de 2000 se reformó el Código Financiero para gravar el usufructo de la siguiente manera:

Del Impuesto Sobre Adquisición de Inmuebles

Artículo 156.—Están obligadas al pago del Impuesto sobre Adquisición de Inmuebles, establecido en este Capítulo, las personas físicas y las morales que adquieran inmuebles que consistan en el suelo, en las construcciones o en el suelo y las construcciones adheridas a él ubicados en el Distrito Federal, así como los derechos relacionados con los mismos a que este Capítulo se refiere...

Artículo 157.—Para los efectos de este capítulo, se entiende por adquisición, la que derive de:

...

VII. Transmisión de usufructo o de nuda propiedad, así como la extinción del usufructo que no se hubiere constituido como vitalicio.

Artículo 158.—

...

Para los fines de este impuesto, se considerará que el usufructo y la nuda propiedad tienen, cada uno de ellos, el 50% del valor del inmueble.

Artículo 160.—El pago del impuesto deberá hacerse mediante declaración, a través de la forma oficial autorizada, que se presentará dentro de los 15 días siguientes a aquél en que se realicen cualquiera de los supuestos que a continuación se señalan:

I. Cuando se adquiera el usufructo o la nuda propiedad. En el caso de usufructo que no haya sido constituido como vitalicio, cuando se extinga.

Lo anterior, nos permite hacer los siguientes comentarios:

a. Podemos decir que sigue vigente lo afirmado en el sentido de que el Código Financiero da un tratamiento distinto al usufructo vitalicio y al usufructo temporal (o como con la reforma indicada lo llama “que no se hubiere constituido como vitalicio”).

b. Lo que se grava del usufructo vitalicio es su transmisión y lo que se grava del temporal o no vitalicio, es su extinción.

c. Ya no se considera como supuesto de causación del Impuesto Sobre Adquisición de Inmuebles la constitución del usufructo, sino únicamente la transmisión de éste o, en su caso, la transmisión de la nuda propiedad. Por lo que, si una persona transmitía a otra la nuda propiedad y se reservaba el usufructo vitalicio, se debía pagar el 50% del impuesto por dicha transmisión sin causarse otro 50% por la constitución del usufructo, y que tampoco se causaría cuando su extinción, por ejemplo, por muerte del usufructuario, pues tratándose de extinción solo se gravaba respecto del usufructo que no se hubiere constituido como vitalicio, es decir, el temporal.

d. Así, se podría llegar al extremo de vender la nuda propiedad de un bien, con el pago correspondiente (es decir de un 50%), reservándose el vendedor el usufructo vitalicio, y extinguir ese derecho al día siguiente por una causa distinta a la muerte del usufructuario, por ejemplo, mediante su renuncia. En tal supuesto se habría extinguido un usufructo constituido como vitalicio, y por ello no se habría causado impuesto alguno por lo que el comprador habría pagado solo un 50% del impuesto, a pesar de llegar a ser pleno propietario del bien correspondiente.

D. CUARTA ETAPA. DEL 2005 A LA FECHA (2016)

En enero del 2005 entró en vigor la reforma al Código Financiero del Distrito Federal para gravar el usufructo en los mismos supuestos y términos

que lo grava el actual Código Fiscal vigente desde el primero de enero de 2010. Los supuestos indicados se contienen en los artículos que de este último ordenamiento transcribimos en lo conducente a continuación:

DEL IMPUESTO SOBRE ADQUISICIÓN DE INMUEBLES

Artículo 112.—Están obligadas al pago del Impuesto sobre Adquisición de Inmuebles, establecido en este Capítulo, las personas físicas y las morales que adquieran inmuebles que consistan en el suelo, en las construcciones o en el suelo y las construcciones adheridas a él ubicados en el Distrito Federal, así como los derechos relacionados con los mismos a que este Capítulo se refiere.

Artículo 115.—Para los efectos de este Capítulo, se entiende por adquisición, la que derive de:

...

VII. Transmisión de usufructo o de la nuda propiedad, así como la extinción del usufructo, salvo que el mismo se extinga por muerte del usufructuario, independientemente de que el usufructo se haya constituido por tiempo determinado o como vitalicio.

Artículo 117.—...Para los fines de este impuesto, se considerará que el usufructo y la nuda propiedad, tienen cada uno de ellos, el 50% del valor del inmueble.

Artículo 120.—El pago del impuesto deberá hacerse mediante declaración, a través de la forma oficial autorizada que se presentará dentro de los 15 días siguientes a aquel en que se realicen cualquiera de los supuestos que a continuación se señalan:

I. Cuando se adquiera el usufructo o la nuda propiedad. En el caso de cualquier usufructo que se haya constituido por tiempo determinado o como vitalicio, cuando se extinga por cualquier causa distinta de la muerte del usufructuario.

Respecto a estos artículos, podemos comentar lo siguiente:

a. Al igual que las legislaciones fiscales vigentes a partir del 2000, el actual Código Fiscal grava la transmisión y no así la constitución del usufructo.

b. Respecto de la extinción del usufructo, a partir de 2005 no es de tomarse en cuenta si el derecho se constituyó como vitalicio o temporal, ya que lo que da lugar a la causación del impuesto en caso de extinción es si ésta tiene lugar por una causa distinta al fallecimiento del usufructuario, y no así si se extingue por su muerte. De tal modo que si una persona vende la nuda propiedad (causándose el 50% del impuesto que se causaría si se adquiriera la plena propiedad) y con posterioridad el usufructuario renunciara, se causaría y se tendría que pagar otro 50% por la extinción del mismo.

c. ¿Qué Impuesto o Impuestos sobre Adquisición de Inmuebles se causan si un usufructuario y un nudo propietario venden a la misma persona su respectivo derecho? Consideramos que si bien es cierto se dan dos supuestos previstos en la ley fiscal, que son, por un lado, la adquisición del bien por parte del comprador, y por otro la extinción del usufructo por una causa distinta al fallecimiento del usufructuario, también lo es que nadie puede pagar dos veces por el mismo concepto, que en última instancia es la adquisición del inmueble en cuestión. Por lo que, en nuestro concepto, el comprador debe pagar un 100% del impuesto y no un impuesto al 100% por la compra, y un 50% adicional por la extinción del usufructo por más que se haya extinguido éste por una causa distinta al fallecimiento.

d. Es interesante reflexionar sobre el tratamiento fiscal aplicable en el caso de que acrezca el derecho de un usufructuario en un usufructo simultáneo en el que se hubiera pactado el derecho de acrecer, por fallecimiento de alguno o algunos de los usufructuarios.

Recordemos que en el supuesto indicado es cuando propiamente se da el derecho de acrecer, y no así en materia sucesoria.

Debemos dedicar un apartado especial —sostiene Asprón Pelayo— al derecho de acrecer, al cual se le confunde frecuentemente con la sustitución recíproca; en muchas ocasiones se dice que se nombran herederos a dos o más personas, estableciendo entre ellas el derecho de acrecer, lo cual es inexacto, ya que se trata de una sustitución recíproca.

Se puede acrecentar un derecho que ya se tiene, no se puede acrecentar lo que aún no se tiene; si al morir el autor de la herencia solamente uno de los tres pretendientes a la herencia la acepta, el aceptante no ve acrecentado su derecho, siempre fue heredero de todo el caudal hereditario, siempre fue el heredero único, nunca compartió la herencia con los otros dos pretendientes, ya que éstos repudiaron la herencia, nunca les correspondió a estos últimos nada en la herencia; por ello decimos que no hay derecho de acrecer, porque no creció el derecho del adquirente, su derecho siempre fue el mismo.

El Código habla en cuatro ocasiones de un derecho de acrecer. Analicémoslos y decidamos.

...

3. En materia de usufructo. Cuando el usufructo se establezca en favor de varias personas, de manera simultánea, el constituyente podría disponer que, entre los designados, a falta de alguno de ellos, ya que son usufructuarios, habrá derecho de acrecer. Podemos poner de ejemplo un usufructo constituido en favor de cinco personas, por partes iguales, en donde cada uno será titular de la quinta parte (20%), si llegasen a faltar tres de ellos la totalidad del usufructo correspondería a los dos restantes, a quienes correspondería a cada uno,

una mitad (50%), en este caso sí se acrecienta la porción de que ya era titular cada uno de los últimos, debido a que acrece con el derecho de que eran titulares los tres primeros (véase art. 983).

Conclusión: Sí es derecho de acrecer.²

El supuesto que comentamos se presenta con frecuencia en la práctica cuando una persona adquiere la nuda propiedad y sus padres adquieren el usufructo simultáneo y con derecho de acrecer para el caso de que uno de ellos fallezca. En dicho supuesto, si llegare a fallecer el padre y el derecho de la madre acreciera para tener ahora el 100% del usufructo, ¿tendría ella que pagar Impuesto Sobre Adquisición por el 50% del usufructo que ahora adquiere?

Debemos reconocer que, en la práctica, y siguiendo con el ejemplo indicado, si el padre muere, la madre continúa en el uso y disfrute del bien sin realizar ningún trámite notarial ni registral para contar con un testimonio inscrito con el que acredite que ahora ella es usufructuaria al 100%; y el trámite que se realiza es el de reconocimiento de extinción del usufructo hasta que ambos usufructuarios han muerto y se ha consolidado la propiedad a favor del nudo propietario.

Ahora bien, independientemente de lo que en la práctica sucede, ¿es un supuesto de causación cuando acrece el derecho entre usufructuarios?

Consideramos que para poder tomar una decisión debemos tener presente que lo que grava el Código Fiscal es la transmisión del usufructo, y lo que tendríamos que preguntarnos es si realmente hubo una transmisión de ese 50%, es decir ¿el esposo que murió transmitió su 50% del usufructo a su viuda?

En realidad, no consideramos que se le deba dar el carácter de transmisión, ya que si la hubo fue por su fallecimiento, y la transmisión por causa de muerte es por herencia o por legado, o como algo excepcional por el nombramiento de beneficiario en alguna cuenta bancaria o contrato bursátil, en términos de la legislación aplicable. Así, podemos decir que, aunque la viuda haya adquirido el 50% del usufructo para tener ahora el 100%, su esposo no le transmitió dicho 50%, su derecho simplemente creció y ese crecimiento no está previsto como supuesto de causación en el artículo correspondiente del Código Fiscal.

Por otro lado, tendríamos que considerar que no toda adquisición implica necesariamente una transmisión, pues hay casos previstos en la ley como por ejemplo lo dispuesto en materia de tesoros, cuyo hallazgo es un medio

² ASPRON PELAYO, Juan Manuel, *Sucesiones*, 2a. ed., Mc Graw Hill, México, 2002, pp. 114 y 115.

para adquirir su propiedad, sin que podamos necesariamente decir que hubo una transmisión de un patrimonio a otro.

En suma, consideramos que en el caso del usufructo simultáneo y con derecho de acrecer, la transmisión tuvo lugar cuando todos los usufructuarios adquirieron el usufructo y de no haber existido uno de los usufructuarios, seguramente se hubiera constituido a favor de los otros, como lo explica Arce y Cervantes, quien independientemente de lo arriba expuesto en relación con el derecho de acrecer en materia sucesoria, ilustra la intención del testador en relación con este derecho.

En Derecho Español —explica Arce y Cervantes— se considera que este derecho tiene su fundamento en que, si el testador hace un llamamiento conjunto de herederos o legatarios, sin designación de partes, cada uno de los herederos o legatarios es llamado a la totalidad de la cosa o porción porque los considera merecedores de la herencia o legado y que se los otorgaría individualmente si no fuera por la necesidad o deseo de hacer partícipes a otros de tal beneficio. En consecuencia, a falta de uno o más, la parte de él o de los faltantes acrece (aumenta) la de los otros, por voluntad presunta del testador, (artículo 982 del Código Civil Español). Este mismo criterio existía en nuestro código de 84 (arts. 3,653 y siguientes).³

e. Otro caso interesante es el del usufructo sucesivo que, según dijimos, se presenta cuando, habiendo varios usufructuarios, estos entran en el goce de su derecho precisamente en forma sucesiva a la muerte (o por cualquier otra causa de terminación que se dé) del anterior designado. En relación con el Impuesto sobre Adquisición de Inmuebles podríamos preguntarnos: ¿se causa un solo impuesto o se debe pagar uno cada vez que fallece un usufructuario y el que le sigue goza del derecho en sustitución del anterior?, es decir, ¿debemos considerar que hubo una transmisión del derecho al sustituto?

Consideramos aplicable lo dicho en el punto anterior, en el sentido de que si uno muere no le transmite propiamente el derecho al otro, pues éste no es ni su heredero ni su legatario. Además, podemos afirmar que el usufructo es uno, en el que simplemente va cambiando el titular según el orden establecido desde que se constituyó, por lo que es uno el impuesto que debe pagarse. Al efecto, el artículo 1039 del Código Civil establece:

La muerte del usufructuario no extingue el usufructo, cuando éste se ha constituido a favor de varias personas sucesivamente, pues en tal caso entra al goce del mismo, la persona que corresponda.

³ ARCE Y CERVANTES, José, *De las sucesiones*, 10a. ed., Editorial Porrúa, México, 2011, p. 90.

Por otra parte, podríamos preguntarnos: ¿quién debe pagar el impuesto inicial, el primer usufructuario o todos los usufructuarios? Consideramos que a falta de acuerdo le corresponde al primero, pues no existe la seguridad de que los demás lleguen a usar y a disfrutar del bien, toda vez que no pueden gozar del derecho sino hasta el fallecimiento del anterior.

COMENTARIOS A LA FRACCIÓN VII DEL ARTÍCULO 91 DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES ADICIONADA EL 13 DE JUNIO DE 2014

Jorge Alfredo Domínguez García Villalobos



Muy diversas y en gran medida permisivas son las disposiciones contenidas en la fracción VII adicionada al artículo 91 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que, en unión de otras reformas a dicha ley, fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 13 de junio de 2014, cuya vigencia inició el día siguiente.

El régimen legal de las sociedades anónimas fue objeto de una modificación radical al incluir, en las reformas antes indicadas, una serie de pactos innovadores que los accionistas pueden acordar y plasmar en los estatutos sociales de las mismas.

Es de tener en cuenta que las disposiciones contenidas en la mencionada fracción VII del artículo 91, son en su texto casi idénticas a las contenidas en el artículo 13 de la Ley del Mercado de Valores, con vigencia desde el 28 de junio del 2006, y aplicables a las sociedades anónimas promotoras de inversión, con la única diferencia de fondo entre ambas regulaciones de que en estas últimas está permitido como excepción a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, el que se limite o amplíe el reparto de utilidades u otros derechos económicos especiales; estipulación no prevista como permitida en las sociedades anónimas.

Las sociedades anónimas promotoras de inversión, como se infiere de dicha calificación, son un subtipo de las anónimas, en las que uno de sus propósitos es atraer la inversión tanto nacional como extranjera. Precisamente, para fomentar esa inversión en dichas sociedades, la ley permite que sus accionistas estipulen una serie de pactos que se adapten a sus muy particulares circunstancias e intereses.

Antes de la actual regulación especial para las sociedades anónimas promotoras de inversión, en el régimen legal de las sociedades anónimas se

contenían una serie de disposiciones de orden público que limitaban en mucho el que los accionistas pactaran diversos aspectos de la vida de la sociedad y sobre todo de sus derechos como socios, tanto corporativos como patrimoniales.

En la exposición de motivos del decreto por el que, entre otras reformas, se adiciona la fracción VII del artículo 91 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se indica que uno de los motivos de las modificaciones es la atracción de mayores inversiones. Asimismo, se menciona que el Banco Mundial ha considerado que las mejores prácticas internacionales, en materia de sociedades mercantiles, se caracterizan por permitir una mayor flexibilidad para la realización y reconocimiento de acuerdos entre accionistas, fomentando la libertad contractual entre los mismos.

La fracción VII del artículo 91 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que es objeto de los presentes comentarios, se contiene en la transcripción completa que de dicho artículo se hace a continuación:

Artículo 91.—La escritura constitutiva o póliza de la sociedad anónima deberá contener, además de los datos requeridos por el artículo 6o., los siguientes:

- I. La parte exhibida del capital social;
- II. El número, valor nominal y naturaleza de las acciones en que se divide el capital social, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo de la fracción IV del artículo 125;
- III. La forma y términos en que deba pagarse la parte insoluta de las acciones;
- IV. La participación en las utilidades concedidas a los fundadores;
- V. El nombramiento de uno o varios comisarios;
- VI. Las facultades de la Asamblea General y las condiciones para la validez de sus deliberaciones, así como para el ejercicio del derecho de voto, en cuanto las disposiciones legales puedan ser modificadas por la voluntad de los socios.
- VII. En su caso, las estipulaciones que:
 - a) Impongan restricciones, de cualquier naturaleza, a la transmisión de propiedad o derechos, respecto de las acciones de una misma serie o clase representativas del capital social, distintas a lo que se prevé en el artículo 130 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.
 - b) Establezcan causales de exclusión de socios o para ejercer derechos de separación, de retiro, o bien, para amortizar acciones, así como el precio o las bases para su determinación.
 - c) Permitan emitir acciones que:
 1. No confieran derecho de voto o que el voto se restrinja a algunos asuntos.
 2. Otorguen derechos sociales no económicos distintos al derecho de voto o exclusivamente el derecho de voto.

3. Confieran el derecho de veto o requieran del voto favorable de uno o más accionistas, respecto de las resoluciones de la asamblea general de accionistas.

Las acciones a que se refiere este inciso, computarán para la determinación del quórum requerido para la instalación y votación en las asambleas de accionistas, exclusivamente en los asuntos respecto de los cuales confieran el derecho de voto a sus titulares.

d) Implementen mecanismos a seguir en caso de que los accionistas no lleguen a acuerdos respecto de asuntos específicos.

e) Amplíen, limiten o nieguen el derecho de suscripción preferente a que se refiere el artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

f) Permitan limitar la responsabilidad en los daños y perjuicios ocasionados por sus consejeros y funcionarios, derivados de los actos que ejecuten o por las decisiones que adopten, siempre que no se trate de actos dolosos o de mala fe, o bien, ilícitos conforme a ésta u otras leyes.

Lo primero que establece esta fracción es que las estipulaciones previstas en la misma son “en su caso”, por lo que es optativo para los accionistas el incluirlas o no en la escritura o póliza constitutiva de la sociedad.

Comentaré cada una de estas posibles estipulaciones.

1. Las previstas en el inciso a) son las que “...Impongan restricciones, de cualquier naturaleza, a la transmisión de propiedad o derechos, respecto de las acciones de una misma serie o clase representativas del capital social, distintas a lo que se prevé en el artículo 130 de la Ley General de Sociedades Mercantiles”.

Una de las características más importantes de las acciones de las sociedades anónimas, es su libre circulación; por regla general no existen restricciones a ésta y pueden ser transmitidas sin más requisitos que los exigidos para transmitir cualquier título de crédito nominativo complejo, es decir su endoso, su entrega física, y la toma de nota de dicha transmisión en el registro de la emisora. Esta característica permite a los accionistas vender sus acciones en cuanto lo consideren conveniente.

Hasta antes de las reformas que aquí se comentan, la única posibilidad prevista en la Ley General de Sociedades Mercantiles de limitar la transmisión de las acciones era la prevista en el referido artículo 130, que permite emitir acciones denominadas de circulación restringida, ya que precisamente su transmisión está sujeta a la aprobación del consejo de administración, o debe entenderse también del administrador único, órgano social que puede negar dicha autorización si señala a un comprador distinto del propuesto por el vendedor que pague la acción al precio corriente en el mercado.

Mantilla Molina¹ considera que el precio corriente en el mercado a que se refiere el artículo 130, es difícil de conocer dadas las restricciones impuestas a la circulación de la acción, por lo que debemos entenderlo como el precio justo o valor real de la acción.

El valor real es el que se obtiene al dividir el patrimonio de la sociedad entre el número de las acciones que representan su capital social.

La restricción a la transmisión de las acciones la motiva el impedir el ingreso de accionistas que por alguna razón puedan ser poco convenientes o incluso perjudiciales para la sociedad.

Mantilla Molina, al analizar el mencionado artículo 130 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, opina lo siguiente: “Considero que el artículo 130 señala el máximo de restricciones que pueden establecerse a la circulación de las acciones, aunque opino que sí pueden estatuirse restricciones menos enérgicas que las previstas en dicho artículo, y que, por ejemplo, es válida la cláusula estatutaria que establezca que las acciones solo podrán transmitirse libremente a personas que reúnan determinados requisitos, en cuanto ello signifique que, satisfechos los mismos, el consejo de administración tendría forzosamente que aprobar la transmisión”.²

La opinión transcrita fue hecha con anterioridad al texto actual del artículo 91 de la mencionada ley, ya que, si hubiera estado vigente en ese entonces, dicha opinión hubiera sido muy distinta.

Como ya se mencionó, actualmente algunas de las estipulaciones que pueden contener la escritura o póliza en la que conste la constitución de una sociedad anónima, son las que impongan restricciones a la transmisión no solo de la propiedad, sino también de derechos respecto a las acciones representativas del capital social. Al no especificar si se refiere a los derechos corporativos y patrimoniales que otorgan las acciones a sus titulares, o a derechos reales que pueden existir respecto de las acciones, tales como usufructo, nuda propiedad, prenda, etc., considero que la ley permite que se impongan esas restricciones a la transmisión de cualquier tipo de derecho respecto de las acciones de las sociedades anónimas.

Las citadas restricciones pueden imponerse a una serie o clase de acciones o a todas ellas; y además la ley señala que son de cualquier naturaleza. Las necesidades e incluso caprichos de los accionistas son los que van a determinar dichas restricciones.

¹ MANTILLA MOLINA, Roberto L., *Derecho Mercantil, Introducción y conceptos fundamentales, Sociedades*, 29a. ed., Editorial Porrúa, México, 2008, p. 371.

² *Ibidem*, p. 372.

A manera de ejemplos, y por considerarlos como probables pactos entre los accionistas respecto de la transmisión de sus acciones, están los siguientes:

Primero.—Estipular que los accionistas solo puedan transmitir sus acciones o derechos sobre las mismas, con la autorización ya sea de la asamblea general ordinaria o extraordinaria de accionistas o del órgano de administración, o incluso de un accionista.

Segundo.—Estipular que los accionistas únicamente puedan transmitir sus acciones a personas que sean sus parientes en cierto grado o que cumplan con determinados requisitos.

Tercero.—Estipular que los demás accionistas tengan derecho de preferencia para adquirir, en proporción a su participación en el capital social, en el caso de que algún accionista decida enajenar sus acciones.

Cuarto.—Estipular los derechos y obligaciones a los que se refiere el artículo 198 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que establezcan opciones de compra o venta de las acciones, tales como:

- a. Que uno o varios accionistas solamente puedan enajenar la totalidad o parte de su tenencia accionaria, cuando el adquirente se obligue también a adquirir una proporción o la totalidad de las acciones de otro u otros accionistas, en iguales condiciones.
- b. Que uno o varios accionistas puedan exigir a otro socio la enajenación de la totalidad o parte de su tenencia accionaria, cuando aquellos acepten una oferta de adquisición en iguales condiciones.
- c. Que uno o varios accionistas tengan derecho a enajenar o adquirir de otro accionista, quien deberá estar obligado a enajenar o adquirir, según corresponda, la totalidad o parte de la tenencia accionaria objeto de la operación a un precio determinado o determinable.
- d. Que uno o varios accionistas queden obligados a suscribir y pagar cierto número de acciones representativas del capital social de la sociedad a un precio determinado o determinable.

2. Las estipulaciones previstas en el inciso b) son las que “...establezcan causales de exclusión de socios o para ejercer derechos de separación, de retiro, o bien, para amortizar acciones, así como el precio o las bases para su determinación”.

Antes de la entrada en vigor del texto actual del artículo 91 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la causal de exclusión de los accionistas de la sociedad anónima era la prevista en los artículos 118 y siguientes de la mencionada ley, que se refiere a la falta de pago de las exhibiciones pendientes de las acciones pagadoras.

Hecha excepción de la causal antes mencionada, no existía otra que estuviera prevista en la ley o que se pudiera pactar en estatutos que trajera como consecuencia la exclusión de los accionistas de la sociedad anónima.

Por otra parte, si de otros tipos de sociedades se trata, tales como la sociedad en nombre colectivo, la comandita simple, la comandita por acciones respecto de los socios comanditados y la sociedad de responsabilidad limitada, la ley sí ha previsto diversas causales por las que los socios pueden ser excluidos de las mismas. Al efecto, el artículo 50 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, aplicable a dichos tipos sociales, dispone lo siguiente:

El contrato de sociedad podrá rescindirse respecto de un socio:

- I. Por uso de la firma o del capital social para negocios propios;
- II. Por infracción al pacto social;
- III. Por infracción a las disposiciones legales que rijan el contrato social;
- IV. Por comisión de actos fraudulentos o dolosos contra la compañía;
- V. Por quiebra, interdicción o inhabilitación para ejercer el comercio.

Con la comentada adición al artículo 91, actualmente existe la posibilidad legal de incluir en los estatutos de una sociedad anónima las causales de exclusión que los propios accionistas consideren convenientes.

Como primeros ejemplos de nuevas causales de exclusión en las sociedades anónimas, se pueden considerar las previstas en el artículo 50 antes transcrito.

Otros posibles ejemplos de causales de exclusión en una sociedad anónima, serían:

Primero. Por dedicarse individualmente al mismo giro comercial que la sociedad o por ser socio o accionista en otra sociedad con el mismo giro comercial.

Segundo. Por no asistir en determinado periodo de tiempo a las asambleas de accionistas.

Tercero. Por no cumplir los acuerdos de compra o venta de acciones a que se refiere el antes mencionado artículo 198 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Considero que en la mayoría de los casos es necesaria la intervención judicial que determine si se actualizó el supuesto previsto en los estatutos sociales como causal de exclusión de un accionista, pero habrá casos en que la actualización de dicho supuesto sea totalmente objetiva, en los que bastará que se deje constancia de la misma en una asamblea de accionistas o en una sesión del consejo de administración para que se proceda con la exclusión correspondiente. Sería conveniente que en los propios estatutos se estable-

ciera en qué casos es necesaria la mencionada intervención judicial y en cuáles no, sin que ello implique la imposibilidad del accionista excluido de inconformarse judicialmente con la resolución de su exclusión tomada en asamblea.

Por otra parte, las reformas ahora comentadas, según su texto literal, también permiten incluir causales para ejercer derechos de separación, de retiro, o bien, para amortizar acciones, así como el precio o las bases para su determinación.

Como está redactada esta disposición, pareciera que separación y retiro son distintos, pero con base en su concepción aceptada por la mayoría de la doctrina, y al trato que la propia ley les ha dado, podemos tenerlos como sinónimos.

Según lo dispone el artículo 206 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, los accionistas que hayan votado en contra de los acuerdos a que se refieren las fracciones IV, V y VI del artículo 182, tienen derecho a separarse de la sociedad y a que se les pague el valor de sus acciones conforme al último balance. Los accionistas que opten por ejercitar dicho derecho tienen un plazo de quince días a partir de la clausura de la asamblea correspondiente para hacerlo. La gran trascendencia de los asuntos contemplados en las fracciones indicadas, es el motivo por el cual la ley le otorga a los accionistas inconformes el derecho de separarse y a que se les pague el valor de sus acciones. Dichos asuntos son el cambio de objeto, el cambio de nacionalidad, y la transformación de la sociedad a otro tipo. Conforme a la fracción VIII del artículo 228 BIS, el accionista que vote en contra del acuerdo de escisión de la sociedad, también tiene el mencionado derecho de separarse.

Cabe mencionar que para tener el derecho de retiro es necesario haber votado en asamblea en contra del acuerdo respectivo; los accionistas que no hayan asistido o se hayan abstenido de votar, no tienen este derecho.

Por otra parte, en otros tipos sociales, tales como la sociedad en nombre colectivo y la sociedad en comandita simple, la ley confiere el derecho de separarse de la sociedad a los socios que hayan votado en contra de los asuntos siguientes:

- A) La modificación al contrato social.
- B) El nombramiento como administrador de una persona extraña a la sociedad.
- C) El que el administrador delegue su encargo a una persona extraña a la sociedad.

Los dos últimos incisos son aplicables a la sociedad de responsabilidad limitada.

Tratándose de sociedades de capital variable, los artículos 220 y 221 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, permiten a los socios o accionistas de las sociedades con dicha modalidad, retirar parcial o totalmente sus aportaciones, con la única excepción que dicho retiro no reduzca a menos del mínimo el capital social.

Los citados artículos tienen el siguiente texto:

Artículo 220.—El retiro parcial o total de aportaciones de un socio deberá notificarse a la sociedad de manera fehaciente y no surtirá efectos sino hasta el fin del ejercicio anual en curso, si la notificación se hace antes del último trimestre de dicho ejercicio, y hasta el fin del ejercicio siguiente, si se hiciera después.

Artículo 221.—No podrá ejercitarse el derecho de separación cuando tenga como consecuencia reducir a menos del mínimo el capital social.

En este supuesto basta la simple voluntad de los socios o accionistas para solicitar su separación de la sociedad, no es necesario algún otro requisito. A pesar de que el artículo 221 se refiere al “retiro parcial o total de aportaciones”, debe entenderse que lo que la sociedad debe entregar al socio separatista es el valor real de su participación social o acciones, no solo lo que en su oportunidad aportó a la sociedad.

En este tema se pueden agregar como ejemplos de causales de separación en la sociedad anónima los siguientes:

Primero. Por haber votado en contra de otras modificaciones a los estatutos sociales, distintas de las contenidas en los artículos 206 y 228 BIS de la Ley General de Sociedades Mercantiles, antes mencionadas.

Segundo. Por la emisión de acciones de determinada serie o de obligaciones.

Tercero. Por la adquisición de deudas u otro tipo de obligaciones por la sociedad.

Cuarto. Por la falta de reparto de dividendos, independientemente de la causa, en un número determinado de ejercicios sociales, consecutivos o no.

Quinto. Por un número determinado de juicios promovidos en contra de la sociedad.

En cuanto a la amortización de acciones, así como al precio o a las bases para su determinación, que se mencionan en este inciso b) de la fracción VII, se pueden hacer las consideraciones siguientes:

1) La Ley General de Sociedades Mercantiles en sus artículos 135, 136 y 137, regula la amortización de acciones para el caso de reducción del capital social acordado por la asamblea general de accionistas.

2) El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española señala, entre otras definiciones para el término “amortizar”, la de “Redimir o extinguir el capital de un censo, préstamo u otra deuda”, y la de “Recuperar o compensar los fondos invertidos en alguna empresa”.

3) En este caso la amortización de acciones, así como el precio o las bases para su determinación, están incluidos en el mismo inciso que se refiere a las causales de exclusión o para ejercer derechos de separación y de retiro.

4) Por lo comentado en los puntos 2 y 3 anteriores, considero que el inciso b) de la fracción VII, se refiere a todos los casos que, por cualquier causa de exclusión, separación o retiro, haya que amortizar las acciones de un accionista, y no solo el caso comentado en el punto 1 anterior, o sea, el de reducción de capital acordado por la asamblea general de accionistas.

Actualmente, los accionistas tienen la opción de incluir en sus estatutos toda la regulación referente a la amortización de las acciones, así como el precio de las mismas o las bases para determinarlo.

3. El inciso c) de la fracción VII que ahora estudiamos tiene el texto siguiente: “... Permitan emitir acciones que:

1. No confieran derecho de voto o que el voto se restrinja a algunos asuntos.

2. Otorguen derechos sociales no económicos distintos al derecho de voto o exclusivamente el derecho de voto.

3. Confieran el derecho de veto o requieran del voto favorable de uno o más accionistas, respecto de las resoluciones de la asamblea general de accionistas.

4. Las acciones a que se refiere este inciso, computarán para la determinación del quórum requerido para la instalación y votación en las asambleas de accionistas, exclusivamente en los asuntos respecto de los cuales confieran el derecho de voto a sus titulares”.

El derecho que cada acción otorga a su titular de votar en las asambleas de accionistas, es uno de los llamados derechos corporativos o de consecución más importantes, toda vez que mediante su ejercicio se decide si se toman o no los acuerdos que definen la marcha y/o el rumbo de la sociedad.

Al igual que con respecto a los temas tratados en líneas anteriores, la adición de la fracción VII del artículo 91 plantea una serie de nuevas posibilidades por lo que se refiere al derecho de voto de los accionistas.

Hasta antes de dicha adición existían dos reglas básicas con respecto al derecho de voto. La primera, la contenida en el artículo 113 de la Ley General

de Sociedades Mercantiles, consistente en que cada acción solo tendrá derecho a un voto; y la segunda, la contenida en el artículo 198 de la citada ley, que declaraba nulo todo convenio que restrinja la libertad de voto de los accionistas.

Las mencionadas reglas tenían dos excepciones, las acciones de voto limitado, y las acciones que por alguna circunstancia especial no tienen derecho de voto.

Conforme al artículo 113 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, en el contrato social podrá pactarse que una parte de las acciones tenga derecho de voto solamente en las asambleas extraordinarias que se reúnan para tratar los asuntos comprendidos en las fracciones I, II, IV, V, VI y VII, del artículo 182. Dichas fracciones se refieren respectivamente a la prórroga de duración de la sociedad, a su disolución anticipada, al cambio de objeto de la misma, al cambio de nacionalidad de la sociedad, a su transformación, y a su fusión con otra sociedad. Por tal razón, a dichas acciones se les conoce como acciones de voto limitado.

En compensación a la limitación al voto que tienen las acciones de voto limitado, la ley les concede un aumento en sus derechos patrimoniales. Dicho aumento consiste en que tendrán un dividendo preferente, acumulativo y no menor al cinco por ciento; y que, en caso de liquidación de la sociedad, serán reembolsadas antes que las acciones ordinarias. Debido a estas ventajas patrimoniales es que a estas acciones también se les conoce como preferentes o privilegiadas.

Otra limitación al derecho de voto la contempla el artículo 196 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, y consiste en que el accionista que en una operación determinada tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad, deberá abstenerse de toda deliberación relativa a dicha operación, ya que en caso contrario será responsable de los daños y perjuicios cuando sin su voto no se hubiere tomado el acuerdo correspondiente.

Por otro lado, las acciones de goce que puede emitir la sociedad anónima en caso de disminución de capital y amortización de acciones, anteriormente comentado, pueden o no tener derecho de voto según lo decida la propia sociedad.

De conformidad con el inciso c) de la fracción VII, la sociedad anónima puede emitir acciones que no confieran derecho de voto o que el mismo se restrinja a algunos asuntos. Contrario a la regla general de que cada acción confiere el derecho a un voto, y en adición a lo dispuesto para las acciones de voto limitado reguladas en el artículo 113 antes visto, las sociedades anónimas pueden, por las circunstancias que sean, emitir acciones que no confieran el derecho a votar o que se restrinja a los asuntos que decida, independientemente

de que se les aumenten o no sus derechos patrimoniales. En la actualidad, cada sociedad anónima cuenta con la posibilidad de regular en sus estatutos la limitación total o parcial al derecho de voto de las acciones que emita.

La sociedad anónima que emite acciones sin derecho de voto o con derecho de voto limitado, lo hace con la finalidad de contar con accionistas que aporten capital sin que intervengan, total o parcialmente, en la toma de decisiones en las asambleas.

El punto 2 del inciso c) de la fracción VII, permite emitir acciones que otorguen derechos sociales no económicos distintos al derecho de voto o exclusivamente el derecho de voto.

Tradicionalmente, se han considerado como derechos sociales no económicos distintos al de votar, el de convocatoria, el de integrar los órganos sociales, el de información, el de denuncia, el de aprobar el balance, etc. También podemos pensar como otros ejemplos el derecho a capacitación profesional, el derecho a una membresía o a realizar actividades de tipo recreativo en alguna institución que forme parte del mismo grupo que el de la sociedad emisora.

Según lo dicho, también se pueden emitir acciones que solo confieran el derecho a votar, sin que confieran ningún otro derecho corporativo o de consecución.

Por su parte, el punto 3 del inciso c) de la citada fracción VII, permite a la sociedad anónima emitir acciones que confieran el derecho de veto o que requieran del voto favorable de uno o varios accionistas, respecto de las resoluciones que se pretendan tomar en las asambleas. De esta manera, la aprobación de los acuerdos en la asamblea, puede quedar en manos de los accionistas que sean los titulares de las acciones que les confieran derechos suficientes para ello. Podríamos llegar al extremo que el titular de una sola acción vete una resolución que hubieren tomado todos los demás accionistas. También podría darse el caso de que el voto del titular de una sola acción fuera necesario para que se aceptara el voto de otros determinados accionistas.

La parte final de este inciso c) establece que las acciones a que se refiere el mismo, computarán para los *quora* de asistencia y de votación en las asambleas, exclusivamente en los asuntos respecto de los cuales confieran el derecho de voto a sus titulares.

4. El inciso d) de la fracción VII objeto de los presentes comentarios, tiene el texto siguiente: "...d) Implementen mecanismos a seguir en caso de que los accionistas no lleguen a acuerdos respecto de asuntos específicos".

Antes de comentar esta nueva posibilidad estatutaria, recordemos los distintos *quora* necesarios tanto de asistencia para instalar asambleas ordi-

narias y extraordinarias de accionistas, como para adoptar decisiones en las mismas.

Para poder celebrar una asamblea general ordinaria, en caso de primera convocatoria, se requiere que esté representado por lo menos la mitad del capital social, y las decisiones se tomarán por la mayoría de votos de las acciones representadas en dicha asamblea. En caso de segunda o ulterior convocatoria, la asamblea general ordinaria se puede celebrar con los accionistas que asistan, y las decisiones se toman por la mayoría de votos de las acciones representadas en dicha asamblea.

Para poder celebrar una asamblea general extraordinaria, en caso de primera convocatoria, se requiere que esté representado por lo menos tres cuartas partes del capital social, y las decisiones se toman por la mayoría de votos que representen por lo menos la mitad del capital social total. En caso de segunda o ulterior convocatoria, para poder celebrar una asamblea general extraordinaria, se requiere que estén representadas por lo menos la mitad de las acciones del capital social, y las decisiones se toman por la mayoría de votos que representen por lo menos la mitad de dicho capital social total.

Según lo expuesto, los acuerdos en las asambleas de accionistas se toman por mayoría de votos de las acciones presentes, mayoría que tratándose de las extraordinarias debe representar cuando menos la mitad del total de capital social.

Antes de la adición de la fracción VII que ahora comentamos, la ley no ofrecía alternativa alguna para el caso de que no se pudiera tomar algún acuerdo por empate en la votación.

Mantilla Molina³ al respecto dice:

...En la práctica se da con frecuencia el caso de que la totalidad de las acciones de una sociedad anónima se encuentre en manos de dos diversos grupos de accionistas, o, de hecho, en poder de dos personas, y que cada persona, o cada grupo, tenga, justamente, la mitad de las acciones. En tal hipótesis, la marcha de la sociedad puede verse grandemente embarazada, pues no habrá la posibilidad de tomar acuerdos válidos, ya que ninguna proposición obtendrá mayoría de votos. En estos casos, conforme al derecho italiano, se da una causa de disolución de la sociedad por imposibilidad de funcionamiento o por continua inactividad de la asamblea (art. 2448, inciso tercero del Codice Civile). Quizá pudiera llegarse a una solución similar en derecho mejicano, por considerarse

³ MANTILLA MOLINA, Roberto L., *op. cit.*, p. 411.

que la imposibilidad de tomar decisiones en la asamblea hace a su vez imposible la realización del objeto social.

En la actualidad, los accionistas de una sociedad anónima, pueden incluir en sus estatutos, opciones para el caso de empate en la votación de determinados asuntos. La ley permite que cada sociedad elija libremente el mecanismo a seguir.

Algunos ejemplos son los siguientes:

Primero. Que el presidente de la asamblea tenga voto de calidad.

Segundo. Que el acuerdo se someta a una nueva votación en la que cada accionista tenga un voto independientemente del número de acciones de las que sea titular.

Tercero. Que la decisión se tome por una persona en particular, ya sea el administrador único, un miembro del consejo de administración, otro funcionario de la sociedad o incluso un tercero ajeno a la misma.

Cuarto. Que lo decida la suerte.

5. El inciso e) de la citada fracción VII, es del texto literal siguiente: "...e) Amplíen, limiten o nieguen el derecho de suscripción preferente a que se refiere el artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles".

El citado artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece que, en los casos de aumento de capital social, los accionistas tendrán derecho preferente para suscribir las nuevas acciones que se emitan, en proporción a su porcentaje de participación en el capital social al momento del aumento. Derecho que deberán ejercitar dentro de los quince días siguientes a la publicación del acuerdo correspondiente.

El propósito de dicho derecho de preferencia es evitar que, como consecuencia de los aumentos de capital, se vaya modificando la proporción de los accionistas en su participación social y consecuentemente en la toma de decisiones de la sociedad.

Conforme a la disposición actual contenida en el inciso e) que comentamos, los accionistas de la sociedad anónima pueden pactar en sus estatutos sociales la posibilidad de la emisión de diversas series de acciones que tengan ampliado, limitado o negado, en su caso, el derecho de preferencia a que se refiere el citado artículo 132; de tal manera que podrá haber accionistas que en los aumentos de capital estarán facultados para incrementar su participación en el capital social y en la dirección de la sociedad, con la correspondiente disminución de la de otros.

Considero que la ampliación o la limitación al derecho de preferencia, permitidas en este inciso e), pueden ser tanto en montos, como en plazos para ejercitarlo.

6. Por último, el inciso f) de la citada fracción VII, dispone lo siguiente: "...f) Permitan limitar la responsabilidad en los daños y perjuicios ocasionados por sus consejeros y funcionarios, derivados de los actos que ejecuten o por las decisiones que adopten, siempre que no se trate de actos dolosos o de mala fe, o bien, ilícitos conforme a ésta u otras leyes".

El artículo 142 de la Ley General de Sociedades Mercantiles da el carácter de mandatarios temporales y revocables a los administradores de la sociedad anónima. En tal virtud, dichos administradores deben actuar en el desempeño de sus cargos conforme lo que la prudencia dicte y cuidando el negocio como propio.

Tanto la ley como la doctrina han considerado que se puede exigir responsabilidad a los administradores de la sociedad anónima cuando los mismos actúan ilícitamente o con dolo o mala fe.

Rodríguez Rodríguez⁴ al respecto opina:

...De lo que expresamente disponen los artículos 161 y 163, fracción I, y en su párrafo final, puede deducirse que la acción de responsabilidad, que regula la Ley General de Sociedades Mercantiles, tiende exclusivamente al reintegro del capital social perdido o disminuido por dolo a por culpa de los administradores.

Este inciso f) establece que específicamente en los estatutos sociales se puede limitar la responsabilidad en los daños y perjuicios ocasionados por los administradores, e incluso otros funcionarios, derivados de los actos que ejecuten o por las decisiones que tomen, siempre que no hayan actuado ilícitamente, o con dolo o de mala fe.

Cabe mencionar que las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 13 de junio de 2014, además de adicionar la fracción VII al artículo 91 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, modificaron el artículo 198 de dicha ley, en el que se incluyen diversas disposiciones sobre los acuerdos que pueden celebrar los accionistas de la sociedad anónima, respecto a la enajenación y adquisición de sus acciones, al derecho de preferencia a que se refiere el artículo 132, y al ejercicio del derecho de voto en asambleas.

...Artículo 198. Sin perjuicio de lo que dispongan las leyes especiales, los accionistas de las sociedades anónimas podrán convenir entre ellos:

⁴ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Tratado de sociedades mercantiles*, t. II, 6a. ed., Editorial Porrúa, México, 1981, p. 120.

I. Derechos y obligaciones que establezcan opciones de compra o venta de las acciones representativas del capital social de la sociedad, tales como:

a) Que uno o varios accionistas solamente puedan enajenar la totalidad o parte de su tenencia accionaria, cuando el adquirente se obligue también a adquirir una proporción o la totalidad de las acciones de otro u otros accionistas, en iguales condiciones;

b) Que uno o varios accionistas puedan exigir a otro socio la enajenación de la totalidad o parte de su tenencia accionaria, cuando aquéllos acepten una oferta de adquisición, en iguales condiciones;

c) Que uno o varios accionistas tengan derecho a enajenar o adquirir de otro accionista, quien deberá estar obligado a enajenar o adquirir, según corresponda, la totalidad o parte de la tenencia accionaria objeto de la operación, a un precio determinado o determinable;

d) Que uno o varios accionistas queden obligados a suscribir y pagar cierto número de acciones representativas del capital social de la sociedad, a un precio determinado o determinable, y

e) Otros derechos y obligaciones de naturaleza análoga;

II. Enajenaciones y demás actos jurídicos relativos al dominio, disposición o ejercicio del derecho de preferencia a que se refiere el artículo 132 de esta Ley, con independencia de que tales actos jurídicos se lleven a cabo con otros accionistas o con personas distintas de éstos;

III. Acuerdos para el ejercicio del derecho de voto en asambleas de accionistas;

IV. Acuerdos para la enajenación de sus acciones en oferta pública; y

V. Otros de naturaleza análoga.

Los convenios a que se refiere este artículo no serán oponibles a la sociedad, excepto tratándose de resolución judicial.

Como pudo observarse, los distintos incisos de la fracción VII antes comentados, rompen con los principios tradicionales y con la rigidez con los que la Ley General de Sociedades Mercantiles regulaba a la sociedad anónima. En cada uno de estos incisos se permite incluir, en los estatutos sociales, pactos que hasta antes de su vigencia no era posible celebrar o regular para este tipo de sociedades.

La gran influencia de economías extranjeras y de sus regímenes societarios sobre nuestro país, así como una mayor apertura al principio de libre contratación en lo que a la sociedad anónima se refiere, son las principales causas de las reformas comentadas.

En la actualidad, cada sociedad puede tener una regulación particular y específica en cuanto a todos los temas antes comentados.

Considero muy positivo el que, independientemente de que la mayoría de las sociedades mexicanas continúen regidas por estatutos y principios legales tradicionales, exista la posibilidad de que los accionistas

regulen en sus estatutos, diversos acuerdos que se adapten a sus intereses y circunstancias.

Dado lo novedoso de estas disposiciones y a lo escueto de su regulación en la ley, es de suma importancia que los estatutos sociales que las contengan sean claros y específicos en su desarrollo para evitar controversias y que así cumplan su cometido.

LA PROBLEMÁTICA DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO POR RESPONSABILIDAD CIVIL EN MÉXICO

Antonio Fernández Fernández



Porque enseñaron a otros para formarlos mejores ciudadanos y más útiles al manejo de los negocios públicos, mas no sólo durante su vida enseñan estos varones e instruyen a los que desean saber, sino que aun después de su muerte hacen lo mismo por medio de los documentos que dejaron en sus escritos

M.T. Cicerón. Libro de los Oficios

I. PLANTEAMIENTO

En México, durante todo el siglo veinte, los tribunales conocieron muy poco de juicios por responsabilidad civil o daño moral, y no por que se hayan producido pocos casos, sino porque que los afectados y los litigantes no estaban habituados a demandar por tales casos; a su vez, los jueces tampoco se atrevían a resolver respecto de este tipo de demandas. Con todo ello, podemos observar que había una falta de cultura de exigir la reparación del daño por responsabilidad civil o daño moral, mientras que en otros países, y principalmente en los Estados Unidos de Norte América, es de lo más común este tipo de demandas, habiendo una cultura muy generalizada para demandar, incluso cayendo en excesos y frivolidad en algunos tipos de demandas.

Podríamos decir que durante la posrevolución y todo el régimen priista (1917-2000) se reprimió todo indicio de demanda por responsabilidad o daño moral; parecía que era una política desarrollada desde los mismos órganos del Estado, y las pocas demandas que se interponían no prosperaban, o solo en casos muy especiales. Tal vez el propio Estado pensaba que, de darle trámite a esas demandas, tarde o temprano llegarían a demandarle también a él la responsabilidad civil que generaba, y eso no le convenía, por ello era

mejor no permitir que se desarrollara una cultura de hacer responsable de la reparación del daño a quien lo cause.

Por todo lo anterior, los litigantes no han desarrollado una verdadera cultura de la demanda por responsabilidad civil y daño moral, cosa que tampoco han hecho los jueces, pues se quedaron en el pasado y solo algunos, sobre todo los más jóvenes, han empezado a generar demandas en esta materia, muchos de ellos encausados por organizaciones de la sociedad civil, que buscan generar una cultura de la legalidad. Es a partir del año 2000 que se ha venido iniciando una cultura de la demanda por este tipo de ilícitos, derivado también de la famosa lucha contra el narco que emprendió el expresidente Felipe Calderón, las organizaciones civiles han venido pugnando por que el Estado se haga responsable de los daños que causa, y sea obligado a reparar daño. Para ello, los tribunales y la Suprema Corte de Justicia han venido resolviendo mediante sentencias a favor de la reparación del daño.

Sin embargo, todavía falta mucho para estar en los estándares internacionales, en donde los particulares demandan la reparación del daño por responsabilidad civil o daño moral y que los tribunales resuelvan satisfactoriamente. Uno de los principales problemas que se enfrenta en este tipo de procesos, está en la forma de evaluar los daños y perjuicios; es ahí en donde se centra la cuestión principal en este tipo de juicios, puesto que las partes tienen que acreditar los montos de los daños y perjuicios causados, y para ello tienen que contratar peritos especializados en la materia, proporcionando cada parte su peritaje, los cuales normalmente son incompatibles entre ellos. El juez, por lo tanto, nombra un tercer perito, que es el llamado “tercero en discordia”, siendo precisamente en este punto donde los que deciden son los peritos terceros en discordia, asimismo, son estos quienes, en muchos casos, se venden al mejor postor realizando un peritaje a modo en el que el juez se basará para determinar el monto de la reparación del daño en su sentencia, misma que estará totalmente fuera de la realidad y que va a afectar a una de las partes, pues será desproporcionado el monto de los daños y perjuicios, ya sea a la alza o a la baja.

Por lo que hemos visto, hay en todo el entramado procesal una parte muy débil, que son los peritos, pues son ellos los que finalmente deciden el monto de la responsabilidad y de la condena. Por ello, el país necesita contar con un equipo de peritos mejor preparados, pues muchos de ellos adolecen de una buena preparación en la materia que dictaminan, en virtud que los sueldos actualmente son muy bajos y tal vez por ello se prestan a la corrupción. También se requiere de un órgano de supervisión que controle la forma de realizar sus peritajes. Una vez resuelto todo lo anterior, tendremos un mejor grupo de peritos y resoluciones más equitativas.

Por lo anterior, se puede observar que en México se presenta un grave problema en la forma en que funciona la responsabilidad civil, por ello procederemos primero a definir en qué consiste, para después desarrollar algunos tópicos sobre el tema.

El concepto de responsabilidad es abstracto y genera una gran cantidad de definiciones; así tenemos que, tanto en la vida diaria como en el derecho, es uno de los más comunes. Constantemente hacemos referencia al concepto “responsable y responsabilidad” que, como bien señala Saenz Encinar,¹ es uno de los más utilizados por los seres humanos. En diferentes circunstancias podemos emplear dichos conceptos, desde que nuestros padres nos dicen que somos responsables de tender la cama una vez que nos hayamos levantado, hasta cuando el policía de tránsito nos dice que somos responsables de darnos una vuelta prohibida. Estos conceptos, aunque señalen lo mismo, son diferentes por su ámbito de aplicación. Podemos pasar desde la responsabilidad moral, espiritual, gremial, política, hasta llegar a la responsabilidad jurídica, que es la que nos ocupa en este caso.

La responsabilidad civil es la obligación que se genera para la reparación de los daños y/o perjuicios derivados de un incumplimiento de un contrato o de la ley.

La obligación de reparar los daños y/o perjuicios se puede derivar de un incumplimiento contractual o extracontractual, y es una forma por la que el derecho compensa el desequilibrio económico por la pérdida causada al deudor, la cual se puede dar mediante la restitución de las cosas al estado en que se encontraban, o de lo contrario mediante una indemnización monetaria.

Como en todas las obligaciones, la responsabilidad civil finalmente se cubre mediante un pago, que es la firma en que se puede liberar de las obligaciones en general.

Por existir diversas formas de concebir la responsabilidad, para realizar un análisis más amplio, tenemos que partir desde la estructura de la teoría general del derecho, lo cual nos dará las bases para entender el concepto de responsabilidad en las diferentes ramas del derecho.

La responsabilidad se ha desarrollado sobre todo en el ámbito civil, pero desde luego teniendo presencia también en el ámbito penal, ya que ésta se extiende prácticamente a todas las áreas del derecho, como es en el ámbito administrativo, fiscal, laboral, mercantil; pero en donde se ha desarrollado muy poco en México es en el ámbito político.

¹ SANZ ENCINAR, Abraham, *El concepto Jurídico de Responsabilidad en la Teoría General del Derecho*, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1998.

De esta forma, tenemos que el concepto de responsabilidad es parte vital de todo ordenamiento jurídico, pues como lo ha establecido Hans Kelsen, en todo orden jurídico debe existir una norma que lleve consigo una sanción, la cual en muchos casos obliga a responder de los daños causados y particulariza como responsable a una persona determinada, conformando con ello la norma perfecta.

Existe la discusión en cuanto a la naturaleza de la responsabilidad civil, preguntándose si es una obligación derivada del incumplimiento de una obligación o una nueva obligación independiente del incumplimiento que le dio origen. Hay opiniones a favor y en contra respecto de cada una de las posiciones, sin embargo, considero que es tan amplio el mundo de la responsabilidad civil, que en algunos casos puede ser una continuación de la obligación incumplida y en otros una obligación nueva. No tenemos que ser tan absolutistas para adoptar una sola como la posición válida.

II. TIPOS DE RESPONSABILIDAD

Dentro de las formas de estructurar la responsabilidad civil, tenemos principalmente dos tipos, el primero el de la Responsabilidad Subjetiva, y segundo la Responsabilidad Objetiva, cuyas diferencias son notables y muy importantes para determinar e imputar el daño a un responsable.

A. LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA

En este sistema de responsabilidad, la característica principal es la conducta, siendo la culpa del autor de la conducta la determinante para la imputabilidad de la responsabilidad. Por ello, es muy importante en cada caso de responsabilidad analizar detalladamente la acción u omisión y el grado de culpa en que incurrió para determinar la responsabilidad.

En el derecho mexicano, el Código Civil para el Distrito Federal (hoy ciudad de México) determina la culpa en su artículo 2025, que dice: “Hay culpa o negligencia cuando el obligado ejecuta actos contrarios a la conservación de la cosa o deja de ejecutar los que son necesarios para ella”.

En este caso, se refiere únicamente a la obligación que tiene una persona respecto de las cosas que tiene en posesión, dejando al margen todas las demás obligaciones. Pero, siguiendo el mismo principio, se traduce en que el obligado debe actuar con sumo cuidado y con la mayor destreza posible para la realización de la conducta.

Por lo anterior, todos tenemos en nuestro actuar la obligación de hacerlo con el mayor de los cuidados y tomando todas las medidas de precaución

necesarias para no causar algún daño, pues cualquier daño que se llegue a producir por no conducirnos de la mejor forma posible, nos hará responsables de su reparación, afectando directamente nuestro patrimonio.

La doctrina ha desarrollado estudios respecto de la responsabilidad civil y clasificado en diversos tipos, pero nuestro código civil contiene disposiciones muy escuetas al respecto, y adolece de un desarrollo claro y profundo para delimitar la responsabilidad objetiva de la subjetiva y con ello poder identificar las características de cada una de ellas. Por esto es que la Asamblea de Representantes o la próxima Cámara de Diputados de la Ciudad de México, debe de tener realizar una reforma al código, y en uno de los puntos sería el referente al capítulo denominado “De las Obligaciones que nacen de los actos ilícitos”.

B. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Es, tal vez, la más importante de los diversos tipos de responsabilidad, por lo que la doctrina ha dedicado más tiempo para analizarla, y se encuentra principalmente regulada en el artículo 1913 del Código Civil, que dice:

Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

La responsabilidad objetiva también es conocida como responsabilidad por riesgo creado, e implica que cualquier situación que genere por su propia naturaleza un peligro para los terceros, se tiene como una responsabilidad objetiva, esto es, que para determinar quién es el responsable no se tenga que analizar la conducta y con ello el grado de culpa del causante, sino que por el simple hecho de encontrarse en este supuesto de riesgo, se es responsable y se tiene que reparar el daño generado, y en su caso los perjuicios causados.

Por lo anterior, tenemos que un solo artículo contiene los presupuestos de la responsabilidad objetiva, con lo cual resulta muy pobre la regulación de un tema tan amplio, por lo que debemos propugnar por una mayor regulación y de esta forma cubrir lagunas difíciles de resolver por parte de los juzgadores, quienes tienen un campo de acción muy amplio para dictar sus sentencias, y que en muchos casos, precisamente por falta de regulación, dejan de condenar al responsable por no encontrar elementos directos y claros que impliquen la responsabilidad y su reparación del daño, por lo cual

debemos desarrollar una cultura de la reparación del daño dentro de los juzgados y entre los litigantes.

De esta la forma, tenemos que la responsabilidad objetiva es la que de mejor forma garantiza la reparación del daño, pues no tiene que entrar al estudio de la culpa y solo analiza el resultado, por lo que, en un sistema jurídico tan ineficiente como el mexicano, resulta benéfico que de una forma directa y sin necesidad de un amplio análisis de cada caso, se tenga al responsable. Esto ha generado que en ciertos ámbitos se desarrollen los seguros contra daños y con ello se protejan de situaciones de riesgo que puedan dañar su economía, como, por ejemplo, el seguro de automóvil.

Para lo anterior, en el presente trabajo se analiza la responsabilidad dentro de la teoría general del derecho, que es la base para conocer la responsabilidad civil, penal y cualquier tipo de responsabilidad en las diferentes áreas del derecho, la cual han estudiado juristas de la talla de Kelsen, Hart y Ross, quienes realizaron estudios para tratar de explicar los elementos que la conforman.

III. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Toda responsabilidad civil tiene ciertos elementos que le dan la fuerza obligatoria para ser cumplida, por ello desarrollaremos cada uno de ellos.

A. EL INCUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN

En este primer elemento encontramos que para toda responsabilidad debe de existir un deber incumplido por parte del deudor, ya sea de tipo contractual o extracontractual, que por ello se es deudor. En este caso la responsabilidad puede ser directa o indirecta, como es el caso de los incapaces, en donde responden por ellos quien esté a su cargo.

En el mundo de las obligaciones no debemos olvidar que se reducen a la obligación de hacer, no hacer y de dar. Sobre éstas giran todas las responsabilidades que existen, por eso se dice que son números cerrados, es decir, no puede haber más obligaciones que las señaladas, claro que dentro de esta terna de obligaciones caben todo tipo de obligaciones en específico.

B. LA GENERACIÓN DE UN DAÑO O UN PERJUICIO

Este presupuesto es importante porque, en la medida en que se cause un daño, se genera la obligación de repararlo, teniendo como concepto de daño:

“Toda pérdida o menoscabo que sufre una persona en su patrimonio o en su persona. Y por perjuicio la privación de una utilidad por el daño causado”.

Existen daños totalmente materiales como la destrucción de un objeto por parte de un tercero, causando un detrimento en el patrimonio de su dueño y, por lo tanto, el deudor tiene la obligación de reponer el objeto por otro igual, o en caso de ser un objeto único, como una obra de arte, en que no se puede reponer el objeto dañado, se tiene que cumplir la obligación mediante un pago por el valor de la cosa.

En el caso del perjuicio, tenemos que en muchos de los casos en que se causa un daño también se genera un perjuicio, al dejar de recibir una ganancia lícita, por ejemplo, en el caso de un automóvil destinado al servicio UBER. Al ser dañado el auto y que por su reparación tendrá que pasar unas semanas en el taller mecánico, el dueño puede pedir que se le cubra además del daño causado, los daños y perjuicios por todo el plazo en que permanezca en el taller, debiendo hacer un cálculo de sus ingresos promedio que percibía el auto en sus funciones de taxi.

En los casos de responsabilidad civil que llegan a los tribunales, se tiene como base para el pago del daño y del perjuicio causado, la obligación de acreditar dicho daño y perjuicio causados, pero para ello debe proporcionar las pruebas fehacientes, así como la cuantificación de los montos totalmente claros y fundamentados. Situación en que, los litigantes, en muchos casos por desconocimiento o imposibilidad, no proporcionan dichas pruebas y presupuestos de daños y perjuicios, y por ello el juzgador se ve imposibilitado para dictaminar correctamente.

C. LA VINCULACIÓN CAUSA-EFECTO

Otro elemento básico para la reparación del daño derivado de la responsabilidad civil es la relación de debe de existir entre la causa y el efecto, es decir, la correlación entre el daño causado y la responsabilidad generada por ello, como lo establece el artículo 2110: “Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse”.

Esta relación es fundamental para que el deudor esté obligado a la reparación del daño, puesto que, de no darse, estaríamos ante la posibilidad de que no pudiera haber un sujeto obligado a ello.

Sin embargo, nos falta en nuestras legislaciones una obligación que existe en el derecho anglosajón, que se denomina “obligación punitiva” o “daños punitivos”, en virtud de la cual el culpable que causó el daño por diversas faltas que pudieron haberse evitado, deberá responder de una forma más alta,

es decir, que además del monto del daño causado y de los perjuicios, deberá cubrir una cantidad extra a modo de pena por todos los incumplimientos que generaron el daño, como por ejemplo la falta de mantenimiento al aparato que causó el daño, y que de haberse realizado se hubiere evitado.

La relación causa-efecto es estudiada por diversos autores en donde se presentan diversas teorías al respecto. Sin embargo, el Código Civil establece que los daños y perjuicios deben de ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, que la que toma la teoría de la causa próxima.

Al respecto existe una tesis jurisprudencial, marcada con el número de Registro 813305:

CAUSA DIRECTA E INMEDIATA.—El artículo 2110 del Código Civil del Distrito Federal y Territorios Federales, dispone que los daños y perjuicios deben de ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación. Este precepto es aplicable supletoriamente en materia mercantil. Ahora bien, por causa debe entenderse causa eficiente, o sea el factor determinante, de tal suerte que por el incumplimiento de la obligación se produzcan necesariamente daños y perjuicios. Si el incumplimiento de la obligación es solamente un factor secundario opera subordinado a otros factores, entonces no puede estimarse que sea la causa directa e inmediata de los daños y perjuicios.

D. DOLO O CULPA DEL DEUDOR

Estos elementos han sido estudiados desde la época del derecho romano en múltiples formas, pasando desde luego por el Código de Napoleón, hasta llegar a los códigos actuales, en donde, por ejemplo, el Código Civil, como ya lo comentamos, establece un acercamiento a la definición de culpa en el artículo 2025: “Hay culpa o negligencia cuando el obligado ejecuta actos contrarios a la conservación de la cosa o deja de ejecutar los que son necesarios para ella”.

Sin que el código definiera expresamente la culpa, establece solo una referencia con relación a los bienes, cosa que se le critica por ser demasiado parca y limitada a una situación concreta, dejando fuera de su ámbito de aplicación demasiadas situaciones. Además de no diferenciarse la culpa del dolo, por lo que la jurisprudencia ha tratado de esclarecer de mejor forma en qué consiste la culpa, en la tesis No. 174112. Novena época:

CULPA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA.—Su Concepto Y Clasificación.—La culpa en la responsabilidad civil subjetiva supone un hecho que se ejecu-

ta ya sea con dolo, imprudencia, negligencia, falta de previsión o de cuidado, y se divide en intencional y no intencional; la primera ocurre cuando el hecho se realiza con dolo, es decir con ánimo perjudicial, mientras que la segunda consiste en la conducta ejecutada con imprudencia o negligencia, es decir aquel acto en que debiendo prever el daño no se hace.

Doctrinalmente, la culpa se clasifica de diversas formas. Tenemos, por un lado, la culpa en sentido estricto y culpa en sentido amplio. La culpa en sentido estricto a su vez se subclasifica en culpa inconsciente y culpa consciente; también se clasifica en culpa grave y culpa leve, que de manera indirecta el Código Civil en diversas disposiciones, va comentando de acuerdo al grado de responsabilidad en situaciones concretas. Para mí, lo más importante es que el juzgador pueda descifrar en cada caso el grado de responsabilidad, y con base en ello fundar su resolución, por lo que las clasificaciones ayudan a encuadrar de mejor forma el grado de culpa.

En cuanto al dolo, considero que se sitúa en un grado de responsabilidad superior a la culpa, porque ello implica directamente la violación de un principio general del derecho, puesto que es un vicio del consentimiento que nos lleva a la nulidad del acto. Por ello, en el capítulo de contratos, el Código Civil establece en su artículo 1815: “Se entiende por dolo en los contratos cualquier sugestión o artificio que se emplee para incidir a error o mantener en él a alguno de los contratantes...”.

Por ello, tenemos que a la responsabilidad por dolo no se puede renunciar, y en todos los casos en que exista dolo hay responsabilidad, a diferencia de la culpa que no en todos los casos genera responsabilidad directamente.

IV. MONTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Uno de los principales problemas de los juicios de reparación del daño es la determinación del monto a demandar por parte de los litigantes y el monto a condenar para los jueces. Éste ha sido el verdadero dilema, puesto que en muchos casos los litigantes simplemente ponen una cantidad totalmente fuera de la realidad, siendo una simple ocurrencia del litigante el monto a demandar, sin base alguna, y mucho menos sin un peritaje que lo fundamente. Estos son los problemas que enfrentan los juicios de reparación del daño; sin ello no puede haber certeza en las resoluciones de los tribunales.

Como lo hemos comentado con anterioridad, el Código Civil establece que todas las personas responden de sus deudas con todo su patrimonio,

como lo establece el artículo. 2964: “El deudor responde del incumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que, conforme a la ley, son inalienables o no embargables”.

La principal obligación para la reparación del daño es la restitución de las cosas al estado que se tenían hasta antes de causarse el daño; además, en su caso del pago de daños y perjuicios, que en caso de resultar imposible el resarcimiento, se debe de realizar el pago correspondiente.

Tenemos, además, que el artículo 1915 establece que la reparación del daño debe consistir a elección del ofendido, en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios.

En nuestro país existe un grave problema en la interposición de los juicios por responsabilidad civil o daño moral, pues muy pocos litigantes fundamentan de una manera clara y lógica el monto de los daños y perjuicios, y debido a ello los jueces tampoco están acostumbrados a condenar sobre daños y perjuicios, y menos si la parte actora no proporciona elementos incontrovertibles. En este aspecto estamos muy atrasados, pues en los Estados Unidos es de lo más normal demandar los daños y perjuicios y que los jueces condenen a ello. Y son tan importantes que puede ser la parte principal del monto a condenar; en ello incluso se ha llegado a un exceso de demandar por cualquier motivo, resultando en ocasiones absurdos y sobre todo en casos de daño moral.

En México, tenemos que desarrollar una cultura de la responsabilidad civil, y en la medida de ello se evitarán abusos en la violación de derechos o contratos, pues resultaría demasiado costosa su reparación, estableciendo con ello el estado de derecho y de certeza jurídica, que es lo que más necesita nuestro país.

La indemnización puede ser de dos tipos, compensatoria o moratoria, dependiendo de cada caso. Será compensatoria cuando sea para resarcir daños y/o perjuicios, derivados de la falta de cumplimiento de una obligación, y será moratoria cuando sea únicamente por el retraso en el cumplimiento de una obligación.

V. EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD

En el derecho siempre hay excepciones que confirman la regla, y en el caso de la responsabilidad civil, así como tratamos a la culpa y el dolo que nos generan una obligación para el deudor, también hay casos en los que se causa un daño, pero no se tiene la responsabilidad de su reparación por existir excluyentes de responsabilidad.

De esta forma tenemos, entre los excluyentes de responsabilidad, el caso fortuito o fuerza mayor, como la principal causa de exclusión de responsabilidad por ser de naturaleza imprevisible e inevitable, en lo cual no hay culpa y mucho menos dolo, y que ya sea por un acontecimiento de la naturaleza o por un caso fortuito que le impide realizar su obligación.

También pueden ubicarse en los excluyentes los casos de los que habla la teoría de la imprevisión, en la cual, por cambiar inesperadamente las condiciones de la contratación, de tal forma que casusa un grave desajuste en las prestaciones, como el caso de una gran devaluación una sequía inesperada, las partes están obligadas a ajustar sus prestaciones de tal forma que no haya tanta desproporción, como lo establece el artículo 1796 del Código Civil.

VI. CONVENIO DE EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD

Dentro de las posibilidades que se tienen para pactar en los contratos, está la posibilidad de no ser obligado a responder de algunos incumplimientos, como es el caso de la Responsabilidad Civil que establece el artículo 2117 del Código Civil, que dice: “La responsabilidad civil puede ser regulada por convenio de las partes, salvo aquellos casos en que la ley disponga expresamente otra cosa...”

Dentro de los derechos u obligaciones que se pueden renunciar, tenemos como regla general todos los derechos del orden privado, con excepción de los emanados de leyes de orden público e interés social, y dentro del Código Civil tenemos las disposiciones en materia de familia, así como en las cuestiones de arrendamiento de casa habitación, las cuales, por su naturaleza de orden público e interés social, son irrenunciables; así como la renuncia que se haga procedente del dolo, se establece que sería nula dicha renuncia.

Lo anterior tiene razón en virtud de que el Estado tiene como una de sus funciones principales la protección de la familia, por lo que sobre ello no se puede renunciar, e incluso en caso de menores de edad se deberá de dar vista al Ministerio Público para que supervise que no se han violentado los derechos del menor.

Fuera de lo señalado como irrenunciable, las partes pueden pactar libremente todas las renunciaciones que deseen, como, por ejemplo, la renuncia por vicios ocultos o la renuncia al derecho de saneamiento por evicción, puesto que nuestros códigos civiles tienen como base la libre contratación, siempre y cuando no provenga del dolo.

VII. FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

A. FUNCIÓN PREVENTIVA

El derecho está establecido, en gran parte, para prevenir, y especialmente, en lo referente a la responsabilidad civil, la prevención es parte fundamental. El dicho popular “hay que prevenir y no lamentar”, nos dice mucho sobre la importancia cultural de la prevención. Las leyes establecen costos muy altos para aquellos que no previenen un incorrecto actuar que pueda producir daños, por eso una de las funciones de la responsabilidad civil tiene un primer carácter preventivo.

Las tendencias actuales del derecho apuestan por una cultura de la prevención, y su desatención resulta gravosa para la sociedad y para el Estado, por lo que éste intenta desalentar el incumplimiento y con ello la generación de daños y perjuicios.

B. FUNCIÓN COMPENSATORIA

Como lo hemos analizado anteriormente, quien cause un daño tiene la obligación de su reparación y, en su caso, el pago además de los perjuicios, siendo esto una función de compensación ante la pérdida sufrida, la cual en todos los casos es cuantificable, y liquida para poder ser cubierta en dinero, incluso si hablamos de daño moral se tiene que cuantificar en dinero, puesto que es la forma de reparar el daño, incluso en cuestiones que tienen que ver con el daño psicológico, la compensación tendrá un fin económico finalmente.

El carácter del derecho es en primer lugar de equidad, y por ello la persona que causa daño a otra persona tiene que repararlo; en caso de resultar imposible, el derecho establece como un sustituto el pago en dinero, y de esta forma compensa su pérdida irreparable, como el caso de la destrucción de un cuadro de Picasso o la pérdida de un brazo, cuestiones que son totalmente subjetivas para determinar su valor, pero que, sin embargo, el juez tiene que cuantificar en su resolución. Es en estas cuestiones totalmente subjetivas donde los peritajes tienen la mayor determinación en la sentencia y en donde se presentan las graves fallas del sistema judicial.

C. FUNCIÓN DISTRIBUTIVA

En este caso se tiene una relación con la responsabilidad objetiva, en la cual el presupuesto es que independientemente de quién realice la conducta, hay un responsable directo, que es el dueño de la fábrica, de la máquina o

del artefacto, y que será quien asuma la responsabilidad de la reparación del daño o el pago indemnizatorio. Esto le da un carácter distributivo, puesto que el dueño del negocio será quien asuma el costo de la reparación del daño y no el empleado que no tiene una capacidad económica para ello. De alguna forma, el derecho distribuye la responsabilidad a quien tiene la capacidad económica para ello.

VIII. TENDENCIAS ACTUALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Fue a partir de la década de 1970 que el mundo de la responsabilidad civil dio un salto muy grande, a través de tres grandes fallos que se dieron en los tribunales de los Estados Unidos en contra de grandes empresas transnacionales, en los cuales el punto principal era que se trasladara la responsabilidad al productor y a favor de todos los terceros consumidores, que independientemente de la culpa, respondieran de forma objetiva a favor de dichos consumidores.

Con estos fallos, los grandes monopolios se vieron afectados, surgiendo con ello un nuevo derecho a favor de los consumidores. A partir de esto, en todo el mundo se empieza a desarrollar una cultura, que es la de los consumidores. Pero en México, a pesar de la vecindad que tenemos con los Estados Unidos, tardamos en adoptar estas nuevas formas de protección y de responsabilidad, que se funda, principalmente, no solo en encontrar culpables, sino en quién va a responder por el daño y resarcir a la víctima de su afectación patrimonial.

La postura económica del derecho permeó en todas las áreas. Con Posner a la cabeza, desarrollaron toda una teoría económica del derecho, en la cual lo más importante es el costo beneficio para la sociedad y para el Estado, con lo cual todo tiene una razón económica y todo se puede cuantificar en dinero, y las resoluciones judiciales tienen que tomarse en base en que costo y que beneficio le generan a cada parte.

En los años 80, se empieza a desarrollar una nueva etapa de la responsabilidad civil. Con el surgimiento de los seguros para cubrir riesgos por responsabilidad civil, después de que a las grandes empresas les empieza a repercutir en sus finanzas los gastos por responsabilidad a favor de los consumidores, es que las aseguradoras empezaron a crear seguros que asumen el costo de dichos riesgos, y de esta forma las empresas cuantifican y se protegen de la incertidumbre que puede generar un pago por responsabilidad civil, asimismo también en los contratos se pactan cláusulas de responsabilidad y

todo el mundo jurídico se preocupa para no incurrir en supuestos de responsabilidad en sus obligaciones.

Para la década de los 1990, el desarrollo de la responsabilidad civil se había expandido prácticamente en todo el mundo, a través de las empresas transnacionales que llevan con ellas sus modelos de responsabilidad en donde lo más importante es la prevención, y en caso de incurrir en daños por fallas de sus productos o aparatos, inmediatamente se declaran culpables y cubren grandes cantidades por el daño causado, pero principalmente por no haber previsto dicha situación, y con ello evitar juicios que de entrada es seguro que pierdan, y se genera una mala perfección de la empresa y sus productos.

Estamos, por ello, en la etapa de la prevención donde todas las normas van encaminadas hacia ello, principalmente en las grandes empresas o contratistas. Sin embargo, en México, salvo esas empresas, todavía no permea hacia las pequeñas empresas esa cultura de la prevención, y no lo hace por que implican costos que no están dispuestas a pagar, porque es más fácil arreglarse en un buen juicio que en la implementación de medidas de protección, y esto es en gran parte por la corrupción que impera en nuestros tribunales, donde el resultado en cada juicio está sujeto al azar, generando con ello una incertidumbre jurídica.

La tendencia en los últimos años ha sido la de cada día gravar más la reparación del daño, por ello nuestros juzgadores y litigantes tienen que prepararse mejor para demandar y resolver este tipo de conflictos de forma más clara y equitativa. No pueden solicitar el pago de grandes cantidades sin desarrollar las pruebas y la justificación contable para ello, puesto que son las bases para que de ahí partan los jueces a condenar por las cantidades demandadas.

Sin embargo, el hecho de ser vecinos de los Estados Unidos nos hace más próximos al cambio de nuestras normas y formas de resolución, cada vez más se estandarizan los niveles de prevención en las empresas y ello empuja a que se expanda en todo el mercado. En México estamos viendo cada vez más demandas por responsabilidad civil y por daño moral, y cada vez se proporcionan mejores elementos para resolver.

Por lo anterior, debemos de tener cuidado de no caer en los excesos en que han caído en los Estados Unidos, al establecer demandas absurdas por responsabilidad civil o daño moral, que pueden hacer que se trivialicen este tipo de demandas y se tome con falta de seriedad y no se realice con el rigor necesario, hasta perder el respeto de los jueces y se pierda todo lo que se ha logrado avanzar.

SOBRE LA ILICITUD Y LA ANTIJURICIDAD

Patricio Garza Bandala¹



I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El derecho civil, como derecho común que es, comprende entre las fuentes de las obligaciones las que nacen de los hechos ilícitos. Nuestro Código Civil² contiene en el libro cuarto, primera Parte, título primero, un capítulo V intitulado “De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos”, en el que regula las consecuencias de hechos que se señalan,³ entre los cuales están los hechos ilícitos que causan daño a otro y a la que nos referiremos como responsabilidad civil subjetiva.

Derivado del ya señalado carácter de derecho común, es consecuencia natural considerar que todos los hechos ilícitos, en principio, deben estar sometidos al mismo régimen jurídico —el ya señalado— y deben generar las mismas consecuencias jurídicas, a menos que exista un régimen jurídico especial.

¿Qué decir entonces del caso en que la conducta sea constitutiva de un delito? En el caso de ser un delito ¿además existe responsabilidad civil? ¿Existe

¹ Abogado por la Escuela Libre de Derecho con tesis laureada y mención especial al examen profesional. Coautor de 7 libros entre los que destacan “Tratado Teórico Práctico de Derecho de las Obligaciones” y “Derecho de Familia”. Coautor y autor de más de 15 publicaciones especializadas. Co-coordinador del tomo de “Derecho de Familia en la Obra Jurídica Enciclopédica en Homenaje al Primer Centenario de la Escuela Libre de Derecho”. Profesor Titular del Tercer Curso de Derecho Civil (Contratos) en la Escuela Libre de Derecho. Notario 18 del Distrito Federal y actual Consejero del Colegio de Notarios del Distrito Federal, Asociación Civil.

² Aunque este estudio no pretende estar enmarcado en un ordenamiento jurídico específico, usaremos como referencia el Código Civil para el Distrito Federal. En ese orden de ideas, cuando usemos la expresión Código Civil, deberá entenderse referido a este cuerpo normativo.

³ Habrá que recordar que la responsabilidad por ilicitud es sólo una de las varias causas de responsabilidad reguladas en este capítulo. Otras de ellas serían la responsabilidad objetiva, el abuso de derecho, etc.

una relación de regla general a regla especial entre la responsabilidad civil y la penal?

Un estudio alrededor de estas preguntas no solamente nos puede resolver las incógnitas sobre si existe alguna diferencia entre la ilicitud como elemento esencial de la responsabilidad civil subjetiva y la antijuridicidad como elemento del delito; o si la responsabilidad civil y la reparación del daño son lo mismo, o si pueden coexistir —temas de por sí sumamente interesantes desde el punto de vista teórico—; sino que además nos puede revelar la mejor procedencia práctica de uno u otro.

El presente estudio pretende analizar si existe o no diferencia entre dichos conceptos, con las implicaciones conceptuales y consecuenciales respectivas. Para ello, necesitaremos plantear tres elementos metodológicos indispensables para el debido análisis: a) presuponemos ciertos conceptos y estructuras mentales en el lector a efecto de evitar repeticiones innecesarias o exceder los límites planteados para este estudio; b) consideramos que el mismo no está circunscrito o limitado a un sistema jurídico específico, pues las preguntas que constituyen su hipótesis son universales; y c) buscamos un contenido puramente sustantivo y no procesal.⁴

II. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA. ESPECIAL ÉNFASIS EN EL CONCEPTO DE ILICITUD

Partiendo de la inexistencia de una definición legal de responsabilidad civil subjetiva, es deber de la doctrina delimitar el concepto respectivo. A partir del texto del artículo 1910 del Código Civil, podemos señalar que la responsabilidad civil es la obligación impuesta por el ordenamiento jurídico de dejar indemne el patrimonio del acreedor al que una conducta ilícita, activa u omisiva del deudor, ha causado daño.

La doctrina, de la misma manera que con la definición, ha hecho una disección de los elementos esenciales que corresponden a la causa eficiente de la responsabilidad civil subjetiva, entre los cuales podemos citar: la conducta del agente, el carácter ilícito de la misma, la lesión patrimonial causada, la relación causa-efecto y la ausencia de negligencia inexcusable de la víctima.

A la luz de lo anterior y dentro del contexto de nuestro planteamiento del problema, es claro que debemos señalar el concepto de ilicitud. Este tema

⁴ Existen muchas consideraciones procesales, específicamente en materia de competencia para conocer de la reparación del daño. No haremos referencia al tema.

ha sido estudiado a fondo durante siglos por la doctrina, las resoluciones judiciales, los legisladores, etc.; por lo que resulta humanamente imposible analizar todos los razonamientos que han sido vertidos, desde el *honeste vivere*, *neminem laedere*, *suum cuique tribuere*, hasta el daño *contra ius* y daño *sine iure* y pasando por el concepto establecido por nuestro Código Civil en su artículo 1830 como "... el hecho que es contrario a las leyes de orden público o las buenas costumbres". Baste decir que existe un común denominador: considerar como el elemento esencial de la ilicitud, que la conducta de una persona atente contra lo establecido o esperado de ella por el ordenamiento jurídico.

La ilicitud es, en resumen, una conducta repudiada por el ordenamiento jurídico, ya sea que se trate de una conducta prohibida o de una conducta distinta de la esperada. Evidentemente, la ley civil no contiene un listado de las conductas consideradas como ilícitas, pues es tarea del intérprete y del juzgador analizar y calificar en el caso concreto cada conducta a la luz de la abstracción de lo despreciado por la sociedad organizada y que se expresa a través de la ley.

III. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO. LA ANTIJURICIDAD Y LA FUNCIÓN SELECCIONADORA DEL TIPO PENAL

En este apartado partimos inversamente al anterior. El Código Penal Federal en su artículo 7º define al delito como "... el acto u omisión que sancionan las leyes penales...". Este concepto, que podríamos calificar como pobre desde el punto de vista doctrinal, nos hace entrever que al ser el delito una conducta sancionada por las leyes penales —entendiendo "sancionada" no en un sentido genérico como "a la que se enlazan consecuencias jurídicas", sino como castigo— respecto de la que existe un repudio de la sociedad organizada, y que éste se expresa a través de la ley, partiendo de la base de que las penas y medidas de seguridad no son consideradas deseables por la inmensa mayoría de los seres humanos.

Doctrinalmente, el delito es definido como la conducta típica, antijurídica y culpable. La calidad de la punibilidad como elemento o como consecuencia del delito ha sido discutida por la doctrina durante muchos años, pero al no tratarse de un punto esencial para nuestro estudio lo discriminaremos.

En atención a este concepto, tradicionalmente se ha señalado que la operación lógica del intérprete en materia penal consiste en determinar en primer lugar si existe una conducta —activa, pasiva o de comisión por omi-

sión—, para posteriormente analizar si esa conducta encuadra en la descripción legal del tipo penal.

El tipo penal, entre otras funciones, tiene la de seleccionar las conductas que el legislador considera más reprobables para el ser humano en sociedad. El carácter fragmentario y de *última ratio* del derecho penal requiere que el legislador haga un juicio de valor muy profundo (quizá el más profundo de toda la labor legislativa, ya que el elevar a grado de delito una conducta significa hacer uso del brazo más violento del que dispone la sociedad organizada) sobre los límites de convivencia y de moral que existen.

La tipificación de una conducta confiere una presunción, si no en el sentido más puro jurídicamente hablando, por lo menos sí un llamamiento al intérprete sobre el siguiente elemento del delito: la antijuridicidad. Una conducta que el legislador ha tipificado es porque la considera lesiva a los intereses de la sociedad y por lo pronto es natural que el intérprete entienda que esa conducta es despreciada.

Las causas de exclusión de la antijuridicidad (estado de necesidad, defensa legítima, etc.) constituyen el excepcional juicio del legislador alrededor del repudio de una conducta. La existencia de ellas podría considerarse absurda en un sistema jurídico que considera que las conductas son lícitas, mientras no se demuestre lo contrario. La presunción de inocencia parte precisamente de esa hipótesis. A pesar de lo anterior, cuando la conducta se encuadra en una de las que el legislador ha considerado como las más dañosas contra la sociedad —llamadas delitos— es llamada a ser ilícita.

Hagamos una breve reflexión sobre esta mecánica. El legislador ha considerado una conducta gravemente dañosa a la sociedad que una persona priva de la vida a otra, y la ha llamado homicidio. A esa conducta le ha enlazado consecuencias jurídicas, las más violentas de las que dispone el Estado, llamadas penas y/o medidas de seguridad. Su sola comisión se considera ilícita. Sin embargo, existen algunos casos en los que el legislador considera que, a pesar de haber sido cometida por el agente, no debe ser sancionada porque concurrió otro elemento que convierte esa conducta ilícita en lícita. Esas son las causas de exclusión de antijuridicidad.

En esas causas, el legislador considera que la conducta no se realizó en las condiciones en las que normalmente es repudiable, revierte ese juicio y excluye la antijuridicidad en los casos señalados expresamente. Esto significa que, ante razones específicamente pensadas por el legislador, una conducta que debería considerarse dañosa a la sociedad se convierte en una conducta, si bien no deseada, por lo menos tolerada. En ese sentido, es apreciable la manera que para referirse a ellas utiliza el Código Penal para el Distrito Federal, ya que se refiere a ellas como causas de justificación. La expresión no puede ser más

exacta. Una de las acepciones que el propio Diccionario de la Academia de la Lengua Española usa para definir la palabra justificar es “hacer justo algo”, es decir, deja de ser injusto y lo hace justo.

En el sentido de su aplicación en la práctica judicial, los Tribunales Colegiados de Circuito nos aportan lo siguiente:

DELITO. JUICIO DE ANTIJURIDICIDAD QUE DEBE REALIZARSE EN LA SENTENCIA DEFINITIVA.—En la jurisprudencia 1a./J. 143/2011 (9a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, Tomo 2, diciembre de 2011, página 912, de rubro: “ACREDITACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO Y DEL DELITO EN SÍ. SUS DIFERENCIAS.”, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que en toda sentencia definitiva debe analizarse si existe o no delito, esto es, una conducta típica, antijurídica y culpable. Una conducta típica es antijurídica cuando contraviene el orden jurídico en su conjunto (antijuridicidad formal) reafirmando la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos (antijuridicidad material). Así, de los artículos 15, fracciones III a VI y 17 del Código Penal Federal, se advierte que la antijuridicidad se excluye oficiosamente cuando la conducta se justifica por el orden jurídico al desplegarse para salvaguardar bienes jurídicos propios o ajenos de mayor valor al lesionado, siendo las causas de justificación enunciadas por el legislador las siguientes: i) el consentimiento del titular del bien jurídico protegido (expreso o presunto); ii) la defensa legítima (expresa o presunta); iii) el estado de necesidad justificante; y, iv) el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho.

Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito.

Amparo directo 84/2014. 22 de mayo de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, con fundamento en el artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez.

Amparo directo 141/2014. 19 de junio de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, con fundamento en el artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez.

Amparo directo 152/2014. 26 de junio de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, con fundamento en el artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez.

Amparo directo 99/2014. 2 de julio de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, con fundamento en el artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez.

Amparo directo 251/2014. 10 de julio de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, con fundamento en el artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Secretario: Juan Carlos Corona Torres.

Esta tesis se publicó el viernes 7 de noviembre de 2014 a las 9:51 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 10 de noviembre de 2014, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

Época: Décima Época, Registro: 2007870, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 12, Noviembre de 2014, Tomo IV, Materia(s): Penal, Tesis: XXVII.3o. J/6 (10a.), Página: 2712

IV. COMPARACIÓN ENTRE LA ILICITUD Y LA ANTIJURIDICIDAD. SUS PRETENDIDAS DIFERENCIAS

Visto lo antes expuesto, es el momento de comparar los conceptos tratados.

Estas figuras tienen en común que en ambos casos existe el juicio del legislador sobre el rechazo social de una conducta. Tanto la ilicitud como la antijuridicidad significan la reprobación del actuar de un sujeto.

En el caso de la ilicitud, el juicio sobre el rechazo social es abstracto. No existe un listado ni siquiera indicativo de las conductas consideradas ilícitas, sino que el intérprete debe evaluar la conducta en el caso concreto y analizarla conforme a los principios generales del derecho y la expectativa jurídica de conducta del sujeto para concluir si la conducta es o no ilícita y, por ende, procedente la responsabilidad. Por otro lado, tomando en consideración el principio de *nulla poena sine lege*, en el caso del delito sí existe un listado sólido, hermético, de conductas repudiadas.

Aun así, la diferencia apuntada en el párrafo anterior no es una diferencia esencial, sino formal y de grado. La explicación gira en torno a la consideración social y del legislador con respecto al grado de gravedad de los actos, así como la ley, la descripción y los alcances de las sanciones de uno y otro.

De conformidad con lo anterior, es sólido jurídicamente concluir que lo ilícito en *latu sensu* está previsto y sancionado en las leyes de naturaleza civil. Al sujeto activo de las mismas la legislación civil le impone la necesidad de indemnizar; esto es, dejar indemne, sin daño. Para ello es que se ha perfeccionado el concepto de los daños y perjuicios. No lo castiga propiamente, sino que le requiere dejar la esfera jurídica patrimonial del sujeto pasivo como estaba antes de la conducta, en la medida de lo posible.

Por el contrario, ante una conducta considerada delito, el legislador impone, penas y medidas de seguridad, que tienen el múltiple objetivo de castigar, de reinsertar socialmente, de prevenir el delito, etc. Paradójicamente y por una falta de técnica legislativa sistemática una de las sanciones pecuniarias tanto en la legislación penal local y federal es la reparación del daño. Lo expresamos como paradójica porque esa obligación no es derivada de la comisión de un delito sino debe serlo de cualquier ilícito, como lo expresamos en el párrafo anterior.

V. DIFERENCIAS EN CUANTO A LAS SANCIONES

Todo hecho que sea ilícito debe tener consecuencias jurídicas, esto es innegable. Sin embargo, tomando en cuenta la graduación de lo dañosa de la conducta para la sociedad es que la legislación establece sanciones diversas.

En el caso de la responsabilidad civil subjetiva, derivada de un ilícito puramente de derecho común, la obligación que nace es la de reparar el daño. El artículo 1910 del Código Civil en una muy estrecha definición la hace consistir en "... a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios..."⁵

⁵ En ese sentido hay que reconocer que la legislación penal es mucho más prolija que la civil en la delimitación de los alcances de la indemnización. Es importante para ello citar los siguientes dispositivos:

Del Código Penal para el Distrito Federal:

Artículo 42 (Alcance de la reparación del daño).—La reparación del daño comprende, según la naturaleza del delito de que se trate:

I. El restablecimiento de las cosas en el estado en que se encontraban antes de cometerse el delito;

II. La restitución de la cosa obtenida por el delito, incluyendo sus frutos y accesorios y, si no fuese posible, el pago de su valor actualizado. Si se trata de bienes fungibles, el juez podrá condenar a la entrega de un objeto igual al que fuese materia de delito sin necesidad de recurrir a informe o prueba pericial;

III. La reparación del daño moral sufrido por la víctima o las personas con derecho a la reparación, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud psíquica y física de la víctima;

IV. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados; y

V. El pago de salarios o percepciones correspondientes, cuando por lesiones se cause incapacidad para trabajar en oficio, arte o profesión.

Del Código Penal Federal:

Artículo 30.—La reparación del daño debe ser integral, adecuada, eficaz, efectiva, proporcional a la gravedad del daño causado y a la afectación sufrida, comprenderá cuando menos:

Como podemos ver, la intención primaria de la legislación civil es la de restablecer la situación anterior. ¿Qué mejor manera de dejar indemne —es decir, sin daño— al afectado del hecho ilícito que dejándolo en la misma situación fáctica y jurídica que estaba antes del hecho dañoso? La legislación civil no tiende en primera instancia a sancionar, sino a proteger intereses a través de que “cada quien tenga lo suyo”. A pesar de que la legislación civil lo deja a elección del ofendido, el verdadero cumplimiento de la máxima romana se logra con el restablecimiento de la situación anterior, cuando esto sea posible. Aun en el caso del pago de daños y perjuicios, la intención del legislador es reparar por equivalente los intereses del afectado.

En el caso del derecho penal, las consecuencias son distintas. Las penas y las medidas de seguridad en los términos de los Códigos Penales Federal y para el Distrito Federal y demás consecuencias jurídicas accesorias aplicables para las personas morales son sanciones, verdaderos castigos impuestos por el legislador evidenciando el repudio social a la conducta delictiva.⁶

La gravedad y el impacto de las sanciones establecidas en ambos casos ciertamente son abismalmente diferentes, sin embargo, ambas tienen lugar como reacción frente a aquello que es contrario a derecho, llámese antijurí-

I. La restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible, el pago del precio de la misma, a su valor actualizado;

II. La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo la atención médica y psicológica, de los servicios sociales y de rehabilitación o tratamientos curativos necesarios para la recuperación de la salud, que hubiere requerido o requiera la víctima, como consecuencia del delito. En los casos de delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, la libertad y el normal desarrollo psicosexual y en su salud mental, así como de violencia familiar, además comprenderá el pago de los tratamientos psicoterapéuticos que sean necesarios para la víctima;

III. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados;

IV. El pago de la pérdida de ingreso económico y lucro cesante, para ello se tomará como base el salario que en el momento de sufrir el delito tenía la víctima y en caso de no contar con esa información, será conforme al salario mínimo vigente en el lugar en que ocurra el hecho;

V. El costo de la pérdida de oportunidades, en particular el empleo, educación y prestaciones sociales, acorde a sus circunstancias;

VI. La declaración que restablezca la dignidad y reputación de la víctima, a través de medios electrónicos o escritos;

VII. La disculpa pública, la aceptación de responsabilidad, así como la garantía de no repetición, cuando el delito se cometa por servidores públicos. Los medios para la rehabilitación deben ser lo más completos posible, y deberán permitir a la víctima participar de forma plena en la vida pública, privada y social.

⁶ Ciertamente, no existe ninguna disposición en el sistema legal mexicano que prohíba el homicidio, pero al imponerle una pena evidencia ese rechazo. Esto es explicado claramente por la diferencia doctrinal entre norma penal y ley penal.

dico o ilícito, y la diferencia no radica en que se tutelen bienes jurídicos distintos, sino en la importancia atribuida por el legislador a ese bien tutelado. Con lo anterior queda en evidencia que el rechazo social por las conductas ilícitas y las antijurídicas es el mismo, pero con diferente intensidad.

De entre todas las conductas merecedoras del desprecio social, solo algunas han sido elegidas por el legislador para ser sancionadas tan enérgicamente como en el caso de los delitos; mas eso no implica que las demás sean deseadas o toleradas, simplemente se considera sanción suficiente el obligar al agente a regresar al *statu quo*.

Partiendo de lo antes señalado, debemos concluir que la ilicitud y la antijuridicidad son lo mismo. *No existe un concepto de ilícito civil y uno de ilícito penal o incluso para otras ramas del derecho*, ya que el ordenamiento jurídico es un todo unitario y orgánico que sanciona, premia o es indiferente por igual. La diferencia entre el ilícito civil y el delito consistirá en el grado de sanción que el legislador imponga y no en un concepto diferente.

En el caso, por ejemplo, de que una conducta que está siendo analizada por el juez penal resulte no adecuarse a la descripción del tipo penal no estaremos frente a un delito, pero eso no quiere decir que la conducta deje de ser ilícita, y por tanto deberá seguir el análisis civil para determinar si procede o no la responsabilidad civil subjetiva.

Por el contrario, si el juez penal desecha la imposición de una pena o medida de seguridad por haber alguna causa de exclusión de la antijuridicidad, quiere decir que el ordenamiento jurídico consideró a la conducta apegada a las expectativas sociales que se hallan detrás de la norma y, por tanto, no habrá responsabilidad penal ni civil. Concluir lo contrario y proceder a una responsabilidad civil cuando no hubo responsabilidad penal por juridicidad de la conducta —es decir, por no haberse cumplido el supuesto de antijuridicidad— sería tanto como que una rama del derecho castigue una conducta y que otra la premie.

La misma perspectiva existe respecto del derecho administrativo. El pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha expresado en diversas ocasiones a favor de considerar que la sanción administrativa guarda una similitud fundamental con las penas, toda vez que ambas tienen lugar como reacción frente a lo antijurídico y, en consecuencia, tanto el derecho penal como el derecho administrativo sancionador resultan ser dos inequívocas manifestaciones de la potestad punitiva del Estado. Lo anterior se desprende del siguiente criterio:

DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. PARA LA CONSTRUCCIÓN DE SUS PROPIOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES ES VÁLIDO ACUDIR DE MANERA PRUDENTE

A LAS TÉCNICAS GARANTISTAS DEL DERECHO PENAL, EN TANTO AMBOS SON MANIFESTACIONES DE LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO.—De un análisis integral del régimen de infracciones administrativas, se desprende que el derecho administrativo sancionador posee como objetivo garantizar a la colectividad en general, el desarrollo correcto y normal de las funciones reguladas por las leyes administrativas, utilizando el poder de policía para lograr los objetivos en ellas trazados. En este orden de ideas, la sanción administrativa guarda una similitud fundamental con las penas, toda vez que ambas tienen lugar como reacción frente a lo antijurídico; en uno y otro supuesto la conducta humana es ordenada o prohibida. En consecuencia, tanto el derecho penal como el derecho administrativo sancionador resultan ser dos inequívocas manifestaciones de la potestad punitiva del Estado, entendida como la facultad que tiene éste de imponer penas y medidas de seguridad ante la comisión de ilícitos. Ahora bien, dada la similitud y la unidad de la potestad punitiva, en la interpretación constitucional de los principios del derecho administrativo sancionador puede acudir a los principios penales sustantivos, aun cuando la traslación de los mismos en cuanto a grados de exigencia no pueda hacerse de forma automática, porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo solo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza. Desde luego, el desarrollo jurisprudencial de estos principios en el campo administrativo sancionador —apoyado en el derecho público estatal y asimiladas algunas de las garantías del derecho penal— irá formando los principios sancionadores propios para este campo de la potestad punitiva del Estado. Sin embargo, en tanto esto sucede, es válido tomar de manera prudente las técnicas garantistas del derecho penal.

Acción de inconstitucionalidad 4/2006. Procurador General de la República. 25 de mayo de 2006. Unanimidad de ocho votos. Ausentes: Mariano Azuela Güitrón, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretarios: Makawi Staines Díaz y Marat Paredes Montiel.

El Tribunal Pleno, el quince de agosto en curso, aprobó, con el número 99/2006, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a quince de agosto de dos mil seis.

Época: Novena Época, Registro: 174488, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXIV, Agosto de 2006, Materia(s): Constitucional, Administrativa, Tesis: P./J. 99/2006, Página: 1565.

VI. CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD PARA ILÍCITOS CIVILES

Abstractamente hablando, podemos señalar que las causas de exclusión de la antijuridicidad del delito son exactamente aplicables como se ha mencionado anteriormente en materia administrativa y por supuesto a la “ilicitud civil”, ya que los intereses tutelados por ambas figuras son los mismos. Por ello, resulta absurdo que una misma legislación proteja determinados bienes dentro de una materia y al mismo tiempo no los considere protegidos en

otra. Lo mismo sucede con los supuestos de exclusión. La analogía en este caso es clarísima, y admitir lo contrario implicaría una incoherencia jurídica de proporciones catastróficas.

VII. LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR Y LA REPARACIÓN DEL DAÑO. IDENTIDAD

Han quedado establecidas en el apartado anterior ciertas generalidades sobre las consecuencias jurídicas de las figuras que estamos confrontando. En términos generales hemos determinado que *la intención de la legislación civil es reparar*, mientras que *la de la legislación penal es castigar*. Hemos ahora de entrar a fondo en el tema.

La legislación civil impone la obligación de indemnizar como consecuencia de la responsabilidad civil en general (y en especial de la subjetiva). Es el mínimo que el ordenamiento jurídico espera de quien ha causado un daño injusto, aunque no necesariamente lo único. El carácter común del derecho civil, aplicado al caso que nos ocupa, implica que cualquier daño, de la naturaleza que sea, debe ser reparado.

Cada vez con más frecuencia encontramos en nuestro tejido legal nuevas leyes y normas relativas a la responsabilidad civil. Infinidad de reformas al Código Civil, así como la expedición de nuevas leyes demuestran una tendencia legislativa a crear disposiciones especiales sobre el tema; pero al final de cuentas existe un común denominador: quien ha causado injustamente un daño debe repararlo.

Aunado a lo anterior, la conducta dañosa podría estar sancionada con otras consecuencias, tales como la nulidad,⁷ sin embargo, las mismas siempre serán adicionales a la obligación de reparar, ya sea mediante el reestablecimiento de la situación anterior o el pago de daños y perjuicios.

En materia penal, el catálogo de las penas y las medidas de seguridad comprende un amplio listado de efectos, entre los cuales está la sanción pecuniaria. En ambos casos —Código Penal Federal y del Distrito Federal— la sanción pecuniaria comprende la reparación del daño.

¿Es la reparación del daño una pena o una medida de seguridad? En nuestra opinión, no, no comparte con las figuras apuntadas las finalidades perseguidas ni los intereses jurídicos protegidos. Es más, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha reconocido en diversos y recientes criterios el carácter eminentemente civil de la obligación de reparar el daño, sea cual

⁷ Artículos 8 y 1830 del Código Civil para el Distrito Federal.

sea la legislación que lo establezca, toda vez que el trasfondo común es el mismo. Sirvan como ejemplos más relevantes los siguientes:

REPARACIÓN DEL DAÑO DERIVADA DE UN DELITO. SU NATURALEZA CIVIL.—Existe una postura casi unánime sobre la naturaleza civil de la reparación del daño derivada de la comisión de un delito prevista en los códigos penales, de acuerdo con la cual, su fundamento sería el mismo que el de la responsabilidad aquiliana. Ahora bien, la reparación del daño en materia penal satisface tanto una función social, en su carácter de pena o sanción pública, como una privada, en la medida en que también contribuye a resarcir los intereses de la persona afectada por la acción delictiva. En ese sentido, la reparación del daño implica una sanción pública o una pena, al cumplir una función social que es exigible de oficio por el Ministerio Público; sin embargo, ello no elimina su finalidad primordial, consistente en resarcir a las víctimas u ofendidos de un delito de las afectaciones a sus bienes jurídicos. Así, la denominada responsabilidad civil ex delicto constituye una parte de la responsabilidad civil extracontractual, la cual se caracteriza porque el hecho ilícito que la genera es también constitutivo de delito.

Amparo directo en revisión 4646/2014. 14 de octubre de 2015. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente. Ausente: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín.

Esta tesis se publicó el viernes 22 de abril de 2016 a las 10:22 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Época: Décima Época, Registro: 2011482, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 29, Abril de 2016, Tomo II, Materia(s): Civil, Penal, Tesis: 1a. CXIX/2016 (10a.), Página: 1141.

REPARACIÓN DEL DAÑO DERIVADA DEL DELITO. CONSECUENCIAS JURÍDICAS QUE DERIVAN DE SU NATURALEZA CIVIL.—A pesar del carácter de sanción pública que tiene la reparación del daño en materia penal, es importante no caracterizarla como una pena, esencialmente porque no le son aplicables los principios del derecho penal, como son el principio de exacta aplicación de la ley y el mandato de taxatividad. Ello lleva a deslindar la imposición de las penas corporales de la cuantificación de la reparación y a que el juez resuelva atendiendo a la naturaleza civil de los daños. Así, mientras que la fijación de la pena debe realizarse atendiendo al grado de culpabilidad del sujeto, la cuantía de la reparación, por el contrario, debe venir determinada por la entidad del daño. Otra consecuencia relevante que deriva de la naturaleza civil de la reparación del daño, es que la misma debe ser justa e integral, dado que estos principios constitucionales aplican a la figura con independencia del código o legislación en la que se encuentre regulada. Asimismo, en tanto su naturaleza es eminentemente civil, puede acudir a la legislación en la materia para interpretar el contenido y alcance de dicha reparación.

Amparo directo en revisión 4646/2014. 14 de octubre de 2015. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien

formuló voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente. Ausente: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín.

Esta tesis se publicó el viernes 22 de abril de 2016 a las 10:22 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Época: Décima Época, Registro: 2011483, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 29, Abril de 2016, Tomo II, Materia(s): Civil, Penal, Tesis: 1a. CXXII/2016 (10a.), Página: 1142.

REPARACIÓN DEL DAÑO EN MATERIA PENAL. PARA DETERMINAR SU ALCANCE, EL JUZGADOR PUEDE ACUDIR A LA LEGISLACIÓN CIVIL O A LA DOCTRINA DE ESTA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.—La reparación del daño tiene una misma naturaleza, independientemente del código en que se encuentre regulada. Así, con la finalidad de lograr una justa indemnización, el órgano jurisdiccional que esté conociendo de la reparación del daño en la vía penal, puede acudir a la legislación civil, o incluso a la doctrina de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, en materia de responsabilidad civil, siempre que no exista una regla especial en la legislación penal. Dicha remisión sólo resulta admisible —e incluso podría considerarse necesaria— para entender los principios que rigen la reparación de los daños, o bien, cuando no existan en la legislación penal parámetros suficientes con base en los cuales pueda determinarse la existencia del daño o su debida indemnización.

Amparo directo en revisión 4646/2014. 14 de octubre de 2015. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente. Ausente: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín.

Esta tesis se publicó el viernes 22 de abril de 2016 a las 10:22 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Época: Décima Época, Registro: 2011488, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 29, Abril de 2016, Tomo II, Materia(s): Constitucional, Penal, Tesis: 1a. CXXIII/2016 (10a.), Página: 1146.

Finalmente, el principio *non bis in idem*, consignado también en la Constitución consiste en que ninguna persona puede ser juzgada dos veces por el mismo delito y tiene por objeto garantizar que el sujeto activo no sea objeto de una doble penalización. Se trata de una garantía de seguridad jurídica. Lo mismo procede en cuanto a la reparación del daño, la cual no puede solicitarse por ambas vías.

RESPONSABILIDAD CIVIL. EFICACIA DE LA COSA JUZGADA EN MATERIA DE REPARACIÓN DEL DAÑO DERIVADO DE DELITO EN EL PROCESO CIVIL.—El sistema jurídico mexicano, y en específico el distrital, tiene una regulación que permite a los Jueces penales conocer de la acción de responsabilidad civil derivada de un hecho que provocó también el ejercicio de la acción penal. Existe la posibilidad de que el

interesado opte por el ejercicio de la acción civil, pero la falta de manifestación de haber elegido ese ejercicio separado del proceso punitivo significará, en caso de condenarse al pago de la reparación del daño en la sentencia penal, que estará a las results de ésta, sin perjuicio de que pueda apelar. El Juez civil queda vinculado por lo resuelto en la sentencia condenatoria penal, sin poder nuevamente pronunciarse sobre la responsabilidad civil del sentenciado, ergo, debe rechazar la acción civil derivada de los mismos hechos que conoció su homólogo penal. Pero que ocurra así no es debido a la aplicación del principio non bis in idem, consagrado en los artículos 23 constitucional, 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que el derecho de que se trata es propio del ámbito penal, aplicable, por tanto, exclusivamente a dicha materia, como se advierte de los dos preceptos invocados en primer término, de la observación general 32 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, para quien es una garantía que concierne sólo a los delitos penales, y de la sentencia dictada en el Caso Loayza Tamayo vs. Perú por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para la cual el referido principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos. Por ello, aunque ese principio es útil para explicar la influencia de la cosa juzgada de una sentencia penal en el proceso civil, dado que enuncia la prohibición del doble enjuiciamiento, lo cierto es que solamente la jurisdicción penal puede conocer de delitos y, por consiguiente, de ningún modo es factible aseverar que en un juicio civil basado en los mismos hechos objeto del proceso punitivo se realizará un nuevo enjuiciamiento por similar delito al conocido por el Juez penal, ni que se infringirá la prohibición que entraña para esa clase de juzgador el principio non bis in idem. Lo que sucede, en realidad, es que existe una eficacia mutua de la cosa juzgada entre los procesos penal y civil en temas como el de la responsabilidad civil, debido a la dualidad de ilícitos y de jurisdicciones que se produce, como ha explicado la doctrina, al referirse a la forma en que opera la eficacia de la cosa juzgada penal en el proceso civil y, de manera especial, como opera esa influencia en materia de responsabilidad civil, en la que si bien existe un margen de apreciación para el Juez civil está en función de que el Juez penal se haya abstenido de resolver ciertos aspectos (por ejemplo, en cuanto a la cuantía económica del daño producido), por lo que si condenó y decidió sobre la reparación del daño debe quedar intocada esa determinación. Tal es la base sobre la que debe estimarse que, una vez pronunciada sentencia con carácter de cosa juzgada en el proceso penal en que se haya condenado al pago de la reparación del daño, material y moral, según sea el caso, de forma íntegra, el Juez civil no puede emitir nueva condena por los mismos conceptos.

Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

Amparo directo 158/2012. Moisés Saldaña García. 17 de mayo de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco J. Sandoval López. Secretario: Raúl Alfaro Telpalo.

Época: Décima Época, Registro: 2001749, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 3, Materia(s): Civil, Tesis: 1.4o.C.8 C (10a.), Página: 1967.

VIII. CONCLUSIONES

Lo anteriormente expuesto nos permite arribar a las siguientes conclusiones:

a) El ordenamiento jurídico es un todo unitario y orgánico. Por ello, existe un solo concepto de ilicitud. Este concepto y la regulación de sus consecuencias jurídicas corresponde al derecho civil como derecho común, en tanto que otras ramas del derecho pueden atribuirle consecuencias adicionales o especiales.

b) En tanto no exista regla especial, el régimen jurídico aplicable a las conductas ilícitas corresponde al derecho civil.

c) Las causas de exclusión de antijuridicidad en materia penal son aplicables a cualquier ilícito.

d) La reparación del daño en materia penal y la indemnización por la responsabilidad civil subjetiva comparten la misma naturaleza y, por lo mismo, están sujetas a los mismos principios.

OBLIGACIONES CONDICIONALES

Roberto Garzón Jiménez



I. CONCEPTO

El Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 1938,¹ define la condición² como un acontecimiento futuro e incierto: “La obligación es condicional cuando su existencia o resolución dependen de un acontecimiento futuro e incierto”.³

No obstante, es incorrecto señalar que el acontecimiento sea incierto. Debe ser cierto y está perfectamente determinado en el acto jurídico en el cual se establece; lo contrario generaría inseguridad jurídica para las partes que, al no saber en qué consiste la condición, mucho menos podrían conocer si se cumplió o no.

Respecto del segundo elemento, es correcto que el acontecimiento sea futuro ya que esto permite de manera objetiva que sea desconocido por las

¹ El texto del Código Civil para el Distrito Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de mayo de 1928, se puede encontrar en <http://www.aldf.gob.mx/archivo-c9d-c6843e50163a0d2628615e069b140.pdf>. Asimismo, el anteproyecto de reformas y adiciones al libro cuarto, primera parte (Obligaciones en general) del Código Civil del Distrito Federal se puede consultar en Galindo Garfias, Ignacio, *Anteproyecto de reformas y adiciones al libro cuarto, primera parte (obligaciones en general) del Código Civil del Distrito Federal*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.

² “Desde el punto de vista sintáctico, una característica asociada a las obligaciones jurídicas es que son formuladas en lenguaje condicional con condiciones antecedentes que dan lugar al surgimiento de la solución normativa”. BOUVIER HERNÁN G., *Obligación Jurídica*, en Fabra Zamora, Jorge Luis y Rodríguez Blanco Verónica (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. II, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 1133.

³ Otros comentarios que versan sobre el contenido de esta norma se pueden encontrar en GONZÁLEZ ALCÁNTARA, Juan Luis (coord.), *Código Civil Federal Comentado. Libro cuarto. De las obligaciones*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2015, p. 91.

partes. En el Código Civil de 1884⁴ no se exigía que el acontecimiento fuera futuro, bastaba con que fuera desconocido por las partes. El haber establecido solamente este desconocimiento subjetivo como requisito de las condiciones en el ordenamiento citado, tal vez se debió a que en esa época era una situación posible, lo cual, en la actualidad y en virtud de toda la información que fluye en los medios de comunicación, es cada vez más difícil.

Adicionalmente, el derecho debe establecer siempre normas sustentadas en bases objetivas⁵ para evitar, en lo posible, abusos o interpretaciones inadecuadas.

Ahora bien, si la condición⁶ es un acontecimiento futuro e incierto, la incertidumbre radica en su realización, razón por la cual Domínguez Martínez define la condición correctamente al señalar que es “un acontecimiento futuro de cuya realización siempre incierta depende la existencia o la resolución de los efectos de un negocio jurídico”.

II. TIPOS DE CONDICIÓN

Si bien en los apartados posteriores analizaremos otras clasificaciones de las condiciones, lo cierto es que en esta materia existe una clasificación fundamental derivada de las consecuencias que producen, de tal suerte que existen dos tipos de condiciones: suspensiva y resolutoria.⁷

⁴ Para consultar las disposiciones de este Código, véase MACEDO, Miguel S., *Datos para el estudio del nuevo Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, Promulgado el 31 de marzo de 1884. Documentos oficiales relativos a la reforma del Código Civil y notas comparativas del nuevo Código con el Código de 1870*, México, Imprenta de Francisco Díaz de León, 1884.

⁵ “La decisión del legislador debe ser una decisión justificada, ya que la producción del derecho es concebida en la cultura jurídica actual como una actividad racional orientada hacia objetivos, lo cual obliga a que, al promulgar una norma jurídica, el legislador determine no sólo la finalidad de la misma sino también los medios jurídicos adecuados para conseguir el objetivo perseguido”. DE LA ROSA JAIMES, Verónica, “Comentario jurisprudencial. Tesis de jurisprudencia núm. 130/2007. Límites al legislador: principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica”, *Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, núm. 3, 2006, p. 178.

⁶ “[...] la característica por antonomasia de la condición es la incerteza del acontecimiento, ya que en palabras de Cornil: ‘le caractère propre de la condition reside dans l’incertitude objective de l’événement choisi comme condition’”. CRUZ MARTÍNEZ, Mario, “Algunas reflexiones sobre la condición”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 100, enero-abril, 2001, nueva serie, año XXXIV, p. 107.

⁷ Sobre las condiciones suspensivas y resolutorias se puede consultar POTHIER, Robert Joseph, *Tratado de las obligaciones*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2002, pp. 117 y ss.

A. CONDICIÓN SUSPENSIVA

El Código Civil señala en su artículo 1939 que “la condición es suspensiva cuando de su cumplimiento depende la existencia de la obligación”. Sin embargo, pese a la claridad del precepto, existen tres posturas doctrinales al respecto:

1. *La suspensión del nacimiento de la obligación⁸ o postura tradicional*

Esta postura —que denomino la tradicional— es la que sigue la mayor parte de la doctrina y se fundamenta en el artículo 1939 antes transcrito.

Con base en lo anterior, se establece que en un primer momento surge el acto jurídico⁹ donde se pacta la condición suspensiva, momento en el cual la obligación aún no existe.

Después de celebrar el acto jurídico y durante todo el tiempo en que la condición está pendiente de cumplirse, surge un segundo momento, denominado “pendencia”, donde la obligación no existe; su existencia depende del cumplimiento de la condición.¹⁰

Por último, si la condición se cumple por regla general (veremos más adelante las excepciones a esta regla), surge o nace la obligación de manera retroactiva desde la fecha de la celebración del acto jurídico.¹¹

⁸ Sobre la definición, características y fuentes de la obligación, BOUVIER HERNÁN, G., *Obligación jurídica*, op. cit., pp. 76 y ss.; TOPASOI FERRETI, Aldo, *Derecho romano patrinomia*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, pp. 113 y ss.; POTHIER, Robert Joseph, op. cit., y AGUILAR GUTIÉRREZ, Antonio; DÉRBEZ MURO, Julio, *Panorama de la legislación civil en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, Instituto de Derecho Comparado, Imprenta Universitaria, 1960, pp. 77 y ss.

⁹ “El acto, en sentido jurídico, supone un hecho humano producido por voluntad consciente y exteriorizada. Cuando el acto produce, conforme a las disposiciones del derecho objetivo, un efecto jurídico es llamado acto jurídico. Éste es estrictamente el resultado de la conducta del hombre; pero no de cualquier conducta, sino de aquella que ‘intencionalmente ha querido y buscado la realización de las consecuencias jurídicas que se dan’”. LASTRA LASTRA, José Manuel, *Conceptos jurídicos fundamentales. Liber ad honorem Sergio García Ramírez*, t. I, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998, pp. 409 y 410.

¹⁰ “En cualquiera de las variantes, suspensiva o resolutoria. Los romanos utilizan la expresión *condicio pendet* para referirse a la situación de incertidumbre”. CRUZ MARTÍNEZ, Mario, “Algunas reflexiones...” op. cit., p. 111.

¹¹ Se ha afirmado que “uno de los problemas más interesantes planteados por el estudio del negocio condicional en el derecho romano, es el de precisar la retroactividad o irretroactividad de sus efectos al cumplirse la condición”. *Ibidem*, p. 118.

2. *Suspensión de exigibilidad*

Esta teoría la cita Gutiérrez y González,¹² siguiendo las ideas de Kelsen y Ennecerus, y se fundamenta en varios artículos del Código Civil. Señala que desde que se celebra el acto jurídico nace la obligación y lo único que queda pendiente es el efecto de la exigibilidad de la misma. De tal suerte que la obligación nace, pero el acreedor no puede exigirle al deudor su cumplimiento. Al efecto, los exponentes de dicha teoría citan los siguientes fundamentos:

A. El artículo 1942 del Código Civil,¹³ que señala:

En tanto que la condición no se cumple, el deudor debe abstenerse de todo acto que impida que la obligación pueda cumplirse en su oportunidad.

El acreedor puede, antes de que la condición se cumpla, ejercitar todos los actos conservatorios de su derecho.

Al respecto apuntan que de la redacción de dicho artículo se desprende que la obligación ya existe en virtud de que:

- a. El deudor debe abstenerse de todo acto que impida que la obligación pueda “cumplirse” en su oportunidad por lo que la obligación ya existe, ya que, si ésta no existiera, la redacción de dicho artículo sería que el deudor debe abstenerse de todo acto que impida que la obligación “surja”.
- b. En el segundo párrafo se señala que el acreedor puede ejercitar todos los actos conservatorios de su derecho. De tal suerte que si el acreedor tiene un derecho se debe a que ya nació la obligación, pues toda obligación del lado activo es un derecho personal o de crédito del acreedor.¹⁴
- c. Por último, los exponentes de esta teoría señalan que el artículo habla de acreedor y deudor y que estos, al ser elementos personales de una obligación, solo pueden existir si existe la misma.

¹² GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, Editorial Porrúa, México, 2002.

¹³ En relación con el tema, se puede consultar, GONZÁLEZ ALCÁNTARA, Juan Luis (coord.), *Código Civil... op. cit.*, p. 95.

¹⁴ “Los derechos personales o de crédito son facultades en virtud de las cuales una persona llamada acreedor, puede exigir de otra, denominada deudor, un hecho, una abstención o la entrega de una cosa”. CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Conceptos jurídicos fundamentales y división tradicional de la dogmática jurídica*, Introducción al estudio del Derecho, colección Cultura Jurídica, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2009, p. 199.

B. El primer párrafo del artículo 1947 señala que “la obligación contraída bajo la condición de que un acontecimiento no se verifique en un tiempo fijo, será exigible si pasa el tiempo sin verificarse”.

Con base en este numeral, los exponentes de esta postura señalan que queda demostrado que la obligación ya nació y que del cumplimiento de la condición solo depende la exigibilidad, ya que claramente el artículo preceptúa que “será exigible”, puesto que, si la obligación no hubiera nacido, el artículo tendría que señalar que la obligación “nacería” si pasó el tiempo sin verificarse el acontecimiento cuya realización es la condición.

C. En las fracciones I y IV del artículo 1948, se regula qué sucede cuando está pendiente de cumplirse una condición suspensiva y en ese tiempo se perdiere, deteriorase o bien se mejorare la cosa:

Quando las obligaciones se hayan contraído bajo condición suspensiva y, pendiente ésta, se perdiere, deteriorare o bien se mejorare la cosa que fue objeto del contrato, se observarán las disposiciones siguientes: I. Si la cosa se pierde sin culpa del deudor, quedara extinguida la obligación; IV. Deteriorándose por culpa del deudor, el acreedor podrá optar entre la resolución de la obligación o su cumplimiento, con la indemnización de daños y perjuicios en ambos casos [...] ¹⁵

Al respecto, quienes comparten esta postura señalan que la fracción I reconoce que la obligación ya existe, ya que si la cosa se pierde sin culpa del deudor se extingue. Señalando que no puede extinguirse una obligación que no existe.

En la fracción IV se establece que cuando la cosa se deteriora por culpa del deudor, el acreedor puede optar por la resolución de la obligación, lo que implica que la obligación ya existe porque de lo contrario no podría resolverse.

D. Por último, los seguidores de esta postura señalan que, en materia de novación, ¹⁶ el artículo 2216 regula la posibilidad de novar una obligación

¹⁵ El texto completo de este artículo se puede consultar en “Instituto de Investigaciones Jurídicas”, *Código Civil para el Distrito Federal*, 2009, página revisada por última vez el 28 de junio de 2016, <http://www.uhu.es/ruta/index.php?padre=59&abuelo=57&subsec=0>

¹⁶ “La novación, en nuestro derecho, puede ser objetiva o subjetiva. En el primer caso, la mutación es referida al objeto de la obligación o bien, a sus condiciones esenciales. En consecuencia, ella puede residir en la alteración de la prestación de dar, de hacer o de omitir alguna conducta. El cambio de las condiciones esenciales del objeto debe residir en una modalidad que revista precisamente esta característica, como afectar una obligación simple a

sujeta a condición suspensiva, lo que implica que dicha obligación existe, ya que no es posible sustituir una nueva por una que nunca ha existido.

Aun cuando la obligación anterior esté subordinada a una condición suspensiva, solamente quedara la novación dependiente del cumplimiento de aquella, si así se hubiere estipulado.

Además de estos fundamentos legales, analizando la redacción de otros artículos, encuentro que el artículo 1941 pareciera reconocer que la obligación ya existe al referirse al efecto retroactivo, al señalar que, cumplida la condición, los efectos de la obligación se retrotraen por regla general a la fecha en que la obligación fue formada.

“Cumplida la condición se retrotrae al tiempo en que la obligación fue formada, a menos que los efectos de la obligación o su resolución, por la voluntad de las partes o por la naturaleza del acto, deban ser referidas a fecha diferente”.

Si bien pareciera que las cuestiones de semántica le dan la razón a esta teoría, no la comparto y al efecto señalaré solo dos críticas: la primera de ellas es la regular utilización en defensa de la teoría tradicional o de suspensión del nacimiento de la obligación y la segunda es una reflexión propia que considero muy sólida.

- 1) En relación con el artículo 1942, se considera que en la condición suspensiva la obligación no ha nacido, pero mientras está pendiente, el acreedor de la misma tiene una expectativa de un derecho y, por lo tanto, interés jurídico,¹⁷ de que el bien o el servicio que pueden ser objeto del derecho que surgiría, cumplida la condición no se pierda, menoscabe (en caso de ser un bien) o no deje de prestarse (en caso de ser un servicio). Adicionalmente, al acreedor derivado de la norma jurídica se le impone un deber jurídico de abstenerse de cualquier acto que pueda afectar que, en caso de surgir la obligación, ésta no se cumpliera.
- 2) Respecto de esta postura de suspensión de exigibilidad en una obligación, tengo la siguiente crítica: si aceptamos esta posibilidad tendría que señalar que la obligación nació, y mientras la condición no se

condición suspensiva o resolutoria, porque la simple alteración del término o plazo no acarrea consigo la naturaleza esencial que la institución exige”. MÁRQUEZ GONZÁLEZ, José Antonio, *Definición de novación*, en *Diccionario Jurídico Mexicano*, t. VI, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1984, p. 266.

¹⁷ “El interés jurídico lo podemos definir como aquél derecho subjetivo derivado de la norma jurídica que permite a su titular acudir ante la autoridad competente para reclamar el cumplimiento de un derecho o de una obligación a cargo de una persona o del Estado”. CASTREJÓN GARCÍA, Gabino Eduardo, *El interés jurídico y legítimo en el sistema de impartición de justicia*, en *Aída. Opera Prima de Derecho Administrativo*, México, núm. 11, 2012, p. 46.

cumpla, no sería exigible; lo que me lleva a los siguientes cuestionamientos: ¿Qué pasa si la condición nunca se cumple y ya no puede cumplirse? En ese caso, ¿sería posible señalar que pueden existir obligaciones que nunca serían exigibles?

Afirmar lo anterior sería absurdo, ¿puede un acreedor tener un derecho que jamás podrá ejercitar? El concepto de derecho personal o de crédito¹⁸ es la facultad que tiene el acreedor de exigir al deudor una prestación consistente en dar o hacer o una abstención consistente en un no hacer.¹⁹ Con base en lo anterior, nos damos cuenta de que no puede separarse definitivamente la exigibilidad de la obligación, con las obligaciones a plazo, la exigibilidad se suspende solo temporalmente.

Gutiérrez y González, al analizar semánticamente los artículos del Código Civil y exponer su seductora doctrina, no tomó en cuenta la posibilidad de que la condición no se cumpliera, lo que llevaría al absurdo de que existieran obligaciones que nunca pudieran exigirse, con independencia de la modificación patrimonial que implica el nacimiento de una obligación, ya fuera para el acreedor o para el deudor.

Con base en lo anterior, afirmo que una obligación no puede perder definitivamente la exigibilidad, lo que sería factible de suceder si se aceptara la teoría de la suspensión de la exigibilidad de Gutiérrez y González.²⁰

3. *Suspensión del nacimiento del acto jurídico*

Esta teoría solo la menciono puesto que las críticas son evidentes: si no existiera el acto jurídico,²¹ no existiría la condición de la cual depende, porque está pactada precisamente en ese acto jurídico.

B. CONDICIÓN RESOLUTORIA

El Código Civil establece en su artículo 1940 que “la condición es resolutoria cuando cumplida resuelve la obligación, volviendo las cosas al estado que tenían, como si esa obligación no hubiere existido”.

¹⁸ García Máynez señaló que los derechos *personales* o de crédito consisten en la facultad del acreedor de exigir al deudor un hecho, una abstención o la entrega de una cosa. *Introducción al estudio del Derecho*, 45a. ed., Editorial Porrúa, México, 1993, p. 214.

¹⁹ “El C.C. le atribuye a esta clasificación una importancia capital, ya que sobre ella modela el efecto de las obligaciones”. SÁNCHEZ CORDERO DÁVILA, Jorge A., *op. cit.*, p. 77.

²⁰ Al respecto, *cfr.* GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *op. cit.*

²¹ SÁNCHEZ CORDERO DÁVILA, Jorge A., *op. cit.*, 1981, p. 82.

En la condición resolutoria, la obligación nace al celebrarse el contrato y existe siendo exigible mientras la condición no se cumpla y, en caso de que se cumpla, la obligación se destruye retroactivamente volviendo las cosas al estado que tenían antes de su nacimiento.

Precisamente es este efecto resolutorio el que le da nombre a este tipo de condición, el cual no es exclusivo de la condición resolutoria, y que encontramos también en la rescisión de los actos jurídicos,²² pero es fundamental no confundir la condición resolutoria con la rescisión.²³

III. RETROACTIVIDAD

El artículo 1941 del Código Civil establece como regla general que, cumplida la condición por un efecto retroactivo, se entenderá en la condición suspensiva que la obligación nace desde la celebración del contrato y

²² Antonio Aguilar Gutiérrez, en “Síntesis del Derecho Civil”, ha dicho que “si la nulidad de un acto jurídico se remonta al tiempo de su celebración, la rescisión es por el contrario una circunstancia que surge cuando una obligación, válidamente formada, tropieza con circunstancias que impiden su cumplimiento. A diferencia de lo que sucede en otras legislaciones, que distinguen claramente las diversas hipótesis que pueden impedir la ejecución de una obligación, disolviéndola y extinguiéndola antes de su cumplimiento normal, en la mexicana surgida a partir del Código de 1928, no se regula de manera sistemática la rescisión, ni se la distingue de la resolución, etcétera”.

²³ En “La rescisión y otras ineficacias funcionales del acto jurídico”, Roberto Garzón dice lo siguiente:

“...En cuanto a la naturaleza jurídica de la rescisión se ha señalado que es la de una condición resolutoria, lo cual han sostenido autores como Pothier, García Goyena, Bonnacase, Hernald Laurent y Planiol. Sin embargo, no comparto esa postura por las siguientes razones:

a) Las condiciones que para cumplirse dependen de la exclusiva voluntad del deudor, anulan la obligación que de ellas depende (artículo 1944 del Código Civil para el Distrito Federal), lo que provocan que todas las obligaciones bilaterales serán nulas, ya que si consideramos que la obligación está sujeta a la condición resolutoria consistente en el incumplimiento del deudor actualizaríamos lo establecido en la ley llevándonos a la absurda conclusión que cite anteriormente.

b) En las condiciones resolutorias una vez realizado el acontecimiento futuro se resuelve la obligación y en el pacto comisorio al darse el incumplimiento la parte cumplidora puede elegir entre resolver la obligación (rescisión) o el cumplimiento forzado de la misma.

c) La condición resolutoria se puede establecer en cualquier tipo de contrato, y el pacto comisorio sólo se actualiza en los contratos bilaterales de ejecución instantánea.

d) Los daños y perjuicios sólo se actualizan en el pacto comisorio, más no en la condición resolutoria.

e) La condición es una cláusula accesoria al contrato, el pacto comisorio en los contratos bilaterales es una cláusula natural...”

en la condición resolutoria que el efecto extintivo destruirá la obligación como si ésta no hubiere existido.

“Cumplida la condición se retrotrae al tiempo en que la obligación fue formada, a menos que los efectos de la obligación o su resolución, por la voluntad de las partes o por la naturaleza del acto, deban ser referidas a fecha diferente”.

Sin embargo, ésta es la regla general, pero el artículo antes citado establece que hay excepciones a este efecto retroactivo y éstas se derivan de la naturaleza del acto o de la voluntad de las partes.²⁴

Respecto de “la naturaleza del acto”, existen diversos actos o situaciones jurídicos que impiden este efecto retroactivo. A continuación, mencionaré solo algunos ejemplos:

En el caso de un contrato de arrendamiento sujeto a condición resolutoria, cumplida la condición, no se destruyen retroactivamente las obligaciones derivadas del mismo, ya que el arrendatario ya usó y disfrutó de la cosa y pedirle al arrendador que devuelva las rentas sería inequitativo. Por lo anterior, en los contratos de tracto sucesivo no es posible que se dé el efecto retroactivo, lo mismo sucede con la rescisión,²⁵ razón por la cual se le denomina resciliación a la destrucción de ese acto jurídico.²⁶

Otro ejemplo sería que se celebrara un contrato de compraventa en el cual el comprador fuera un extranjero y el inmueble se ubicara fuera de la

²⁴ Al respecto, véase AZÚA REYES, Sergio, *La esencia de la voluntad contractual*, en “Un siglo de Derecho civil mexicano. Memoria del II Coloquio Nacional de Derecho Civil”, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1985, pp. 171 y ss. Asimismo: RICO ÁLVAREZ, Fausto; GARZA BANDALA Patricio, *Sobre la declaración unilateral de las partes como fuente de las obligaciones*, en Adame Goddard, Jorge (coord.), “Derecho civil y romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados”, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, pp. 263 y ss.

²⁵ Así, por ejemplo, en la tesis con número de registro 270834, del *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, sexta época, tercera sala, volumen LVII, cuarta parte, p. 133, que versa sobre RESICIÓN, EFECTOS DE LA OBLIGACIÓN DE TRACTO SUCESIVO, se señala que: “No es verdad que la rescisión engendre en todo caso el efecto de restituir las cosas al estado que antes tenían, sino que tratándose de obligaciones de tracto sucesivo, la rescisión no se produce con el efecto de deshacer lo hecho con anterioridad de modo que lo recibido a cuenta de lo principal tuviera que ser restituido. Por consecuencia, tratándose de actos de tracto sucesivo, como es el pago de los abonos, no opera la retroactividad de la rescisión en cuanto a la garantía hipotecaria, en tanto la suma prestada no se reintegre”. Amparo directo 4795/60. Arcelia Zavala de Aguirre y coagraviado. 14 de marzo de 1962. Cinco votos. Ponente: José Castro Estrada.

²⁶ *Idem*.

zona restringida, y dicha adquisición se sujetara a la condición suspensiva consistente en la presentación del escrito del extranjero con las renunciaciones y protestas a que se refiere el artículo 27 constitucional y el 10 de la Ley de Inversión Extranjera. Una vez obtenido y realizada la adquisición del inmueble, no pudiere tener efecto retroactivo, ya que esto sería violatorio de la Constitución; en ese caso debe entenderse por la naturaleza del acto que el extranjero adquiere hasta que presentó el escrito sin efecto retroactivo.

En cuanto a la “voluntad de las partes”, puede aceptar el efecto retroactivo o bien referir el nacimiento o resolución de la obligación a una fecha distinta. Ésta puede ser incluso posterior al cumplimiento de la condición, lo cual es importante hacerlo notar porque puede facilitar cierto tipo de transacciones.

En relación con los efectos retroactivos en doctrina, se señala que la retroactividad se deriva: 1) de la confirmación de un derecho, 2) de la fuerza de la voluntad o 3) es una ficción legal.

Tratándose de la condición suspensiva, lo más acertado es que la obligación o derecho de crédito no existe hasta que la condición se cumple, y en el caso de la condición resolutoria concluimos que el derecho se extingue, por lo cual en ese caso no podemos señalar la confirmación de un derecho.

Sin embargo, este efecto retroactivo se deriva tanto de la voluntad como de la ley. Es, pues, la autonomía de la voluntad de las partes²⁷ la que puede establecer una condición y señalar a qué fecha se van a referir los efectos, los cuales serán, por disposición supletoria de la ley, retroactivos a la fecha en que se celebró el acto jurídico. Esta retroactividad es evidentemente una ficción del derecho, pero oponible a terceros, ya que desde que el acto jurídico se celebró, se estableció ese efecto y, derivado del principio de oponibilidad de los contratos, se hace valer frente a terceros.

²⁷ Se ha definido a la autonomía de la voluntad como “la libertad de que gozan los particulares para pactar los contratos que les plazcan, y de determinar su contenido, efectos y duración”, y señala que esta voluntad es soberana, que el contrato nace del acuerdo de voluntades”. ALESSANDRI, Arturo, *De los contratos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, s.f., p. 11. Asimismo, para profundizar sobre autonomía de la voluntad, *cf.* BENEDETTI, G., “L’interpretazione dell’atto di autonomia privata tra teoria generale e dogmatica nel pensiero di E. Betti. Un Paradosso”, *L’ermeneutica giuridica di Emilio Betti*, Milán, Giuffrè, 1994, pp. 7 y ss; GARCÍA CASTILLO, Tonatiuh, “Reflexiones en torno a la Teoría general del contrato”, *Revista de Derecho Privado*, nueva época, año VII, núm. 21-22, septiembre de 2008-abril de 2009, pp. 41 y ss.; y Blanquet Uberos, Roberto, “Nuevos esquemas contractuales”, *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, México, núm. 92, 1985, pp. 38 y ss.

IV. ESPECIES DE CONDICIONES

Las condiciones suspensivas y resolutorias pueden ser de distintos tipos según se establezcan y, por una cuestión metodológica, estas maneras de manifestarse son las siguientes:

A. POSITIVAS Y NEGATIVAS

Una condición positiva implica el que suceda algún acontecimiento, se dé una cosa o se haga un servicio; mientras que la negativa es a la inversa: que no suceda el acontecimiento, no se haga una cosa o no se haga un servicio.²⁸

B. POTESTATIVA, CASUAL Y MIXTA

La condición potestativa²⁹ es la que depende de la voluntad de una de las partes. En este caso el Código Civil señala que no es válida y anulará la obligación que dependa de la exclusiva voluntad del deudor.

En el caso de la condición casual, su realización no depende de ninguna de las partes sino de un tercero o de la naturaleza.

En la mixta, la realización de la condición depende de una de las partes o de la naturaleza, o de una de las partes o un tercero o, también, de la naturaleza, terceros y una de las partes. En este caso, considero que deberá considerarse que, si depende del deudor, aunque no sea en su totalidad, tampoco debe de ser válida.

Del artículo 1944, “cuando el cumplimiento de la condición depende de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula”, se desprende que cuando el cumplimiento dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación es nula, razón por la que se ha considerado que se

²⁸ Al respecto, Mario Cruz Martínez, dice: “Una de las más importantes es la de condiciones positivas y condiciones negativas. Esta distinción se funda en la verificación o no de un cambio en el estado actual de las cosas. Si el acontecimiento establecido como condición constituye un cambio real, y por tanto éste produce la entrada en vigor del negocio, estamos ante una condición positiva. Por otra parte, si las partes establecen como fundamental un no-cambio en el negocio, encontramos la condición negativa. Tenemos que destacar que para determinar si la condición es positiva o negativa, no es necesario atender a la formulación de la cláusula, en términos positivos o negativos. Se tiene que observar la sustancia del acontecimiento”. (*Op. cit.*, p. 112)

²⁹ Un panorama general sobre las condiciones potestativa, causal y mixta se puede encontrar en RICO ÁLVAREZ, Fausto; GARZA BANDALA Patricio; COHEN CHICUREL, Mischel, *Compendio de Derecho de las obligaciones*, Editorial Porrúa, México, 2014, pp. 238 y ss.

refiere a la potestativa; sin embargo, considero que la condición mixta no está excluida de la prohibición, puesto que la voluntad del deudor es necesaria para que se cumpla la condición, ya que sí se actualiza la parte que corresponde a la naturaleza o al tercero. Para su cumplimiento se requerirá del deudor, lo que provoca que dependa exclusivamente de él.

C. LÍCITA O ILÍCITA

Se entiende que la condición es lícita cuando no está prohibida por la ley y es conforme a las buenas costumbres, mientras que la condición sería ilícita en el supuesto inverso. Las condiciones ilícitas anulan la obligación que de ellas dependa y, en su caso, el acto jurídico si de éste solo emana esa obligación.

Art. 1943.—Las condiciones imposibles de dar o hacer, las prohibidas por la ley o que sean contra las buenas costumbres, anulan la obligación que de ellas dependa. La condición de no hacer una cosa imposible se tiene por no puesta.

Al respecto considero conveniente suprimir el requisito de conformidad con las buenas costumbres para calificar la licitud, ya que dicho criterio es totalmente subjetivo y en la actualidad cada vez se toma menos en cuenta.

D. POSIBLE E IMPOSIBLES

La condición es posible cuando el bien puede darse y el servicio puede hacerse, pero también cuando es posible dejar de hacerlo. La posibilidad se actualiza cuando el acontecimiento puede realizarse, ya sea por el contratante o por un tercero.

Las condiciones imposibles³⁰ serían aquellas en las cuales nadie puede dar la cosa o hacer o dejar de hacer un hecho. En este caso, el artículo 1943 del Código Civil deberá reformarse porque no distingue entre condición suspensiva y resolutoria y el efecto es el inverso.

Por ejemplo, si alguien establece que dona a un hijo su coche sujeto a la condición suspensiva de que vuele por sí mismo, es evidente que no quiere donarlo; en cambio, si dicha donación estuviera sujeta a la condición resolutoria de que vuele, es evidente que sí quiere hacerlo.

³⁰ “De acuerdo con la doctrina clásica —dice Mario Cruz Martínez— estamos frente a la condición imposible, cuando el evento condicionante dista del orden natural de las cosas (Gai 3, 98). Así pues, el evento futuro es imposible originaria y permanentemente, y por tanto hace el contrato nulo” (*Op. cit.*, p. 117).

El citado artículo señala que la condición imposible de dar o de hacer anulan la obligación que de ellas dependa, y las imposibles de no hacer se tienen por no puestas, lo cual es correcto en las condiciones suspensivas, pero en las resolutorias debe de ser exactamente a la inversa; es decir, las imposibles de dar y hacer se tienen por no puestas y las imposibles de no hacer anulan la obligación.

Ahora bien, creo que también sería técnico en la suspensiva no decir que anulan la obligación que de ellas depende, ya que dicha obligación no ha nacido; por lo tanto, no puede anularse algo que no existe, deberá decirse que se anula el acto jurídico si solo surge una obligación o, en su caso, la cláusula o parte del contrato si surgen otras obligaciones que no dependen de esa cláusula.

V. RIESGOS

En cuanto a los riesgos de la cosa, el artículo 1948 del Código Civil solo considera la condición suspensiva. No obstante, considero necesaria una reforma, ya que, tanto en la suspensiva como en la resolutoria, es indispensable esperar para determinar si la condición se cumple o no, y de esa manera determinar quién sufre la pérdida de la cosa:

Art. 1948.—Cuando las obligaciones se hayan contraído bajo condición suspensiva, y pendiente esta, se perdiere, deteriorare o bien se mejorare la cosa que fue objeto del contrato, se observaran las disposiciones siguientes: I. Si la cosa se pierde sin culpa del deudor, quedará extinguida la obligación; II. Si la cosa se pierde por culpa del deudor, éste queda obligado al resarcimiento de daños y perjuicios. Entendiéndose que la cosa se pierda cuando se encuentra en alguno de los casos mencionados en el artículo 2021; III. Cuando la cosa se deteriorare sin culpa del deudor, éste cumple su obligación entregando la cosa al acreedor en el estado en que se encuentre al cumplirse la condición; IV. Deteriorándose por culpa del deudor, el acreedor podrá optar entre la resolución de la obligación o su cumplimiento, con la indemnización de daños y perjuicios en ambos casos; V. Si la cosa se mejora por su naturaleza o por el tiempo, las mejores ceden en favor del acreedor; y VI. Si se mejora a expensas del deudor, no tendrá éste otro derecho que el concedido al usufructuario.

SOBRE LA OponIBILIDAD NATURAL Y REGISTRAL DE DERECHOS REALES Y PERSONALES, EN EL DERECHO CIVIL DE LA CIUDAD DE MÉXICO

Claudio Hernández de Rubín



I. INTRODUCCIÓN

Se leen trabajos doctrinales y resoluciones jurisprudenciales, de la misma forma que se escuchan algunas opiniones en las que sin más ni más se afirma que el derecho personal —a diferencia del derecho real—, no es oponible frente a terceros. ¿Realmente esto es así? ¿Qué debemos entender por oponibilidad entonces? Éstas son algunas de las principales interrogantes que guían la investigación de este trabajo. En él se analizan brevemente las nociones de derecho personal y derecho real, con el objeto de centrar la atención en la eficacia que naturalmente tienen frente a terceros, para posteriormente examinar y comparar los beneficios que el Registro Público de la Propiedad aporta a los mismos.

II. EL DEBER GENERAL DE RESPETO

A. JUSTIFICACIÓN TELEOLÓGICA

Una de las principales razones que justifica la existencia del Estado deriva de la necesidad de los seres humanos que conforman su sociedad, de encontrar en él las condiciones para vivir en un ambiente de paz y respeto, tanto de su persona como de sus bienes.¹

¹ El famoso Juan Jacobo Rousseau, en *El Contrato Social, principios de Derecho político*, escribió: “Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedez-

El ordenamiento jurídico —como un elemento esencial del Estado— es el instrumento a través del cual se cumple primordialmente tal finalidad, y es así como surgen los conceptos de paz y seguridad jurídicas.²

La seguridad puede establecerse respecto de los contenidos más dispares— como muestra la historia del Derecho—; pero dondequiera que haya Derecho, reconocemos a éste por constituir una función aseguradora de que una determinada conducta, independientemente de la voluntad hostil que pueda hallar, será impuesta y realizada, y de que los comportamientos contrarios serán hechos efectivamente imposibles.³

Al deber que tiene todo sujeto de derecho de abstenerse de interferir ilícitamente en la esfera jurídica de los demás, se le puede denominar “deber general de respeto”.

B. DESARROLLO TEÓRICO

Son muchos los doctrinarios que han analizado, desde el punto de vista jurídico, el deber general de respeto.⁴ A continuación se analizarán las ideas

ca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes. Tal es el problema fundamental cuya solución da el Contrato social.

Las cláusulas de este contrato están de tal suerte determinadas por la naturaleza del acto, que la menor modificación las haría inútiles y sin efecto; de manera, que, aunque no hayan sido jamás formalmente enunciadas, son en todas partes las mismas y han sido en todas partes tácitamente reconocidas y admitidas, hasta tanto que, violado el pacto social, cada cual recobra sus primitivos derechos y recupera su libertad natural, al perder la convencional por la cual había renunciado a la primera”.

² Según Hans Kelsen, “cuando el orden jurídico determina las condiciones bajo las cuales la coacción, como fuerza física, debe ser ejercida, así como los individuos que deben hacerla, protege a los individuos a él sometidos contra el uso de la fuerza por parte de otros individuos. Cuando esa protección alcanza cierta medida mínima se habla de seguridad colectiva, en cuanto es garantizada por el orden jurídico como orden social... La seguridad colectiva aspira a la paz, puesto que la paz es la ausencia del uso físico de la fuerza. En cuanto el orden jurídico determina las condiciones bajo las cuales debe seguirse el recurso de la fuerza, así como los individuos que la utilicen; en cuanto establece el monopolio de la coacción por la comunidad jurídica, pacifica a la comunidad que constituye, al eliminar la amenaza de la fuerza”. (“Teoría Pura del Derecho”, Editorial Porrúa, México, 2015, pp. 50-51).

³ RECASENS SICHES, Luis, *Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 2006, pp. 224-225.

⁴ “Esta figura... consiste en el margen de conducta libre y respetada de que dispone un sujeto, por virtud del deber que los demás tienen de abstenerse de todo comportamiento que perturbe o haga imposible dicha esfera de holgura en dicho sujeto. Propiamente, no se debe decir que se tiene el derecho de hacer esto o lo otro..., sino que se tiene el derecho a obrar

de Eduardo García Máynez, quien lo desarrolló como el deber correlativo del derecho de libertad.

El jurista mexicano comienza su análisis a partir de los que él denominó los “principios supremos de la lógica jurídica”, a saber: A) El principio de contradicción; y B) El principio de tercero excluido.

Respecto del principio de contradicción señaló: “Dos preceptos jurídicos se contradicen cuando —en iguales circunstancias— uno prohíbe y el otro permite a un sujeto la misma conducta”.⁵ Una aplicación de este principio sería la afirmación de que lógicamente en el ordenamiento jurídico una misma conducta, en igualdad de condiciones de espacio y tiempo, no puede estar permitida y prohibida a la vez.

Por lo que respecta al principio de tercero excluido, señaló que: “Cuando dos normas de derecho se contradicen, no pueden ambas carecer de validez”,⁶ por lo que “la conducta jurídicamente regulada solo puede hallarse prohibida o permitida”.⁷

El destacado jurista mexicano nos habla de tres tipos de conductas, a saber: A) Las Ordenadas; B) Las Prohibidas; y C) Las Facultativas.

En relación a las conductas ordenadas destaca que, si el ordenamiento jurídico impone a un determinado sujeto de derecho la realización de una conducta, los demás sujetos, lógicamente, están obligados a permitir que se realice.

Declarar que un acto está permitido, equivale a sostener que puede ejecutarse en *ejercicio de un derecho*. La relación entre el deber fundante y la facultad fundada no depende del arbitrio de los órganos legislativos, sino de conexiones esenciales de carácter formal entre deber y derecho. Sea cual fuere el contenido de las normas que integran cada sistema, los deberes estatuidos por ellas son en todo caso, por necesidad lógica esencial, fundantes del derecho al cumplimiento. Así es, y no puede ser de otra suerte, porque la conexión entre el deber fundante y el derecho de cumplirlo tiene carácter apriorístico. El legislador no podría destruir tal conexión, aunque quisiera, como no puede impedir que los ángulos de un triángulo sumen 180 grados, o que la distancia mínima entre dos puntos sea la línea recta.⁸

libremente, sin ser impedido, ni molestado por los demás dentro de los límites que el orden jurídico señala...” (*Ibid.*, pp. 234-235).

⁵ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción a la Lógica Jurídica*, Colofón, México, 1997, p. 27.

⁶ *Ibidem*, pp. 38-39.

⁷ *Ibidem*, p. 41.

⁸ *Ibidem*, p. 193.

Por lo que se refiere a las conductas prohibidas, señala que, si el ordenamiento jurídico impide a un sujeto la realización de una determinada conducta, los demás, lógicamente, están obligados a permitir que se omita.

El obligado tiene el derecho de no hacer lo que se le prohíbe. En cuanto *facultas omittendi*, existe *erga omnes*, pues la ley impone a todo el mundo la obligación de no exigir al titular aquello de que debe abstenerse. Este puede hacer uso de su derecho sin necesidad de reclamar nada a los sujetos pasivos, pues basta con que no interfieran en su conducta, para que tenga la posibilidad de ejercitar pacíficamente sus facultades legales. Pero también puede oponerse a quien pretenda exigir la ejecución de la conducta prohibida. Y, en este aspecto, su derecho aparece como *facultas exigendi*. Dada la índole del correspondiente deber, la exigibilidad de éste hállase condicionada por la comisión de cualquier acto violatorio. De aquí se sigue que sólo se puede reclamar el cumplimiento si alguien pretende que el titular haga lo que jurídicamente debe omitir.⁹

Y en cuanto a las facultativas, que conforman el derecho de libertad de los sujetos de derecho, destaca que cuando el ordenamiento jurídico faculta, los demás, lógicamente, están obligados tanto a permitir que se realice como a que se omita una determinada conducta.

Kelsen sostiene que la posibilidad de ejecutar u omitir los actos que no están ordenados ni prohibidos es un simple “reflejo” del deber impuesto a todo el mundo de *no impedir* que se ejecuten (si el sujeto quiere ejecutarlos) ni *exigir* que se ejecuten (si no quiere ejecutarlos). De acuerdo con la tesis del jefe de la Escuela Vienesa, *no tengo el derecho* de dar o no dar un paseo, porque el hacer o no hacer tal cosa sólo implica el disfrute de una situación creada por el cumplimiento de un deber jurídico impuesto a todos los demás. ¿Pero cómo —de no existir tal derecho— podría justificarse la imposición del deber de respeto? ¿Si no estoy facultado para hacer lo que todos los demás tienen el deber de no impedir, por qué se obliga a éstos a no estorbar *lo que no tengo el derecho de hacer*? Se ha sostenido que lo único a que tenemos derecho, en relación con los actos cuya ejecución u omisión no se nos ordena ni prohíbe, es a exigir que los demás no interfieran en nuestra conducta, si no hay una norma que expresamente autorice la interferencia. Según esto, tenemos el derecho de exigir que no se nos impida pasear por un parque, pero no estamos facultados para dar el paseo, pese a la circunstancia de que todos los demás están obligados a no estorbar esa manifestación de nuestra actividad libre. Pero si no tengo el derecho de pasear por el parque, ¿cómo es que se me otorga la facultad de repudiar cualquier impedimento? Dícese que puedo jurídicamente exigir que no se me impida pasear porque los demás están obligados a no estorbarme que lo haga. De

⁹ *Ibidem*, p. 195.

acuerdo con esta opinión, el derecho correlativo al deber que los otros tienen de no impedirme que pasee, no es el de pasear, sino el de exigir que ello no se me impida. *Esto equivale a declarar que tengo el derecho de exigir que otros se abstengan de impedirme que haga lo que no tengo el derecho de hacer.* A tan extraña conclusión sólo puede llegarse cuando se olvida que la facultad correlativa de la obligación universal es un derecho absoluto y que éste puede ser ejercitado sin necesidad de exigir nada a los sujetos pasivos. Cuando alguno de los obligados fala al cumplimiento de su obligación, el titular de la facultad correlativa puede exigir la remoción del impedimento. La exigibilidad del deber de respeto depende de la comisión del acto violatorio; pero el citado deber existe desde un principio, y, en este sentido, el derecho correlativo aparece como *facultas exigendi*.¹⁰

Estos mismos principios son aplicables a los derechos absolutos y relativos, de los cuales, tradicionalmente se reconoce que son especie los derechos reales y personales, respectivamente.

El de libertad puede fundarse en un derecho absoluto o en un derecho relativo, pero siempre conserva su carácter absoluto. Pongamos un par de ejemplos: el propietario de un edificio no sólo tiene el derecho de venderlo, sino el de optar entre hacer y no hacer tal cosa. El comprador de un reloj tiene el derecho de exigir que éste se le entregue y, además, el de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de la facultad fundante. En el primer caso el derecho independiente es absoluto; en el segundo, relativo. La facultad fundada es absoluta en ambos...

La violación del deber de respeto, correlativo de tal facultad, puede asumir dos formas distintas. Si la libertad jurídica se manifiesta como ejercicio del derecho de primer grado (esto es, como *facultas agendi*), el correspondiente deber consiste en no impedir el ejercicio de la facultad fundante; si se manifiesta en el no ejercicio (esto es, como *facultas omittendi*), el deber correlativo consiste en *no exigir* el ejercicio del derecho independiente.¹¹

C. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

El deber general de respeto consiste en el deber jurídico de terceros de no interferir en la realización de cualquier conducta permitida por el ordenamiento jurídico. Sus principales características son las siguientes:

A. Es universal o general, pues se halla en la totalidad de las materias que conforman el ordenamiento jurídico. Es sujeto activo de él toda persona que pueda o deba realizar una conducta relevante para el derecho.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 203 y ss.

¹¹ *Ibidem*, pp. 210-211.

En algunas ocasiones se pasa por alto su existencia, pues al encontrarse presente en la totalidad de las relaciones jurídicas, se trata de evitar una multiplicación de los elementos de las mismas y se da por sentada su existencia. Son fuente de él tanto los derechos subjetivos de derecho público como los de derecho privado.¹²

B. Es absoluto, ya que los sujetos pasivos del mismo son la totalidad de los sujetos de derecho distintos a su titular.

C. Su objeto es únicamente una abstención, por lo que no cobra relevancia sino hasta el momento de su incumplimiento.

D. Es fundado porque tiene como causa cualquier conducta jurídica relevante para el ordenamiento jurídico. El deber general de respeto no genera a su vez, deber general de respeto.

E. Es de carácter extrapatrimonial, ya que no sirve como garantía en caso de incumplimiento de obligaciones, principal finalidad del patrimonio.

D. DIFERENCIA ENTRE EL DERECHO PERSONAL Y EL DERECHO REAL

1. *Concepto de derecho personal*

Existe un amplio consenso en la doctrina a propósito de los elementos esenciales del derecho personal, definiéndolo como la facultad por virtud de la cual un sujeto llamado acreedor puede exigir de otro llamado deudor una prestación de dar, hacer o no hacer apreciable en dinero.¹³

¹² “Sin embargo, no es corriente hablar, en caso de la obligación de omisión de determinadas acciones, como el de la obligación de omitir matar, robar, etcétera, de un derecho o pretensión jurídica a no ser muerto, no ser robado, etcétera. En el caso de la obligación de no hacer frente a determinada conducta correspondiente a la conducta de omisión obligatoria, se habla de “disfrutar” o “gozar” del derecho, sobre todo, se habla de goce de un derecho cuando se trata de que el obligado admita que el otro use, consuma o, inclusive destruya determinada cosa.

Pero esta situación de hecho designada como “derecho” o pretensión jurídica de un individuo, no es otra cosa que la obligación del otro, o de los otros. Si se habla, en este caso, de un derecho subjetivo, o de la pretensión jurídica de un individuo, como si ese derecho o pretensión fuera algo distinto de la obligación del otro, o de los otros, se crea la apariencia de dos situaciones jurídicamente relevantes, cuando sólo se da una. La situación objetiva en cuestión queda descrita exhaustivamente con la descripción de la obligación jurídica del individuo (o individuos) de comportarse de determinada manera frente a otro”. (KELSEN, *op. cit.*, p. 140).

¹³ El concepto de derecho personal ha sido ampliamente estudiado por distintos doctrinarios y rebasa los límites de este trabajo hacer un análisis mayor de los elementos y estruc-

2. Concepto de derecho real

Por el contrario, el concepto de derecho real es sumamente controvertido.¹⁴ En las presentes líneas no se pretende agotar la exposición de la totalidad de las ideas divergentes a propósito del mismo, sino únicamente abordar las de mayor aceptación con la finalidad de diferenciarlo del derecho personal.

Se propone como concepto el siguiente: facultad por virtud de la cual el titular puede aprovecharse económicamente de un bien con las limitaciones y en las modalidades permitidas por el ordenamiento jurídico, imponiendo a todos los demás un deber general de abstención.

Se señala como género próximo del concepto de derecho real el de facultad, con el objeto de destacar que se trata de un derecho subjetivo, concretamente de derecho privado.

Es común que algunos doctrinarios destaquen que dicha facultad puede ejercerse tanto: A) De manera directa e inmediata, como ocurre en los derechos reales denominados de primer grado o principales; como: B) Indirecta y mediata, como ocurre en los llamados derechos de segundo grado, accesorios o de garantía.¹⁵ En estos últimos podría decirse que el aprovechamiento

tura de dicha figura. Sugerimos al lector remitirse a dichos trabajos. Al respecto véase DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil, Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez*, PLANIOL, Marcel; RIPERT Georges, *Tratado Práctico de Derecho Civil*, traducción de Mario Díaz Cruz, t. VI (Primera parte) y t. VII (Segunda parte), Cuba, "Cultural", 1945; GAUDEMET, Eugene, *Teoría General de las Obligaciones*; BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*; RICO ÁLVAREZ, Fausto, GARZA BANDALA, Patricio y COHEN CHICUREL, Mischel, *Tratado Teórico-Práctico de Derecho de Obligaciones*.

¹⁴ Para mayor información véase: DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 218-219; PLANIOL y RIPERT, *Tratado*, t. III, *op. cit.*, pp. 42 y ss.; BONNECASE, Julien, *Elementos del Derecho Civil*, traducción de M. Cajica, José, t. I, Cárdenas Editor Distribuidor, México, 2002, pp. 622-626; ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano. Bienes, Derechos Reales y Posesión*, Porrúa, México, 1998, pp. 27 y ss.; GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto y DE LA MATA PIZAÑA, Felipe, *Bienes y Derechos Reales*, Editorial Porrúa, México, 2014, pp. 17 y ss; MORINEAU, Óscar, *Los Derechos Reales y el Subsuelo en México*, UNAM-FCE, México, 1997, pp. 22 y ss.; ALESSIO ROBLES, Miguel, "Temas de Derechos Reales", Editorial Porrúa, México, 2006, pp. 13-16.

¹⁵ Los derechos reales de garantía regulados por el Código Civil son:

"Artículo 2856.—La prenda es un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago".

"Artículo 2893.—La hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley".

consiste en la posibilidad de realización económica del valor del bien, condicionada por el incumplimiento de una obligación garantizada.

También suele destacarse que el aprovechamiento económico que corresponde al titular puede ser tanto total como parcial. En el concepto se opta por señalar que dicha facultad consiste en aprovecharse económicamente de un bien con las limitaciones y modalidades que brinda el ordenamiento jurídico, con el objeto de resaltar que tal aprovechamiento está sujeto a múltiples posibilidades (términos, condiciones, limitaciones, modalidades, desmembramientos, accesoriedad, etcétera).

Algunos doctrinarios señalan que, en adición al titular y al sujeto pasivo universal, también existen sujetos individualizados a quienes se les imponen derechos y deberes específicos como consecuencia del derecho real.¹⁶ Si bien es cierto los mismos pueden existir, al no presentarse en todo momento, no forman parte de la estructura fundamental del derecho real.

Características distintivas entre el derecho personal y el derecho real

Son muchas las características que diferencian al derecho personal del derecho real, pero las principales —y de las cuales derivan todas las demás— son las que se refieren a sus objetos y sujetos.

a) En cuanto a su objeto

1. Derecho personal

El objeto del derecho personal consiste en la conducta de dar, hacer o no hacer susceptible de apreciación económica que puede exigir el acreedor al deudor.

Derivado del carácter esencialmente bilateral del derecho, dicho objeto puede analizarse desde dos perspectivas: una activa, desde la que aparece como la facultad de exigir una conducta; y una pasiva, como el deber correlativo de dicha facultad, por virtud la cual se debe dar, hacer o no hacer.

2. Derecho real

Este objeto también puede analizarse desde dos perspectivas: una activa, que consiste en la facultad del titular de aprovecharse económicamente el bien; y una pasiva, que corresponde al deber correlativo a dicha facultad por virtud, la cual todos los sujetos distintos del titular deben abstenerse de

¹⁶ Planiol y Rimert dicen: “En definitiva, para definir el derecho real es preciso considerar los dos aspectos bajo los cuales se presenta. En su aspecto externo, lo que se presenta es la obligación general que tiene por objeto hacer que se respete la situación del titular con relación a la cosa, obligación pasiva que puede sin embargo revestir a veces forma positiva, construyendo a los terceros a realizar una prestación...” (*Op. cit.*, p. 46).

realizar cualquier conducta que interfiera con el aprovechamiento económico del mismo.

Desde la perspectiva pasiva, el objeto del derecho real consiste en la conducta pasiva del sujeto pasivo universal, con el motivo de no interferir en el aprovechamiento económico de un bien por parte del titular.

b) En cuanto al número de sujetos

1. Derecho personal

En el derecho personal intervienen cuando menos¹⁷ dos sujetos: uno activo, llamado acreedor, que se encuentra facultado para exigir; y otro pasivo, llamado deudor, que se encuentra obligado a realizar el objeto del derecho.

En todo caso, los sujetos involucrados se encuentran individualmente determinados o son determinables y dicha determinación la diferencia de todos los demás sujetos de derecho ajenos a la relación de derecho personal.¹⁸

2. Derecho real

En el derecho real existe un sujeto activo que es el facultado para aprovecharse económicamente del bien, y en contrapartida a él siempre existen una pluralidad de sujetos de derecho que tienen el deber de abstenerse de interferir en dicho aprovechamiento.

El sujeto activo siempre se encuentra individualmente determinado,¹⁹ en tanto que el “sujeto pasivo” o, mejor dicho, los sujetos pasivos, consisten en el resto de los sujetos de derecho, por lo que se le denomina sujeto pasivo “universal”.

¹⁷ Tanto en el aspecto activo como en el pasivo, los sujetos pueden ser múltiples, es decir, estar compuestos por varias personas, como ocurre en las obligaciones complejas.

¹⁸ “Conocer la identidad de alguno de los sujetos de la obligación significa estar en posibilidad de individualizarlos... Por regla general desde que nace la obligación la parte deudora tiene conocimiento de quién es la acreedora y viceversa... Existen excepciones a la regla indicada. Uno de los casos más citados por la Doctrina tiene lugar ante la muerte de alguno de los integrantes originales de la obligación. Al fallecer una persona sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte se transmiten a sus herederos. Los acreedores y deudores del difunto ahora lo serán de los herederos y es muy común que temporalmente no se tenga conocimiento de quiénes son éstos... En dicho supuesto habrá desconocimiento temporal de la identidad de los sujetos de la obligación”. RICO ÁLVAREZ, Fausto; GARZA BANDALA, Patricio y COHEN CHICUREL, Mischel, *Ibid.*, pp. 13-14.

¹⁹ El titular puede ser un sujeto múltiple, como ocurre en los supuestos en los que hay una cotitularidad. “Aisladamente puede observarse a un solo bien, propiedad de una pluralidad de personas... Esta situación jurídica trae consigo la copropiedad como modalidad del derecho de propiedad, o sea, la titularidad del derecho de propiedad respecto de una sola cosa ejercida a un tiempo por dos o más personas, en cuyo respectivo patrimonio está una fracción porcentual del derecho...”. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 371.

En los desmembramientos de la propiedad, pueden existir sujetos pasivos individualmente determinados, pero dicha situación no desvirtúa la existencia esencial del resto de los sujetos de derecho, que constituyen el contingente pasivo universal.²⁰

3. Oponibilidad del derecho real y del derecho personal

a) Oponibilidad del derecho real

1. El Sujeto Pasivo

Recuérdese que la denominada “doctrina clásica”, atribuida a los juristas Aubry y Rau, definió al derecho real como el poder inmediato que ejerce una persona sobre un bien, susceptible de ser invocado contra cualquiera.²¹

Las críticas a dicha definición se originaron por la falta de referencia hecha en ella al sujeto pasivo universal, circunstancia que invitó a algunos a pensar que Aubry y Rau, equivocadamente afirmaban que la relación jurídica surgía entre el titular y el bien, pasando por alto el carácter esencialmente bilateral del derecho.²²

A pesar de ello, debe tenerse en cuenta que en tal concepto sí se encuentra destacada la noción de oponibilidad, pues se prevé que dicho poder jurídico puede ser invocado contra cualquiera. Además, hay quienes afirman que por ningún motivo los juristas a quienes se atribuye la doctrina clásica desconocieron la existencia del sujeto pasivo universal.

A todo derecho corresponde una obligación. Esto ocurre incluso con los derechos reales, que impone virtualmente a las personas a quienes no pertenecen, la obligación de no intervenir en el mismo. No obstante, esta obligación general y negativa que corresponde a los derechos reales, no es el objeto inmediato de estos derechos, cuya existencia es independiente del cumplimiento de toda obligación. Los derechos personales, por lo contrario, tienen por objeto una prestación, es decir, el cumplimiento de una obligación sin la cual no podrían existir. Los ilustres autores añaden en una nota:

²⁰ “En los derechos reales distintos de la propiedad o de los derechos del autor, ya hemos dicho que sí existe un sujeto pasivo determinado con obligaciones de hacer de carácter patrimonial; que este sujeto es el propietario o poseedor originario de la cosa, sobre la cual constituye un determinado derecho real, entrando así en relaciones jurídicas concretas con el titular del mismo. Además de este sujeto determinado, existe el sujeto pasivo universal, toda vez que los derechos reales son oponibles a todo el mundo, valederos *erga omnes*”. Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 137.

²¹ PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, pp. 42-43.

²² Marcelo Planiol y Jorge Ripert así lo manifestaron. (*Ibid.*, pp. 43-44.)

“En derecho romano, la palabra *obligatio* no se aplica más que a las obligaciones que corresponden a los derechos personales. En el lenguaje jurídico francés se usa indiferentemente la palabra *obligation*, lo mismo si el derecho correspondiente es personal que si es real.

La relación existente entre un derecho personal y la obligación correspondiente, puede ser comparada a la que une el efecto con la causa. Una relación inversa existe entre un derecho real y la obligación que le es correlativa. Se ve en el pasaje citado que Aubry y Rau distinguen dos clases de obligaciones: 1ª. Una obligación general negativa que pesa sobre todos los hombres ajenos al titular y que priva de intervenir en un derecho, cualquiera que éste sea. Solamente se encuentra en los derechos reales, pero la abstención o actitud pasiva que impone no es el objeto inmediato de estos derechos que recaen directamente sobre la cosa.²³

Otro de los autores que tradicionalmente también se circunscribe en la doctrina clásica es Gabriel Baudry-Lacantinerie, quien por referencia de Julián Bonnecase, señaló:

Baudry-Lacantinerie define en la forma siguiente el derecho real y el de crédito, calificando a este último como derecho personal, para mejor caracterizarlo en su oposición con el derecho real... *b) Definición de derecho real.*—El derecho real es el que tenemos directa e inmediatamente sobre una cosa... Siendo el derecho real un derecho absoluto, la situación jurídica de su titular se impone al respeto de todos. En este sentido ha podido decirse que los sujetos pasivos del derecho real son infinitos en su número. Pero esta obligación puramente negativa, a la cual todo el mundo está sujeto a favor del titular del derecho real, a no hacer nada que pueda impedirle el ejercicio de su poder sobre la cosa, no es susceptible de valuarse pecuniariamente. A nadie puede ocurrírsele inscribir esta obligación en el pasivo de su patrimonio; al valor positivo que figura en el patrimonio del titular del derecho real, no corresponde un valor negativo comprendido en el pasivo del patrimonio de otra persona. Por ello, en la noción del derecho real, se hace abstracción de los sujetos pasivos.²⁴

Como puede verse, aparentemente Gabriel Baudry-Lacantinerie no pasó por alto la existencia del sujeto pasivo en el derecho real, sino que consideró que, derivado de su carácter universal, el mismo debía ser abstraído.

²³ RIGAUD, Luis, *El Derecho Real, Historia y sus Teorías. Su Origen Institucional*, traducción de Xirau, J. R., Editorial Reus Preciados 6. Centro de Enseñanza Preciados 1, Madrid, 1928, p. 109.

²⁴ BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de Droit civil*, citado por Bonnecase, *op. cit.*, p. 40.

Como reacción a la aparente omisión de la doctrina clásica, surgieron las denominadas doctrinas personalistas atribuidas a autores como Demogue, Planiol, Ripert,²⁵ Michas y varios más, en las que equiparó la estructura del derecho real con la del derecho personal, señalando que la única diferencia entre ambos radica en el hecho de que el primero cuenta con una gran cantidad de sujetos pasivos con una obligación de “no hacer”.

A su vez, esta doctrina generó críticas y así surgió la denominada doctrina ecléctica, atribuida a la autoría conjunta de los tratadistas Marcelo Planiol y Jorge Ripert, en colaboración con Mauricio Picard, en la obra denominada “Tratado Práctico de Derecho Civil Francés”.

Estos autores afirman que, para conceptualizar correctamente el derecho real, es necesario tener en cuenta sus dos elementos, a saber: el interno, consistente en el poder jurídico —o, mejor dicho, la facultad— que se tiene sobre el bien; y el externo, consistente en el deber de abstención del sujeto pasivo indeterminado.²⁶

²⁵ En este caso se hace referencia a Planiol y a Ripert escribiendo cada uno en lo individual, pues, como se verá a continuación, posteriormente escribieron en conjunto y colaboración con Mauricio Picard y cambiaron su opinión al respecto, dando origen a la conocida como Doctrina Ecléctica.

²⁶ Estos juristas rechazaron el término Sujeto Pasivo Universal: “39. Continuación. Alcance de la concepción personalista.—Este análisis ha tenido razón de afirmar y recordar que todo derecho supone una relación entre las personas y que no puede existir una relación de orden jurídico entre persona y cosa, puesto que dar al hombre derecho sobre las cosas equivaldría a imponer una obligación a cargo de la cosa y a favor del hombre, lo cual sería un absurdo. Lo expuesto no resulta inútil con relación a ciertas definiciones demasiado simples del derecho real; pero si se continúa en el análisis se concluirá por afirmar que la obligación pasiva no es en realidad *universal*, puesto que no puede pesar sobre hombres que no han de estar nunca en relación con el beneficiario del derecho y que quizás ni formen parte de la misma comunidad jurídica. En realidad, lo que existe es una obligación de un *sujeto pasivo indeterminado*, que viene a determinarse por sí mismo cuando se opone a la reivindicación del propietario. Pero entonces, en tanto el sujeto pasivo no resulta conocido, es decir, mientras el derecho no resulta violado, no puede definirse el derecho de propiedad sencillamente por su sanción.

Quizá se otorga a esta obligación una importancia exagerada al sostener que ella basta por sí sola para constituir y caracterizar el derecho real. Es cierto que esta obligación existe, si bien resulta común a todos los derechos puesto que todos tenemos que respetar la libertad de otro y no es patrimonial puesto que no figura en el patrimonio de los individuos como un elemento del pasivo; pero esto no es bastante para ilustrarnos sobre el contenido del derecho real. La teoría así se hace abstracción de su *objeto*. No da idea de las prerrogativas, del *poder jurídico* que el derecho confiere a su titular. Y esto es tan cierto que para definir los derechos reales en particular no se habla de esta obligación pasiva universal y se insiste solamente en las prerrogativas que se derivan de dicho derecho”, *op. cit.*, pp. 45-46.

En este momento de “evolución” doctrinal, quedaron claras las características que, en lo esencial, son comúnmente aceptadas como propias del deber del sujeto pasivo del derecho real, a saber:

a) Se trata de un deber impuesto a todos los sujetos distintos del titular del derecho real;²⁷

b) Se trata de un deber de respeto, de abstención, negativo o de no intervención;

c) No es de carácter patrimonial; y

d) En caso de incumplimiento, genera una sanción para su infractor, quien, a partir de este momento, se individualiza y distingue del resto de los sujetos que conforman el universo jurídico.

De lo anterior se desprende claramente que las características del deber del sujeto pasivo del derecho real, coinciden completamente con las características del deber general de respeto a que nos referimos al inicio de este trabajo.

No existe duda acerca de que el derecho real tiene un sujeto pasivo que debe abstenerse de obstruir el ejercicio del derecho por parte de su titular. Lo cierto es que dicho deber no es privativo o exclusivo del derecho real, sino que es compartido con el resto de las figuras de derecho, ya que se identifica completamente con el deber general de respeto.

Ésta es la razón por la cual los autores de la doctrina clásica hicieron aparente caso omiso al deber de abstención, pues consideraron que, de fondo, no es un elemento exclusivo, característico y distintivo del derecho real.

2. Las Prerrogativas de persecución y preferencia

La prerrogativa de persecución consiste en la facultad de exigir la restitución de la posesión del bien objeto de un derecho real, cuando dicha posesión se ha perdido como consecuencia del incumplimiento del deber general de respeto.

La prerrogativa de preferencia en los derechos reales consiste en la facultad de aprovecharse económicamente de un bien con exclusión de todas aquellas personas que tienen un grado de preferencia inferior de conformidad con las disposiciones jurídicas aplicables.

²⁷ Algunos hablan de Sujeto Pasivo Universal, otros de Sujeto Pasivo Indeterminado, otros lo circunscriben únicamente a los “miembros de la comunidad jurídica cercana al titular” o utilizan expresiones equivalentes y similares. Lo cierto es que, tratándose de una construcción teórica, parece irrelevante desde el punto de vista práctico la terminología empleada, ya que, en todo caso, dicho sujeto alcanzará su verdadera importancia hasta el momento de su individualización, derivada del incumplimiento de su deber de abstención.

Las prerrogativas de persecución y preferencia no son otra cosa sino las consecuencias derivadas del incumplimiento del deber general de respeto. De hecho, se identifican con el mismo. Son la manifestación de la oponibilidad en caso de incumplimiento.²⁸

Existen solo de modo latente en el aspecto interno del derecho real, cuando se da su ejercicio pacífico.²⁹ Cobran relevancia hasta el momento del incumplimiento por parte del sujeto pasivo universal.

...el derecho de persecución y el de preferencia no constituyen dos derechos distintos, inherentes al derecho real. Más exacto es decir que el derecho real se presenta, según las circunstancias, como un derecho de persecución, o como un derecho de preferencia. Según Aubry y Rau, el derecho de persecución, se reduce, en efecto, a la prerrogativa del titular de un derecho real, para perseguir su ejercicio sobre la cosa misma sometida a él, y contra todo poseedor o detentador de ella. También el derecho de preferencia se reduce a una prerrogativa, consistente en que al entrar en conflicto varias personas que han adquirido, en épocas diferentes, derechos reales de la misma o de diversa naturaleza sobre una cosa, triunfa el derecho adquirido, primeramente, sobre los adquiridos con posterioridad.³⁰

b) Oponibilidad del derecho personal

1. Reconocimiento en la doctrina del deber general de respeto en el derecho personal

El derecho personal también produce el deber general de respeto en todos aquellos sujetos distintos del acreedor y deudor. Dicha situación no es

²⁸ A manera de ejemplo véanse los artículos 4° del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y 2981 del Código Civil:

“Artículo 4. La reivindicación compete a quien no está en posesión de la cosa, de la cual tiene la propiedad, y su efecto será declarar que el actor tiene dominio sobre ella y se la entregue el demandado con sus frutos y acciones en los términos prescritos por el Código Civil”.

“Artículo 2981. Los acreedores hipotecarios y los pignoratícios, no necesitan entrar en concurso para hacer el cobro de sus créditos. Pueden deducir las acciones que les competan en virtud de la hipoteca o de la prenda, en los juicios respectivos, a fin de ser pagados con el valor de los bienes que garanticen sus créditos”.

²⁹ “Dada la naturaleza de los derechos reales y en especial como derivación de un correcto análisis del papel que juega la conducta del sujeto pasivo real en la teleología de la relación, puede sostenerse que es indebido, por carecer de importancia para la ciencia jurídica, hacer referencia a los efectos pacíficos de este tipo de relaciones. En efecto, toda vez que el deudor real sólo está obligado a no impedir el ejercicio del derecho correlativo, en tanto cumpla, el derecho positivo se abstiene de regular la conducta pasiva, porque la conducta regulada es la del titular del derecho”. ALESSIO ROBLES, *op. cit.*, p. 67.

³⁰ BONNECASE, *op. cit.*, pp. 64-65.

recurrentemente reconocida, pero son varios los doctrinarios que dan cuenta de ello.

Marcelo Planiol y Jorge Ripert reconocieron su existencia como característica de todos los derechos³¹ y al momento de comparar la eficacia contra terceros que existe en el derecho real y en el derecho personal, señalaron lo siguiente:

2º El derecho de crédito puede invocarse contra terceros. No nos referimos a algunos casos aislados, sino a toda una tendencia que, en presencia de las nuevas formas de la lucha económica, tiende a asegurar a los contratantes contra los actos de terceros para proteger los provechos que pudieran resultar del contrato. En derecho francés esta protección se ha realizado en una cierta medida sobre el terreno *delictuoso*. La jurisprudencia admite que el tercero cómplice de la violación de una obligación contractual puede ser declarado responsable cuando haya actuado con conocimiento de causa, aunque haya sido con ausencia de todo acto de concurrencia desleal. La jurisprudencia americana va mucho más lejos aún por este camino. Ella considera el derecho del industrial para el mantenimiento y libre desenvolvimiento de sus relaciones contractuales como un verdadero derecho de propiedad, cuya violación por los terceros da lugar a la misma sanción que protege la propiedad, a saber, el *mandamiento judicial*. Esto sorprendería a un jurista francés pues considerar el derecho nacido de una obligación como un derecho de propiedad es desconocer toda la distinción entre el derecho real y el de crédito. Pero, bajo esa confusión despunta la idea, llamada a desarrollarse entre nosotros, de que, el conjunto de relaciones de negocios de un comerciante, comprendiendo los contratos actuales o eventuales que pueda tener con sus clientes, sus proveedores y sus obreros, constituya un *bien* en el sentido económico y jurídico de la palabra, cuyo goce y disfrute deba ser garantizado igual que el goce y disfrute de una cosa corporal. Dentro de los límites muy incompletos todavía, la teoría de la *clientela* comercial y de la concurrencia desleal va penetrando en nuestro derecho. *3º Ciertas obligaciones legales pueden invocarse contra todo el mundo.* Existe un gran número de obligaciones legales establecidas de pleno derecho entre las personas, las cuales son también de carácter *universal* en su aspecto pasivo lo mismo que los derechos reales. Para mayor semejanza todavía, estas obligaciones legales tienen un *objeto negativo*...³²

³¹ “Es cierto que esta obligación existe, si bien resulta común a todos los derechos, puesto que todos tenemos que respetar la libertad de otro y no es patrimonial, puesto que no figura en el patrimonio de los individuos como un elemento del pasivo...”. PLANIOL Y RIPERT, *op. cit.*, pp. 45-46.

³² *Ibidem*, pp. 50-51.

Luis Rigaud, en su famosa monografía “El Derecho Real, Historia y sus Teorías. Su Origen Institucional”, señala:

Resulta, pues, que los caracteres, de ordinario atribuidos a los derechos reales, de ser absolutos, de valer frente a “cualquiera”, y, por consiguiente, de servir de base a acciones contra sujetos indeterminados, son en cierto sentido caracteres comunes a todos los derechos y se encuentran en los derechos de crédito.

Únicamente que son necesariamente más sensibles y están más a la vista en los derechos reales que en los derechos de crédito y forman en los primeros el único aspecto personal del derecho, mientras que en los derechos de crédito hay relaciones personales especiales de acreedor y deudor, o como dice Demogue, estos derechos obligan desde dos planos diferentes, a la totalidad, de una cierta manera, y a una o muchas personas determinadas, de una manera más estrecha; y precisamente en esta obligación más estrecha consiste el lado interno, relativo, o el contenido del derecho de crédito mientras que el lado interno del derecho real reside únicamente en las relaciones del titular con la cosa.

Lo que hay que tener en cuenta es que los caracteres normales del derecho real, tales como la eficacia *adversus omnes* o “contra cualquiera”, no son caracteres esenciales a este derecho, y que pueden encontrarse en cierto grado en todos los derechos de crédito e incluso, a veces, en mayor grado en los derechos de la personalidad, por ejemplo.³³

José Castán Tobeñas comparte la idea de la presencia del deber general de respeto en los derechos personales, pero para él se trata de una figura distinta a ellos, perteneciente al derecho público. Al respecto manifiesta:

Una cosa es la obligación en sentido técnico, propia exclusivamente de los derechos de crédito, y otra muy distinta el deber que incumbe a todos los hombres de respetar la propiedad de otro, que es —como dice Rigaud— una obligación de derecho público, y en modo alguno una obligación civil, ya que no tiene ningún valor pecuniario...

Más adelante, al distinguir los derechos reales de los personales, siguiendo la misma tendencia, advierte:

Por su eficacia. De la distinta naturaleza del poder que implica el derecho real y el personal, se infiere la diversa eficacia de uno y de otro. El derecho real es el prototipo de los derechos absolutos, porque puede ejercitarse y hacerse efectivo contra todos (*erga omnes*). El derecho personal o de obligación es el típico derecho relativo, porque sólo puede exigirse y hacerse efectivo de la persona del deudor.

Se ha dicho, impugnando esta doctrina, que todos los derechos se dan contra todos, pues la ley impone su respeto a todos los súbditos y que, aun en los

³³ RIGAUD, *op. cit.*, pp. 224-225.

derechos de obligación, además del sujeto pasivo determinado individualmente, hay un sujeto pasivo colectivo constituido por todos los asociados. Pero esta apreciación es equivocada, pues, como observa Alguer, el tercero no obligado no puede violar la obligación; si impide por la fuerza que el deudor me pague o le quita la cosa que me debe, violar la libertad o la propiedad del deudor, pero no mi derecho de crédito, que le es ajeno.³⁴

Rafael Rojina Villegas también reconoció la existencia del deber general de respeto en el derecho personal, en los siguientes términos:

En cuanto al sujeto pasivo de los derechos reales, nos concretaremos a recordar que merced a las investigaciones de Ortolan y Planiol, se ha puesto en claro que para los derechos típicamente absolutos, como son la propiedad y los derechos de autor, sólo existe un sujeto pasivo universal. Ahora bien, este sujeto no es privativo de tales derechos absolutos, pues como explican Ortolan y Hugo Roco, existe también en los derechos relativos sólo que en éstos pierde interés ante la presencia de un sujeto determinado que reporta obligaciones concretas.³⁵

Eduardo García Máynez también reconoce la presencia del deber general de respeto en los derechos personales, pero considera que su existencia corresponde a la protección derivada del derecho de libertad. A propósito de la distinción entre los derechos absolutos y los relativos, nos manifiesta lo siguiente:

Ciertos tratadistas consideran que entre las dos especies de facultades no hay diferencia esencial, porque las llamadas relativas tienen un lado o faceta absolutos, en cuanto todo el mundo está obligado a no estorbar su ejercicio. De acuerdo con esta tesis tendríamos que decir, por ejemplo, que, frente al derecho subjetivo del mutuante, de exigir de su deudor la devolución de lo prestado, no sólo existe el deber jurídico del mutuuario, sino la obligación universal de no impedir al acreedor el ejercicio de la *facultas exigendi*...

La existencia de los dos deberes es indiscutible, pero el error está en creer que la obligación universal de respeto es en ciertos casos correlativa de los derechos de acción o de crédito. Lo que sucede, como lo explicaremos con la debida amplitud más adelante, es que el titular de los relativos tiene, además, un derecho absoluto de libertad, que consiste en la posibilidad jurídica de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de aquéllos.³⁶

³⁴ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español Común y Foral*, t. II, Reus, Madrid, 1951, p. 14.

³⁵ ROJINA VILLEGAS, *op. cit.*, p. 137.

³⁶ GARCÍA MÁYNEZ, *op. cit.*, p. 189.

Otros doctrinarios mexicanos también han destacado la oponibilidad del derecho personal. Por ejemplo, Manuel Bejarano Sánchez señala:

La oponibilidad ha sido destacada como una característica esencial de los derechos reales, que se manifiesta como el poder de hacerlos valer frente a todos, *erga omnes*. Así, el titular de un derecho real de hipoteca puede hacer prevalecer su derecho respecto del dueño de la cosa hipotecada, respecto de cualquier subadquirente y en relación con cualquier otra persona.

Pero sería un error suponer que solamente los derechos reales son oponibles a los terceros, pues también los derechos de crédito constituyen una realidad que existe para ellos y que se refleja a menudo en el círculo económico jurídico de quienes no han sido partes de la relación crediticia.

La oponibilidad del derecho de crédito es fácilmente explicable y admitida en general para cierto tipo de terceros conectados con las partes, como son los acreedores de ambas, o sus causahabientes, y más discutible su reconocimiento cuando se trata de terceros completamente extraños a las partes (los llamados *poenitus extranei*).³⁷

Este autor destaca que la oponibilidad del derecho personal se explica mayormente tratándose de “cierto tipo de terceros conectados con las partes”. Lo que ocurre es que el deber general de respeto impone una conducta negativa. Dicha conducta puede pasar inadvertida cuando el derecho personal es respetado, pero resulta clara su existencia cuando hay un incumplimiento o choca con los terceros que tienen un derecho subjetivo en conflicto.

Fausto Rico Álvarez, Patricio Garza Bandala y Mischel Cohen Chicurel, a propósito de la oponibilidad del contrato señalaron lo siguiente:

En conclusión, la oponibilidad no es una excepción al principio *res inter alios acta*, ya que no implica que una persona distinta de las partes adquiera los derechos o asuma las obligaciones derivadas del contrato. Únicamente sujeta a los terceros a reconocer los cambios jurídicos producidos por su celebración...

Por regla general los contratos son oponibles contra terceros por su sola celebración, sin que deba satisfacerse requisito alguno. Sólo cuando la Ley exige requisitos adicionales para la oponibilidad del contrato deberán observarse a fin de lograrla...

En nuestra opinión el principio de oponibilidad está más vinculado con la esencia de las relaciones jurídicas que con la materia de contratos. Es incorrecto afirmar que sólo los contratos gozan del principio de oponibilidad o que la oponibilidad es un atributo exclusivo de los contratos.

³⁷ BEJARANO SÁNCHEZ, *Obligaciones Civiles*, Oxford, México, 2009, p. 133.

Todos los derechos reales y de crédito, independientemente de su fuente, son oponibles a terceros por su sola existencia, excepto cuando deban cumplirse requisitos adicionales por disposición de Ley.

Es igualmente oponible el derecho de crédito del mutuante que el del afectado por la comisión de un hecho ilícito. La transmisión de propiedad de un bien es oponible tanto si deriva de una compraventa como si procede de una sucesión hereditaria.

Concluimos que la oponibilidad debe concebirse como una cualidad de las relaciones jurídicas y no como un principio de los contratos.³⁸

E. EL DEBER GENERAL DE RESPETO GENERADO POR EL DERECHO PERSONAL

El derecho personal y el deber general de respeto que lo acompaña, se distinguen tanto por sus sujetos como por sus objetos.

En la estructura primaria del derecho personal intervienen únicamente dos sujetos —que pueden ser múltiples— individualmente determinados o determinables, uno activo, que se encuentra facultado para exigir, y otro pasivo, quien debe realizar una conducta.

En cambio, en el deber general de respeto existe un sujeto individualizado, titular del mismo, y un universo de sujetos pasivos indeterminados, constituido por el resto de los sujetos de derecho.

El objeto del derecho personal consiste en una conducta de dar, hacer o no hacer susceptible de apreciación pecuniaria.

El objeto del deber general de respeto consiste en una abstención, misma que no se computa dentro del patrimonio por su propio carácter universal y por no servir de garantía del cumplimiento de obligaciones.

Quienes tienen el deber general de respeto no se encuentran obligados a dar, hacer o no hacer, sino simplemente a no entorpecer que el titular del derecho personal exija o no —según sea su voluntad— la conducta que le es debida y a no entorpecer que el deudor dé, haga o no haga la conducta que debe.

El principio de relatividad —*res inter alios acta*— del contrato o hecho jurídico fuente del derecho personal no se vulnera, ya que el deber general de respeto solo impone un deber general de abstención, pero no grava con ninguna prestación o abstención patrimonial específica a un sujeto determinado.

³⁸ RICO ÁLVAREZ; GARZA BANDALA; COHEN CHICUREL, *op. cit.*, pp. 266-268.

El deudor del derecho personal es también sujeto pasivo del deber general de respeto dado que tiene el deber de no interferir en la elección del acreedor.

Por su parte, el acreedor del derecho personal es también sujeto pasivo del deber general de respeto dado que tiene el deber de no interferir en la conducta que realiza el deudor para cumplir su obligación.

Es distinta la conducta del obligado a “no hacer” como consecuencia de un derecho personal, de la del obligado a abstenerse por el deber general de respeto, debido a que la primera de ellas solo corresponde a uno o varios sujetos individualmente determinados —razón por la cual computa negativamente dentro de su patrimonio— y la otra corresponde al resto de los sujetos de derecho.

En las obligaciones de dar³⁹ se encuentra presente el deber general de respeto, tanto a propósito del derecho que tiene el deudor de cumplir con su obligación, como del derecho real del titular del bien involucrado en la misma.

De las opiniones doctrinales transcritas anteriormente, se nota como, a pesar de que todas ellas reconocen la existencia del deber general de respeto en el derecho personal, algunas de ellas muestran cierta resistencia a reconocerlo como parte del mismo, pues afirman que corresponde a una estructura jurídica distinta, propia del derecho público. Eduardo García Máynez, por ejemplo, sin calificar si corresponde al derecho privado o al público la identifica con el derecho de libertad.

Esa misma resistencia existió en un principio para reconocer la presencia del deber general de respeto en el derecho real. Por ello la doctrina clásica eliminó toda referencia a él en su definición y la crítica subsecuente centró sus esfuerzos en afirmar su existencia. Actualmente parece que ninguna doctrina podría negar la existencia del sujeto pasivo universal en el derecho real y que el deber de este último se identifica con el deber general de respeto. El deber general de respeto es un elemento constitutivo, intrínseco, en el derecho real.

No parecen existir motivos suficientes para negar que la presencia del deber general de respeto en el derecho personal sea de la misma manera que

³⁹ El artículo 2011 del Código Civil establece:
“Artículo 2011. La prestación de cosa puede consistir:
I. En la traslación de dominio de cosa cierta;
II. En la entrega temporal del uso y/o goce de cosa cierta;
II. En la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida”.

en el derecho real, es decir, intrínseca, cuanto más si se parte de la idea de que por regla general siempre lo acompaña.

Independientemente de si se considera que se trata de una sola estructura jurídica o si son dos distintas, indiscutiblemente, para efectos de claridad didáctica, conviene mantener la distinción.

F. SOLO EXISTE PRERROGATIVA DE PREFERENCIA EN EL DERECHO PERSONAL

Como se señaló anteriormente, las prerrogativas no son otra cosa sino las consecuencias derivadas del incumplimiento del deber general de respeto. En el derecho personal no existe la prerrogativa de persecución porque el mismo tiene por objeto una conducta del sujeto pasivo. El vínculo obligacional es un ente ideal que sigue inmanentemente al deudor hasta que se extingue la obligación. No existe prerrogativa de persecución porque no existe ningún objeto material que perseguir.⁴⁰

En cambio, sí existe prerrogativa de preferencia, y ésta consiste en la facultad de ser pagado con exclusión de todas aquellas personas que tienen un grado de preferencia inferior de conformidad con las disposiciones jurídicas aplicables.

La prerrogativa de preferencia del derecho personal no se ejercita en contra del deudor, ya que éste tiene el deber de cumplir su obligación como consecuencia del derecho personal que lo vincula, y no como consecuencia de tal preferencia. En caso de que no exista conflicto entre derechos personales, la prerrogativa de preferencia no se ejercita y de cualquier forma el deudor debe cumplir su obligación.

La prerrogativa de preferencia, en cambio, sí se ejercita por el acreedor con mayor preferencia en contra de los acreedores menos preferentes o sin

⁴⁰ “Normalmente le derecho de crédito, o sea, la obligación personal, no implica el derecho de persecución, pero nosotros reconocemos que el legislador pudiera excepcionalmente incluirlo también en el contenido de dicho derecho sin transformar por ello el derecho de crédito en un derecho real lo mismo que puede excepcionalmente privar al derecho real de la acción de persecución sin modificar su naturaleza (arts. 2279, C. civ.).

Lo que es más exacto es que el derecho de preferencia puede existir en provecho de un crédito que no esté garantizado con una garantía real. En efecto, como el artículo 2093 del Cód. civ. No regula más que conflictos entre acreedores de sumas de dinero y la división no es posible con los otros acreedores, cuando un conflicto se produce entre estos acreedores, por ejemplo, entre dos personas que han recibido en arrendamiento un mismo inmueble, se aplica la regla *prior tempore, potio jure*”. (PLANIOL Y RIPERT, *Tratado*, t. III, *op. cit.*, pp. 52-53).

preferencia. Los acreedores menos preferentes tienen el deber de respetar el pago preferente de aquellos que tienen mejor prelación. Se hace oponible el derecho preferente al que no lo es.

Un ejemplo de ella lo podemos encontrar en el concurso de acreedores. Recordemos que el activo patrimonial constituye la garantía de los acreedores para el caso de incumplimiento del derecho personal.⁴¹

Como el activo del patrimonio es la garantía genérica de una persona frente a sus acreedores, para que éstos en el momento procedente puedan preservar especialmente sus créditos y hacerlos efectivos en su caso, lo ideal es que el activo supere al pasivo. En efecto, el deudor responde a sus acreedores con la totalidad de sus bienes, sean presentes o futuros. Ello es un principio general; se conoce como la “prenda general tácita del deudor.”⁴²

Cuando el activo no iguala o supera al pasivo patrimonial, entonces el deudor se encuentra en estado de insolvencia.⁴³ Esta situación puede traer como consecuencia el concurso de acreedores.⁴⁴

Al no alcanzar el activo patrimonial para cubrir la totalidad de las deudas, los acreedores entran en conflicto, ya que no serán pagados todos por igual, pues algunos de ellos tienen preferencia en el cobro de sus créditos. Los acreedores con una preferencia inferior o sin ella, solo cobrarán de manera parcial o no cobrarán en absoluto el importe de sus créditos.⁴⁵

⁴¹ Así lo dispone el artículo 2964 del Código Civil: “Artículo 2964.—El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que, conforme a la ley, son inalienables o no embargables”.

⁴² DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 216.

⁴³ “Artículo 2166. Hay insolvencia cuando la suma de los bienes y créditos del deudor, estimados en su justo precio, no iguala al importe de sus deudas. La mala fe, en este caso, consiste en el conocimiento de ese déficit”.

⁴⁴ “Artículo 2965.—Procede el concurso de acreedores siempre que el deudor suspenda el pago de sus deudas civiles, líquidas y exigibles. La declaración de concurso será hecha por el juez competente, mediante los trámites fijados en el Código de Procedimientos Civiles”.

⁴⁵ Las disposiciones conducentes del Código Civil para la Ciudad de México señalan: “Artículo 2976.—Los créditos se graduarán en el orden que se clasifican en los capítulos siguientes, con la prelación que para cada clase se establezca en ellos”.

“Artículo 2977—Concurriendo diversos acreedores de la misma clase y número, serán pagados según la fecha de sus títulos, si aquella constare de una manera indubitable. En cualquier otro caso serán pagados a prorrata”.

“Artículo 2998.—Con los bienes restantes serán pagados todos los demás créditos que no estén comprendidos en las disposiciones anteriores. El pago se hará a prorrata y sin atender a las fechas, ni al origen de los créditos”.

III. LA OPONIBILIDAD Y LA INOPONIBILIDAD

A. CONCEPTO DE OPONIBILIDAD

La oponibilidad es la característica general de los efectos de los hechos jurídicos por virtud de la cual los mismos deben ser respetados, salvo las excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico.

B. ELEMENTOS DEL CONCEPTO

1. *Generalidad*

La oponibilidad es una característica general de los efectos de los hechos jurídicos, lo que significa que ella es la regla general, y su contraparte, la *inoponibilidad*, tendrá el carácter de excepción en los supuestos en que el ordenamiento jurídico así lo disponga.

Lo anterior ya quedó demostrado en líneas atrás, cuando menos a propósito de las dos estructuras principales del derecho privado, a saber, el derecho real y el derecho personal. También se sostuvo la existencia del deber general de respeto que, por regla general, se encuentra presente en los efectos de la totalidad de los hechos jurídicos válidamente creados. Esto conllevaría la afirmación de que la oponibilidad está presente en todos los hechos jurídicos válidamente verificados.

La oponibilidad no es un derecho ni un deber, simplemente es una de las características de los derechos y deberes.

2. *Caracteriza los efectos del hecho jurídico*

Por hecho jurídico se hace referencia a todas las transformaciones del mundo exterior que producen consecuencias de derecho.⁴⁶ De esta forma se evita tener que hacer alusión particular a hechos jurídicos en sentido estricto, actos jurídicos, negocios jurídicos, sentencias, etcétera. Como ya se señaló, la oponibilidad es una característica común a todas esas figuras.

⁴⁶ “El nacimiento de las consecuencias de derecho tiene lugar cuando la realización del supuesto jurídico... la realización del supuesto jurídico tiene lugar mediante un acontecimiento, es decir, se trata de un hecho que como tal no sólo implica una mutación en el mundo exterior, sino también trae consigo un cambio en el universo jurídico... El cambio en el mundo jurídico se da porque en virtud de la realización del supuesto por el acontecimiento de que se trate, nacen unas consecuencias de derecho no existentes antes de esa realización”. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 496.

Se llegan a encontrar en la doctrina referencias distintas o incluso la discusión sobre si la oponibilidad es una característica propia de los hechos jurídicos o de sus efectos. De esta forma se discute si la oponibilidad corresponde al contrato o a los derechos y obligaciones que genera, por ejemplo.

Se considera dicha discusión superficial, ya que entre ambos —supuesto jurídico y consecuencias— existe una relación de necesidad;⁴⁷ por lo tanto, no pueden existir el uno sin el otro. Si bien es cierto lo estrictamente técnico sería afirmar que lo oponible son las consecuencias, cuando se habla de la oponibilidad del hecho o del acto jurídico, se está haciendo referencia a la causa generadora de las mismas y, por tanto, a la oponibilidad de todas ellas en su conjunto, sin que el problema vaya más allá de lo simple semántico.

3. *Consiste en gozar del deber general de respeto*

La consecuencia de la realización de cualquier hecho jurídico es la creación, transmisión, modificación, extinción, declaración y/o reconocimiento de derechos y deberes. Por regla general, todas esas consecuencias irán acompañadas de la protección del deber general de respeto, y en ese sentido, son oponibles.

C. LA INOPONIBILIDAD

La inoponibilidad es la ineficacia por virtud de la cual los efectos de un hecho jurídico (al que se puede llamar sancionado o inoponible), dejan de surtirse exclusivamente en lo que perjudiquen a los efectos de otro u otros hechos jurídicos (a los que se puede llamar protegidos).

D. CARACTERÍSTICAS

1. *Excepcionalidad*

La regla general es que los efectos de todo hecho jurídico se benefician con la protección del deber general de respeto, por lo tanto, la inoponibilidad

⁴⁷ “Siguiendo el paralelo entre ley natural y norma, Fritz Schreier habla de la ley de causalidad jurídica, que puede expresarse así: no hay consecuencia jurídica sin supuesto de derecho. O, en otra forma: toda consecuencia jurídica hállase condicionada por determinados supuestos”. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 2008, p. 174.

constituye un régimen de excepción, pues por virtud de ella el hecho jurídico sancionado o inoponible pierde los beneficios del mismo.

Los motivos por los cuales se establece dicho régimen de excepción son variados. La decisión en principio corresponde al legislador, quien toma en cuenta la seguridad jurídica para privar a un hecho jurídico de los efectos que naturalmente le corresponden.

La razón por la que se impone a un hecho jurídico el régimen de excepción de la inoponibilidad deriva de la necesidad de generar un bien mayor, consistente en brindar seguridad en el tráfico jurídico, protegiendo a los terceros que contratan y/o realizan sus actividades jurídicas fundándose en la apariencia.

Cuando una persona genera o es responsable de la subsistencia de una apariencia jurídica falsa, se le sanciona con la inoponibilidad de la situación jurídica veraz, en beneficio de la buena fe de los terceros realizadores del hecho jurídico protegido, lo que redundará en el beneficio del tráfico jurídico y por tanto, de la colectividad.

2. *Hace ineficaces los efectos del hecho jurídico sancionado*

Como se señaló anteriormente, la oponibilidad tiene por causa el deber general de respeto, y este último solamente se percibe en caso de conflicto. La inoponibilidad presupone la existencia de dos hechos jurídicos —el sancionado y el protegido— que se encuentran en conflicto, porque buscan producir consecuencias jurídicamente incompatibles.

La inoponibilidad es una sanción hacia la persona a quien corresponden los beneficios del hecho jurídico inoponible, que tiene por origen la violación de un deber que no afecta la validez del hecho sancionado. Es una figura distinta de la inexistencia o de la invalidez. Estas últimas se producen cuando falta algún elemento de existencia o requisito de validez al momento de celebrarse el acto jurídico. La inoponibilidad en nada se relaciona con los requisitos de celebración del acto jurídico y su efecto es diverso, como se verá en el siguiente apartado.⁴⁸

⁴⁸ “Conviene distinguir la nulidad por inobservancia de las formalidades legales, de la inoponibilidad por falta de registro. En el primer caso, el acto jurídico está viciado y no surte efectos, cuando se declare su nulidad, ni entre las partes ni mucho menos en perjuicio de terceros. En cambio, la falta de inscripción en el Registro Público no afecta la validez de los actos o derechos que conforme a la ley deban registrarse. Simplemente hará que los mismos no sean oponibles en perjuicio de tercero, quien sí podrá aprovecharlos en cuanto le sean favorables”. ROJINA VILLEGAS, *op. cit.*, p. 815.

La naturaleza jurídica de la inoponibilidad es la de una ineficacia funcional.

Desde el punto de vista *esencial* ineficacia es todo elemento o acontecimiento que impide que un acto jurídico produzca o continúe produciendo sus consecuencias de Derecho...

Las ineficacias estructurales son las que se verifican a causa de un *vicio concomitante* a la celebración del acto jurídico. Suponen la falta de alguno de sus elementos esenciales o de validez...

Las ineficacias funcionales son las que operan a causa de un *acontecimiento o circunstancia posteriores* a la celebración del acto jurídico y ajenos a su estructura.⁴⁹

3. Relatividad

La relatividad de la inoponibilidad conlleva una excepción al principio lógico de contradicción antes tratado. Recordemos que el mismo puede enunciarse como: “Dos preceptos jurídicos se contradicen cuando —en iguales circunstancias— uno prohíbe y el otro permite a un sujeto la misma conducta”.⁵⁰ Con la inoponibilidad se bifurcan los efectos del hecho jurídico, ya que para algunas personas está prohibido y para otras está permitido vulnerar el deber general de respeto respecto de los efectos del hecho jurídico inoponible.

Particularmente, los sujetos en quienes se surten los efectos del hecho jurídico sancionado —que, por regla general, son quienes celebraron el acto jurídico inoponible— deben continuar respetando tales efectos. Para ellos el hecho jurídico continúa teniendo toda su fuerza y valor jurídicos. Lo mismo ocurre con el resto de los sujetos que conforman el contingente pasivo universal.

En cambio, exclusivamente para él o los sujetos beneficiarios de la inoponibilidad, cesa el deber general de respeto y, por tanto, tienen permitido pasar por alto los efectos del hecho jurídico sancionado. Los efectos del hecho jurídico protegido se surten sin respetar los del hecho jurídico que en principio le era oponible.

La principal aplicación de tal protección radica en que la inoponibilidad hace al hecho jurídico protegido inatacable por las causas de ilicitud que le puedan derivar del hecho jurídico sancionado.

⁴⁹ RICO ÁLVAREZ, GARZA BANDALA; COHEN CHICUREL, *op. cit.*, pp. 1265-1268.

⁵⁰ Véase *Supra*.

La inoponibilidad no hace al hecho jurídico protegido válido, pero genera un efecto equivalente en eficacia: la inatacabilidad por las causas de ilicitud que le deriven del hecho jurídico sancionado.

4. La fecha cierta

Un requisito probatorio de suma importancia que debe tenerse en cuenta es el referente a la fecha cierta. Como es sabido, a partir de la instauración del consensualismo en el derecho mexicano, por regla general el acto jurídico existe y surte plenamente sus efectos a partir de su celebración, sin que se requieran formalidades algunas para su existencia.⁵¹

Este sistema fue duramente criticado por la doctrina por la inseguridad jurídica que genera,⁵² ya que podría ocurrir que una persona, obrando ilícitamente, antedate la fecha del otorgamiento un acto jurídico con el fin de sustraer bienes de su patrimonio en detrimento de sus acreedores o con el objeto de generar consecuencias jurídicas incompatibles con un derecho —real o personal— lícitamente creado.

Derivado de esta situación, tanto la doctrina como la legislación y la jurisprudencia, han establecido como requisito de oponibilidad la fecha cierta. Cabe destacar que se trata de un requisito adjetivo —y no sustantivo—, creado por la necesidad de certeza en el tráfico jurídico, y que el mismo no desvirtúa el sistema de oponibilidad natural del supuesto jurídico, sino que, por el contrario, lo confirma, al tener por presupuesto el mismo.

⁵¹ “Artículo 1796. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la Ley...”

“Artículo 1832. En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley”.

“Artículo 1833. Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal”.

“Artículo 1859. Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos”.

“Artículo 2232. Cuando la falta de forma produzca nulidad del acto, si la voluntad de las partes ha quedado constante de una manera indubitable y no se trata de un acto revocable, cualquiera de los interesados puede exigir que el acto se otorgue en la forma prescrita por la ley”.

⁵² Véase HERNÁNDEZ DE RUBÍN, Claudio, “La forma del contrato en el Código Civil para el Distrito Federal frente a la contratación electrónica”, en *Obra Jurídica Enciclopédica en Homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su Primer Centenario. Derecho de Obligaciones*, ELD-Editorial Porrúa, México, 2012, pp. 395 y ss.

Por su parte, el Código Civil,⁵³ a propósito de la cesión de crédito establece como requisito de oponibilidad el de fecha cierta, en los siguientes términos:

Artículo 2034.—La cesión de créditos que no sean a la orden o al portador, no produce efectos contra tercero, sino desde que su fecha deba tenerse por cierta, conforme a las reglas siguientes:

I. Si tiene por objeto un crédito que deba inscribirse, desde la fecha de su inscripción, en el Registro Público de la Propiedad;

II. Si se hace en escritura pública, desde la fecha de su otorgamiento;

III. Si se trata de un documento privado, desde el día en que se incorpore o inscriba en un Registro Público; desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaren, o desde la fecha en que se entregue a un funcionario público por razón de su oficio.

La disposición no debe interpretarse en sentido literal entendiendo que la fecha cierta da oponibilidad a la cesión de derechos, pues como lo hemos venido sosteniendo, en nuestra tradición jurídica y derecho positivo los hechos jurídicos son oponibles naturalmente. Como lo veremos a continuación, la jurisprudencia claramente ha establecido que la circunstancia de que un documento privado no tenga fecha cierta, no veda a quien lo invoca de su derecho para acreditar, por cualquier otro medio, su certeza. Se está frente a un supuesto de acreditación, es decir, se trata de un tema probatorio, adjetivo, pues, como es sabido, no basta ser titular de un derecho, se debe además contar con los medios adjetivos necesarios para probarlo en el tráfico jurídico.

La jurisprudencia mexicana ha hecho extensivo el requisito de fecha cierta y los medios para obtenerla —establecidos por el artículo 2034 antes transcrito— a prácticamente la totalidad de los hechos jurídicos.⁵⁴ El siguiente criterio firme resume los medios para obtener la fecha cierta:

DOCUMENTOS PRIVADOS, FECHA CIERTA DE LOS.—Solamente puede considerarse que los documentos privados tienen fecha cierta cuando han sido presentados

⁵³ En lo sucesivo, cuando se mencione simplemente Código Civil, se estará haciendo referencia al Código Civil para el Distrito Federal.

⁵⁴ Varios de esos criterios se encuentran recopilados en LOBO, Teresa, “La fecha cierta de los documentos en relación con su eficacia probatoria”, en *Revista de Derecho Privado*, nueva época, año II, No. 5, [en línea] 2003, (mayo-agosto): [Consultado el 5 de abril de 2016] Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/5/jur/jur9.pdf>.

a un Registro Público, o ante un funcionario en razón de su oficio, o a partir de la fecha de la muerte de cualquiera de sus firmantes.⁵⁵

Más ejemplos de ello se encuentran en los siguientes criterios:

DOCUMENTOS PRIVADOS DE FECHA CIERTA.—Es verdad que conforme a lo dispuesto por el artículo 2034, fracción III del Código Civil, y las tesis de jurisprudencia emitidas, respectivamente, por la otrora Tercera Sala y la actual Primera Sala, ambas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyos rubros son: “DOCUMENTOS PRIVADOS, FECHA CIERTA DE LOS”. e “INTERÉS JURÍDICO EN EL AMPARO, INEFICACIA DEL CONTRATO PRIVADO DE COMPRAVENTA DE FECHA INCIERTA, PARA ACREDITARLO”, los hechos que hacen cierta la fecha en un documento privado, son: la inscripción en el Registro Público de la Propiedad; la entrega del documento a un funcionario público en razón de su oficio, y la muerte de cualquiera de los que lo firmen. Sin embargo, la circunstancia de que el documento privado en sí no tenga alguna de esas características, no veda a quien lo exhibe de su derecho para acreditar, por cualquier otro medio, su certeza; pero esos hechos que se invoquen y demuestren deben ser tales, que de ello surja como consecuencia necesaria la existencia del documento al tiempo en que se verificaron, es decir, deben ser capaces de eliminar la posibilidad de que sea de una fecha diversa.⁵⁶

INTERÉS JURÍDICO EN EL AMPARO. PUEDE ACREDITARSE CON EL CONTRATO PRIVADO TRASLATIVO DE DOMINIO CUYAS FIRMAS SE RATIFICAN ANTE NOTARIO, PORQUE ES UN DOCUMENTO DE FECHA CIERTA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA).—Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que un documento privado es de fecha cierta, entre otros supuestos, desde el momento en que se entrega a un funcionario en razón de su oficio. Ahora bien, entre las funciones de los notarios está la de dar fe pública para hacer constar los actos y hechos jurídicos a los que los interesados deban o quieran dar autenticidad y fuerza probatoria, así como la de expedir las certificaciones que procedan legalmente, de manera que la certificación de una ratificación de firmas que calzan un contrato privado otorga la certeza de que al menos en la fecha en que ésta se efectúa, ya se había celebrado el acto traslativo de dominio, evitando con ello el riesgo de un fraude contra los acreedores. Así, mientras no se declare judicialmente su falsedad, la certificación del notario convierte al documento privado en uno público con valor probatorio pleno de la celebración del acto jurídico que se ratificó, no respecto del contenido del documento, pero sí en cuanto a la ratificación de las firmas; de ahí que constituye prueba suficiente para acreditar ante el juzgador que la propiedad del bien se transmitió antes de que se practicara el embargo que motiva la interpo-

⁵⁵ Tesis 220, Apéndice 2000, Sexta Época, t. IV, p. 180.

⁵⁶ Tesis I.4o.C. J/20, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXI, mayo de 2005, p. 1279.

sición del juicio de amparo, es decir, sirve para justificar la existencia de un agravio en contra del comprador ante la privación de su propiedad y, por tanto, para acreditar el interés jurídico para solicitar la protección constitucional.⁵⁷

DOCUMENTOS PRIVADOS, FECHA CIERTA DE LOS. INTERPRETACIÓN DE LA TESIS DE JURISPRUDENCIA DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CUYO RUBRO DICE: “INTERÉS JURÍDICO EN EL AMPARO, INEFICACIA DEL CONTRATO PRIVADO DE COMPRAVENTA DE FECHA INCIERTA, PARA ACREDITARLO”.—De la ejecutoria de la Primera Sala del más Alto Tribunal, de donde surgió la tesis cuyo rubro quedó anotado, se desprende lo siguiente: Que el Máximo Tribunal ha reiterado en diferentes ocasiones que la fecha cierta de un documento privado es la que: a) se tiene a partir del día en que se incorpore o se inscriba en un Registro Público de la Propiedad; o, b) desde la fecha en que el documento se presente ante un funcionario público por razón de su oficio; y, c) a partir de la muerte de cualquiera de los firmantes. Lo anterior, es acorde con la tesis de la anterior Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, localizable en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, Sexta Época, Tomo IV, Parte SCJN, página 162, cuyo rubro dice: “DOCUMENTOS PRIVADOS, FECHA CIERTA DE LOS”, así como con el contenido del artículo 2034 del Código Civil del Distrito Federal. Sin embargo, en la citada tesis de jurisprudencia se dijo que un documento privado en el que se hiciera constar un acto traslativo de dominio debía ser considerado de fecha cierta, a partir de la fecha en que se celebrara ante fedatario público o funcionario autorizado, o era inscrito en el Registro Público de la Propiedad de su ubicación, o a partir de la fecha de la muerte de cualquiera de los firmantes. Lo anterior debe ser interpretado en el sentido de que el documento privado que da certeza al acto traslativo de dominio es de fecha cierta cuando se presenta ante un funcionario público por razón de su oficio, se incorpore o inscriba en un Registro Público de la Propiedad o a partir de la muerte de cualquiera de los firmantes, como, por ejemplo, cuando un contrato privado de compraventa de un bien inmueble es presentado ante un notario público para su ratificación y ésta se hace con las formalidades que exige la ley del notariado de la entidad federativa en donde éste actué, ya que de estimar lo contrario podría conducir a establecer que cualquier acto traslativo de dominio tendría que ser celebrado ante un funcionario que por razón de su oficio esté dotado de fe pública, con lo cual se desconocería la existencia de documentos privados ratificados ante quienes se encuentren investidos de fe pública, como son los notarios públicos, para hacer constar la ratificación de algún acto jurídico que la ley les permita.⁵⁸

⁵⁷ Tesis 1a./J. 96/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVI, septiembre de 2007, p. 191.

⁵⁸ Tesis I.9o.C.93 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XV, mayo de 2002, p. 1211.

IV. LA OPONIBILIDAD NATURAL DEL DERECHO REAL Y DEL DERECHO PERSONAL⁵⁹

Si bien es cierto la oponibilidad se presenta naturalmente en los derechos reales y personales desde el momento de su existencia, cobra relevancia hasta el momento en que surge un conflicto derivado de los efectos de dos o más hechos jurídicos que se contraponen.

Es por ello que a continuación se analizará la oponibilidad derivada del conflicto que surge entre: A. Derechos Reales; B. Derechos Personales; y C. Un derecho real y uno personal.

A. OPONIBILIDAD ENTRE DERECHOS REALES

Es posible y lícito que dos o más derechos reales coexistan sobre un mismo bien,⁶⁰ pero también puede ocurrir que los efectos entre ellos sean incompatibles. En este caso se suscita un conflicto, mismo que debe resolverse con base en el principio jurídico de “primero en tiempo primero en derecho”, teniendo en cuenta el requisito de fecha cierta tratado anteriormente.

La oponibilidad natural del primer derecho real constituido afecta al segundo o ulteriores que incompatiblemente pretenden constituirse, generando una imposibilidad jurídica o ilicitud.⁶¹

B. OPONIBILIDAD ENTRE DERECHOS PERSONALES

En principio, no existe conflicto entre derechos personales, pues estos tienen por objeto una facultad del acreedor sobre la conducta del deudor, lo que significa que, en caso de incumplimiento, cada deudor deberá respon-

⁵⁹ En el presente apartado se analizará la oponibilidad natural del derecho real y del derecho personal, es decir, la oponibilidad que les corresponde por su sola existencia. La oponibilidad que surge de ellos derivada de la conjugación de su oponibilidad natural con su inscripción en el Registro Público de la Propiedad, se analizará en el siguiente apartado.

⁶⁰ Piénsese, por ejemplo, en el usufructo sobre un bien hipotecado. Al efecto el Código Civil dispone: “Artículo 2900.—Puede hipotecarse la nuda propiedad, en cuyo caso si el usufructo se consolidare con ella en la persona del propietario, la hipoteca se extenderá al mismo usufructo si así se hubiere pactado”.

⁶¹ Al efecto el Código Civil señala lo siguiente:

“Artículo 2224.—El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado”.

“Artículo 2225—La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley”.

der a sus acreedores de conformidad con las disposiciones legales correspondientes.

Pero como ya se señaló anteriormente a propósito de la prerrogativa de preferencia en el derecho personal, puede ocurrir que el deudor se encuentre en estado de insolvencia y esto acarre un concurso de acreedores. Estos verán satisfechos sus créditos de acuerdo con el orden de prelación establecido por el ordenamiento jurídico y de conformidad con la fecha cierta de sus créditos. Al efecto el Código Civil dispone lo siguiente:

Artículo 2977.—Concurriendo diversos acreedores de la misma clase y número, serán pagados según la fecha de sus títulos, si aquella constare de una manera indubitable. En cualquier otro caso serán pagados a prorrata.

Los derechos personales preferentes son oponibles a los derechos personales sin preferencia o con preferencia inferior. Al efecto resulta ilustrativo el siguiente criterio:

TERCERÍA EXCLUYENTE DE PREFERENCIA. SU OBJETO ES DECLARAR CUÁL CRÉDITO TIENE QUE PAGARSE PRIMERO.—El objeto de la tercería excluyente de preferencia es decidir cuál crédito se tiene que pagar primero, esto es, en ella se dirime el mejor derecho que el tercero deduzca para ser pagado. Por lo tanto, la tercería de preferencia debe fundarse precisamente en la existencia de un crédito que por su naturaleza excluye al crédito del acreedor en el juicio principal; de modo que la sentencia al declarar la preferencia que alegue el tercero opositor para ser pagado antes que al ejecutante, implica el análisis y pronunciamiento sobre la existencia del crédito y su calidad privilegiada. La preferencia de los créditos frente al deudor común deriva de las disposiciones sustantivas respecto a la prelación que los mismos tienen. Para ello, debe tomarse en cuenta, como regla general, la inscripción de los gravámenes en el Registro Público de la Propiedad. Luego, como el objeto de la tercería excluyente de preferencia es que se declare que el crédito del tercerista es preferente al del acreedor del juicio principal, y ello requiere que se analice el título presentado por el tercerista, frente al título exhibido en el juicio natural, por tanto, el juzgador tiene forzosamente que hacer el estudio de ambos títulos, ya que, de otra manera, no estaría en condiciones de resolver cuál de los dos constituye un derecho preferente. De ello se desprende que el tercerista debe acreditar la existencia de su derecho y la preferencia respecto al crédito del ejecutante; a la vez debe acreditar el monto de su crédito, con el objeto de que el Juez determine la cantidad que debe ser pagada al ejecutante, en caso de que el crédito preferente sea menor que el precio del bien rematado, o bien, a cuánto asciende el remanente que debe quedar a disposición del deudor. De la interpretación sistemática y armónica de los artículos 567, 568, 591 y 592 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, de aplicación supletoria al Código de Comercio en términos del artículo 1054 de este último ordenamiento legal, se desprende la necesidad de acreditar el impor-

te del crédito, puesto que para que pueda procederse al remate de bienes raíces, se debe citar a todos los acreedores que aparezcan en el certificado de gravámenes que expida el Registro Público de la Propiedad, con el objeto de que éstos puedan intervenir en el avalúo de la cosa embargada y en el acto mismo del remate, si así lo desean. Con el precio del remate se pagará al acreedor ejecutante hasta donde alcance, siempre y cuando el bien rematado no tenga que responder por diversos créditos, en virtud de reembargos posteriores o de gravámenes inscritos con anterioridad al embargo que provocó el remate, ya que de existir aquéllos, con el producto del remate habrán de pagarse primero los créditos preferentes y, por ende, los mismos deberán encontrarse cuantificados, incluso si la ejecución se hubiere despachado a instancia de un segundo o ulterior acreedor hipotecario (con mayor razón cuando se hubiere despachado a instancia de un acreedor quirografario o personal). De ahí que la sentencia que decida la acción de tercería preferente necesariamente debe establecer la certeza del crédito y del monto, así como el carácter preferente del crédito, a efecto de que, en su caso, con el precio del remate se pague el crédito declarado preferente y el remanente del precio del remate sirva para cubrir en forma parcial o total el monto de las cantidades adeudadas al ejecutante y, en su caso, si hay algún sobrante, éste sea entregado al ejecutado.⁶²

C. OPONIBILIDAD DEL DERECHO REAL FRENTE AL DERECHO PERSONAL

Tanto el derecho real como el derecho personal son naturalmente oponibles. En principio los mismos no entran en conflicto ya que tienen objetos distintos, ya que el objeto del derecho real es la facultad de aprovecharse económicamente de un bien, en tanto que el objeto del derecho personal es la facultad de exigir una conducta a un deudor.

A pesar de ello puede ocurrir que, en caso de incumplimiento de un derecho personal, el acreedor pretenda hacer efectivo el principio de responsabilidad patrimonial sobre uno o varios bienes del deudor, lo que puede generar un conflicto, ya que el acreedor debe respetar las extracciones de bienes realizadas previamente y con fecha cierta. También deberá respetar los derechos reales constituidos a favor de terceros bajo las mismas circunstancias.

Por otra parte, cuando existe una obligación de dar, tanto el acreedor como el deudor —al igual que todos los sujetos de derecho—, deben respetar los derechos reales constituidos con fecha cierta a favor de terceros, lo que puede traer como consecuencia un incumplimiento de la obligación.

⁶² Tesis I.9o.C.93 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XIII, marzo de 2001, p. 1823.

V. LA OponIBILIDAD DEL DERECHO REAL Y DEL DERECHO PERSONAL EN EL REGISTRO PÚBLICO DE LA PROPIEDAD

El planteamiento que en este momento surge es, si los Hechos Jurídicos son Oponibles en sí mismos ¿Para qué sirve la oponibilidad que proporciona el Registro Público de la Propiedad?

Es momento de proceder al análisis de las reglas especiales que otorga la oponibilidad registral a los derechos reales y personales, en su regulación en el derecho civil de la Ciudad de México.

A. LA OponIBILIDAD EN EL REGISTRO PÚBLICO DE LA PROPIEDAD

1. *Principio general*

El principio general en materia de oponibilidad se encuentra establecido por el artículo 3007 del Código Civil, el cual dispone lo siguiente:

Los documentos que conforme a las Leyes sean registrables y no se registren, solo producirán efectos entre las partes y no en perjuicio de tercero.

2. *Hechos jurídicos registrables*

El artículo 3007 del Código Civil se refiere a “documentos registrables”,⁶³ cuando realmente debió referirse a hechos jurídicos registrables.⁶⁴ Los hechos

⁶³ “Todo asiento registral debe ser materializado para que objetivamente se pueda conocer el acto que se celebró. Podemos dividir la inscripción en material, en relación con el acto; y formal, en relación con los documentos. Esta división obedece a una discusión: ¿qué se inscribe, el acto celebrado o el documento que lo contiene? Consideramos que el registro, atendiendo a sus causas finales, debe inscribir ambos; es decir, tanto un documento que cubre los requisitos de forma y validez, de forma necesariamente instrumental, como un acto o hecho relevante para las partes, que está contenido en ese instrumento, pero con vida propia, independiente de aquél que es la materialización del negocio jurídico”. RÍOS HELLIG, Jorge, “La Práctica del Derecho Notarial”, McGraw-Hill, México, 2000, pp. 326-327.

⁶⁴ El documento es únicamente el instrumento donde consta el hecho o acto jurídico a registrar. El artículo 3005 del Código Civil establece cuales son los documentos registrables:

“Artículo 3005. Sólo se registrarán:

I. Los testimonios de escrituras o actas notariales u otros documentos auténticos;

II. Las resoluciones y providencias judiciales que consten de manera auténtica, así como los convenios emanados del procedimiento de mediación que cumplan con los requisitos previstos por el artículo 38 de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal.

jurídicos registrables se encuentran enunciados en el artículo 3042 del Código Civil, en los siguientes términos:

Artículo 3042.—En el Registro Público de la Propiedad inmueble se inscribirán:

I. Los títulos por los cuales se cree, declare, reconozca, adquiera, transmita, modifique, limite, grave o extinga el dominio, posesión originaria y los demás derechos reales sobre inmuebles;

II. La constitución del patrimonio familiar;

III. Los contratos de arrendamiento de parte o de la totalidad de bienes inmuebles, por un período mayor de seis años y aquellos en que haya anticipos de rentas por más de tres años;

IV. El decreto de expropiación y de ocupación temporal y declaración de limitación de dominio de bienes inmuebles; y

V. Los demás títulos que la ley ordene expresamente que sean registrados.

Debe destacarse que en el Registro Público de la Propiedad no se inscriben únicamente títulos relacionados con derechos reales, pues la fracción tercera del artículo 3042 antes transcrito, exige la inscripción del contrato de arrendamiento. Por su parte, también el artículo 3043 del Código Civil prevé la anotación preventiva de figuras distintas a los derechos reales en los siguientes términos:

Se anotarán previamente en el Registro Público:

I. Las demandas relativas a la propiedad de bienes inmuebles o a la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real sobre aquellos;

II. El mandamiento y el acta de embargo, que se haya hecho efectivo en bienes inmuebles del deudor;

III. Las demandas promovidas para exigir el cumplimiento de contratos preparatorios o para dar forma legal al acto o contrato concertado, cuando tenga por objeto inmuebles o derechos reales sobre los mismos;

IV. Las providencias judiciales que ordenen el secuestro o prohíban la enajenación de bienes inmuebles o derechos reales;

V. Los títulos presentados al Registro Público y cuya inscripción haya sido denegada por el registrador en los términos de este Código y la Ley Registral;

III. Los documentos privados que en esta forma fueren válidos con arreglo a la Ley, siempre que al calce de los mismos haya la constancia de que el Notario, el Registrador, o el Juez competente, se cercioraron de la autenticidad de las firmas y de la voluntad de las partes.

Dicha constancia deberá estar firmada por los mencionados fedatarios y llevar impreso el sello respectivo”.

dicha anotación preventiva se hará de oficio y la cual sólo constará en el Sistema Informático, sin solicitud del interesado y aun cuando no interponga el recurso de inconformidad, anotación que caducará en los términos del artículo 3035 del presente Ordenamiento;

VI. Las fianzas legales o judiciales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2852 de este Código, así como las fianzas a que se refieren los artículos 31 y 100 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

VII. Los convenios emanados del procedimiento de mediación que cumplan con los requisitos previstos por el artículo 38 de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal.

VIII. Las resoluciones judiciales en materia de amparo que ordenen la suspensión provisional o definitiva, en relación con bienes inscritos en el Registro Público;

IX. Cualquier otro título que sea anotable, de acuerdo con este Código u otras Leyes, y

X. El Certificado del Registro de Deudores Alimentarios Morosos a que se refiere el artículo 35 del presente Código.

3. *Hechos jurídicos no registrables*

No todos los hechos jurídicos relacionados con derechos reales son inscribibles en el Registro Público de la Propiedad.⁶⁵ Por ejemplo, los hechos jurídicos relacionados con bienes muebles no son objeto de inscripción en el Registro Público de la Propiedad, ya que por reforma al Código Civil publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el día 23 de julio de 2012, quedaron derogadas las disposiciones que exigen la misma. Los conflictos que puedan suscitarse a propósito de ellos deben resolverse conforme a las reglas de oponibilidad natural o extraregistrada analizadas anteriormente en este trabajo.

Tampoco los bienes propiedad federal⁶⁶ y los sujetos al régimen agrario⁶⁷ deben inscribirse forzosamente en el Registro Público de la Propiedad.

⁶⁵ Hay que tener en cuenta que, en el Registro Público de la Propiedad, por una parte, no se inscriben todos los Hechos Jurídicos relacionados con la propiedad y por otra, se inscriben Derechos Personales que, desde luego, tienen por objeto una conducta y no un bien.

⁶⁶ La Ley General de Bienes Nacionales regula el Registro Público de la Propiedad Federal y dispone lo siguiente:

“Artículo 42...—Las inscripciones de actos jurídicos y administrativos ante el Registro Público de la Propiedad Federal surtirán efectos contra terceros, aun cuando no estén inscritos en el Registro Público de la Propiedad de la ubicación de los inmuebles, quedando a salvo los derechos de aquéllos para hacerlos valer en la vía legal procedente. En caso de oposición entre los asientos registrales del Registro Público de la Propiedad Federal y los del Registro

Desde luego, los efectos de los hechos jurídicos relacionados con tales bienes son oponibles de acuerdo con sus propias reglas registrales y a falta de ellas, de acuerdo con las relativas a la oponibilidad extraregstral.⁶⁷

4. *Los hechos jurídicos registrables y no registrados*

De la interpretación literal del artículo 3007 del Código Civil se desprende que los documentos que conforme a la ley sean registrables y no se registren, no producen efectos en contra de terceros.

Dicha interpretación literal desajusta por completo con el sistema de oponibilidad natural del hecho jurídico que se ha sostenido en el presente trabajo, pues parece condicionar la oponibilidad a la inscripción en el Registro Público de la Propiedad.⁶⁸

Desafortunadamente, la redacción de esta disposición es la que ha generado el tan recurrente error en algunos estudiosos del derecho de desconocer la oponibilidad natural de los hechos jurídicos. Las interpretaciones literales no suelen ser las más acertadas, debiendo acudir a las interpretaciones sistemáticas si se pretende encontrar certeza en el análisis.

Nuestro derecho civil, en su inmensa mayoría, es de tradición francesa y se basa en el sistema de oponibilidad natural del hecho jurídico.⁶⁹ El ar-

Público de la Propiedad de la localidad en que se ubiquen los bienes, se dará preferencia a los del primero en las relaciones con terceros, quedando a salvo los derechos de éstos para hacerlos valer en la vía legal procedente”.

⁶⁷ En materia agraria existe el Registro Agrario Nacional. La Ley Agraria establece respecto a este último lo siguiente:

“Artículo 150.—Las inscripciones en el Registro Agrario Nacional y las constancias que de ellas se expidan, harán prueba plena en juicio y fuera de él. Cuando los actos a que esta ley se refiere deban inscribirse en el Registro y no se inscriban, sólo surtirán efectos entre los otorgantes, pero no podrán producir perjuicio a terceros, quienes sí podrán aprovecharlos en lo que les fueren favorables”.

⁶⁸ Piénsese por ejemplo en un bien inmueble no inmatriculado ¿Acaso su titular no puede oponer su derecho real de propiedad a nadie? Evidentemente puede hacerlo.

⁶⁹ “Sin duda, los dos grandes sistemas hipotecarios que se configuran en el siglo XIX en el espacio europeo son el germánico y el francés. Sin embargo, de la unión de ciertos elementos provenientes de ambos modelos surge un tercer sistema, que sólo de manera tímida ha sido reconocido como tal... Este tercer modelo nace originariamente a partir del sistema francés en aquellos países que, en un primer momento, bien de manera voluntaria bien forzosamente, habían recibido el contenido hipotecario del Código civil francés. En estos lugares, una vez que se constatan los inconvenientes que se derivan de las excepciones previstas en el *Code* a la publicidad y a la especialidad inmobiliaria, se procede a la reforma de las respectivas legislaciones superando el contenido del régimen francés y aproximándose a las legislaciones germánicas con la sujeción a estos principios de todos los actos que afectan a la

título 3007 antes citado, tiene sus antecedentes en el sistema de derecho registral germánico, que tradicionalmente es calificado como de efectos constitutivos.⁷⁰

Recuérdese que en el Código Napoleón de 1804 el sistema de publicidad se hallaba circunscrito a la materia hipotecaria. En México, antes de 1870 —siguiéndose tal sistema—, la actividad registral se realizaba a través de los oficios de hipotecas, en los que se registraba la propiedad únicamente cuando iba a garantizar un crédito.

Dicho sistema fue cambiado en México por el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870, mismo que impuso de manera general el deber de registrar todos los actos y contratos *inter vivos* relacionados con la propiedad, lo que hizo necesario tomar como base un modelo de legislación distinto al francés.

El modelo utilizado en este caso —como en muchos otros más— fue el del proyecto de Código Civil Español de Florencio García Goyena, del año de 1851. Este autor, en sus famosas “Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español”, señaló:

Las disposiciones contenidas en este título y en el siguiente alteran profundamente nuestra legislación en la materia que les sirve de objeto, la amplía, además, y puede decirse que introducen en ella una verdadera novedad...

propiedad inmueble. Posteriormente este régimen se extiende por países en los que el sistema hipotecario francés no había llegado a estar en vigor, como sucede en España, pero que en el momento de reformar sus respectivas legislaciones hipotecarias toman como punto de referencia los textos de estos países que habían incorporado importantes novedades respecto del sistema mixto francés...” (SERNA VALLEJO, Margarita, “La Publicidad Inmobiliaria en el Derecho Hipotecario Histórico Español”, Tesis de Doctorado, España: Universidad de Cantabria Facultad de Derecho-Departamento de Derecho Privado, 1995, p. 84).

⁷⁰ “Para poder entender la significación del contrato abstracto de enajenación en el Registro Inmobiliario germánico, es menester recordar la absoluta separación que establecía el derecho romano entre los actos generadores de las obligaciones y los actos constitutivos y traslativos de derechos reales, separación que aún se conserva en el derecho germánico, a diferencia de lo que ocurre en nuestro derecho civil, en el que a imitación del Código napoleónico, se atribuye a los contratos sobre cuerpo cierto un efecto traslativo inmediato sin necesidad de entrega del bien...”

Sólo después de esa resolución judicial favorable, se procede a la inscripción, la cual es el único y verdadero título de propiedad o del derecho real de que se trate, perdiendo importancia los actos que sirvieron de base a la misma inscripción, pues ésta tiene por sí sola un valor *sustantivo* independiente de aquellos y hasta que se practica la misma inscripción, se transmite el dominio y demás derechos reales sobre los inmuebles entre las partes como frente a todo el mundo “*erga omnes*”. SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los Contratos Civiles*, Editorial Porrúa, México, 2008, p. 547.

Nuestros legisladores han proclamado también el principio de publicidad; han lamentado su inobservancia, y han dado, aunque con mucha timidez, algún paso en este camino; pero desgraciadamente nuestras leyes recopiladas, y los decretos que han venido después, no han hecho más que demostrar la completa ineficacia de todas las disposiciones que se han adoptado hasta ahora. La Comisión general de Códigos adoptó desde luego los dos grandes principios de *publicidad* y de *especialidad* de las hipotecas: la Sección del Código Civil ha hecho la aplicación de estos principios en este título y en el siguiente... sistema que ha recibido el nombre de alemán, porque en efecto Alemania es su cuna y su principal teatro. Puede desde luego tenerse entendido que las principales disposiciones de estos dos títulos convienen sustancialmente con las de Baviera, Prusia, Ginebra y Würtemberg, las cuales son la expresión más fiel del sistema germánico, admitido en otros diez y siete Estados, y que sucesivamente va extendiéndose también á Italia, á la Bélgica, y que amenaza asimilarse la legislación francesa con la de otros Estados que siguen hasta ahora el sistema mixto de Francia.⁷¹

Así se incorporó al Código Civil mexicano de 1870 el artículo 3332, que dispuso: “Los actos y contratos que conforme a la ley deben registrarse, no producirán efecto contra tercero, si no estuvieren inscritos en el oficio respectivo”.

Respecto del mismo, se suscitaron los siguientes comentarios por parte de la comisión redactora del código:

Los actos y contratos que conforme á la ley deben registrarse, no producirán efecto contra tercero, si no estuvieren inscritos en el oficio respectivo.

La comisión dice: que al adoptar este sistema del *registro público*, enteramente nuevo entre nosotros, lo hizo á fin de hacer con él mas seguros los contratos y menos probable la ocultación de los gravámenes y demás condiciones de los bienes inmuebles; y que aunque probablemente, requiere mayor desarrollo; creyó que por ahora bastaba establecer las bases principales, dejando á los reglamentos administrativos toda la parte mecánica, la cual debiendo sufrir todas las modificaciones que la experiencia vaya dictando, puede ser objeto de progresivas, sin que tal vez sea necesario en mucho tiempo tocar el Código.⁷²

⁷¹ GARCÍA GOYENA, Florencio, “Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español Concordado expresamente para la “Biblioteca de Jurisprudencia con arreglo a la legislación vigente en la República Mexicana”, edición facsimilar de la Imprenta de la Biblioteca de Jurisprudencia, 1878-1881, t. IV, SCJN-TSJD, México, 2011, p. 151.

⁷² *Ibidem*, p. 176.

El artículo 3007 del Código Civil actual, interpretado literalmente, genera incongruencia, porque pareciera ser que los actos que no son registrables conforme a la ley —piénsese, por ejemplo, en los relativos a los bienes muebles o propiedad pública— son oponibles naturalmente, en tanto que los que sí son registrables en el Registro Público de la Propiedad, no son oponibles hasta que se obtenga su registro.

El principio general establecido por el artículo 3007 del Código Civil debe ser estudiado más allá de su literalidad. Para ello es previamente indispensable analizar la figura de Tercero para efectos del Registro Público de la Propiedad.

5. *Tercero para efectos registrales*

Como se ha mencionado anteriormente, la oponibilidad existe naturalmente en los hechos jurídicos, pero cobra relevancia hasta el momento en que hay conflicto de derechos.

Para que una persona pueda beneficiarse de la inoponibilidad con la que sanciona el Registro Público a determinados hechos jurídicos, es necesario que cumpla con algunos requisitos específicos. Quien cumple con los mismos —y, por lo tanto, se beneficia de la protección registral—, se denomina tercero para efectos de registro.⁷³ A quien no cumple con ellos se le denomina tercero simple. Al efecto, el Código Civil dispone lo siguiente:

Artículo 3008.—La inscripción de los actos o contratos en el Registro Público tiene efectos declarativos, por lo tanto, no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, ni protege los derechos inscritos cuya causa de nulidad resulte claramente del mismo registro.

Artículo 3009.—No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los actos o contratos que se otorguen o celebren por personas que en el Registro aparezcan con derecho para ello, no se invalidarán en perjuicio de tercero de buena fe una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho de su otorgante o de titulares anteriores en virtud de título no inscrito aun siendo válido o por causas que no resulten claramente del mismo Registro. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará al último adquirente cuya adquisición se haya efectuado en violación a disposiciones prohibitivas o de orden público. En cuanto a adquirentes a título gratuito, gozarán de la misma protección registral que la que tuviere su causante o transferente.

⁷³ Tal vez sería más conveniente denominarle Tercero Beneficiado por los efectos del Registro.

La buena fe se presume siempre; quien alegue lo contrario tiene la carga de la prueba.

Jorge Ríos Hellig nos indica cuáles son los requisitos que debe cumplir el tercero registral.

Por lo que se refiere al tercero registral, sus características son:

1. Que haya inscrito un derecho;
2. Que este derecho lo haya adquirido de quien aparece como titular legítimo de acuerdo con los datos que ofrece la publicidad del Registro Público;
3. Que sea de buena fe, esto es, que no haya conocido los vicios en las anotaciones o asientos del registro si las hay;
4. Que haya adquirido su derecho a título oneroso. En caso de conflicto de derechos entre un adquirente a título oneroso y uno a título gratuito, se le da preferencia al primero.⁷⁴

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en diversas ejecutorias acerca de los requisitos que debe cumplir el tercero registral. Se citan los siguientes criterios:

TERCERO DE BUENA FE REGISTRAL.—El Registro Público de la Propiedad Inmobiliaria tiene por objeto dar estabilidad y seguridad jurídica al derecho de propiedad sobre bienes inmuebles. Su función es dar a conocer la verdadera situación jurídica de un inmueble, tanto respecto del derecho de propiedad, como respecto de las cargas o derechos reales que pueda reportar el inmueble, con la finalidad de impedir fraudes en las enajenaciones y gravámenes sobre inmuebles. Lo anterior se logra mediante el cumplimiento de diversos principios registrales, como el principio de publicidad registral, que tiene por objeto dar publicidad a sus inscripciones, para que cualquier persona que consulte sus registros pueda tener la certeza de la situación de los inmuebles que están inscritos, así como los principios de legitimación y de fe pública registral, los cuales otorgan una presunción *iuris tantum* de veracidad a las inscripciones, que se mantiene hasta que se pruebe su discordancia con la realidad; pero si se trata de actos que afectan a terceros de buena fe, la presunción deja de admitir prueba en contrario, en cumplimiento a la finalidad de seguridad jurídica que persigue la institución. Dichos principios tienen por objeto asegurar que el comprador de un bien inmueble lo adquiera de quien tiene el legítimo derecho, con la finalidad de que el asiento registral se repute verdadero y sea oponible a terceros, aun cuando a la postre resultara no serlo. Las inscripciones inmobiliarias gozan de una presunción de veracidad, la cual beneficia a los terceros de buena fe. En consecuencia, cuando un tercero adquiere de buena fe, a título

⁷⁴ RÍOS HELIG, *op. cit.*, pp. 335-336.

oneroso, un bien inmueble de quien aparece como propietario en el Registro Público de la Propiedad, si del propio registro no se desprende alguna causa de nulidad de las inscripciones, debe darse validez a la adquisición realizada por el tercero de buena fe, la cual debe prevalecer sobre cualquier otra que no derive del propio registro.⁷⁵

TERCERO DE BUENA FE REGISTRAL. ESTE CONCEPTO, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 2885 DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE GUERRERO, DEBE INTERPRETARSE Y APLICARSE RESTRINGIDAMENTE.—El citado precepto, al prever que la sociedad conyugal no surtirá efectos contra “terceros de buena fe”, si no constare inscrita en el Registro Público, otorga una protección excepcional, ya que tiene como consecuencia que se prive a una persona de un Derecho real —incluido el de propiedad— sobre un inmueble, adquirido con anterioridad a la fecha en que el tercero adquirió el suyo, en beneficio del Derecho real adquirido por el tercero, que es posterior, por lo que es de suma importancia delimitar a quién debe considerarse como tercero de buena fe, así como interpretar y aplicar restrictivamente el concepto, de forma que no se aplique la excepción a “cualquier tercero”, ya que ello produciría un efecto contrario al perseguido por el legislador: debilitar la seguridad jurídica en el derecho de propiedad inmobiliario, al otorgarse una herramienta al titular registral para desposeer y privar de los derechos reales adquiridos a su cónyuge o a cualquier otra persona a quien le hayan transmitido previamente derechos reales sobre el inmueble de que se trate, en beneficio de alguna otra persona o propio, a título gratuito. Por ello, sólo puede tener el carácter de “tercero de buena fe registral” quien: a) adquiera un Derecho real sobre el inmueble de que se trate de quien aparece como titular registral, por virtud de un acto jurídico que se presuma válido o de una resolución judicial; b) inscriba en el Registro Público de la Propiedad a su favor el Derecho real adquirido; c) adquiera a título oneroso, entendiéndose por tal, que debe existir una proporción razonable entre el valor de la cosa y el precio o contraprestación pagado por ella; y, d) desconozca los vicios del título del vendedor y éstos no se desprendan claramente del propio Registro Público de la Propiedad.⁷⁶

6. *La oponibilidad natural de los hechos jurídicos registrables*

Como lo dispone el artículo 3008 del Código Civil antes transcrito, la inscripción en el Registro Público de la Propiedad tiene efectos declarativos, por lo tanto, el hecho jurídico existe independientemente de la inscripción.

⁷⁵ Tesis 1a. CLIII/2012 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XIII, t. 2, octubre de 2012, p. 1216.

⁷⁶ Tesis 1a. XX/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, t. 1, febrero de 2014, p. 689.

A pesar de la interpretación que pueda resultar de la literalidad del artículo 3007 del Código Civil, los Hechos Jurídicos son Oponibles Naturalmente, ya que la protección que brinda el Registro Público de la Propiedad beneficia únicamente a los terceros que cumplan los requisitos para ser cualificados como Tercero Registral.

Cuando se está en presencia de un conflicto entre terceros simples, dicho conflicto se tiene que resolver de conformidad con las reglas extraregistrales en materia de oponibilidad, lo que confirma la oponibilidad natural del hecho jurídico.⁷⁷

7. La inoponibilidad registral como régimen de excepción

Derivado de la oponibilidad natural del hecho jurídico, la función del Registro Público de la Propiedad consiste en generar seguridad jurídica, protegiendo por vía de excepción con el beneficio de la inoponibilidad los efectos de los hechos jurídicos realizados por quienes cumplan los requisitos necesarios para ser considerados tercero para efectos registrales.

La oponibilidad es la regla general. La inoponibilidad es la excepción que en beneficio de sujetos concretos genera el Registro Público de la Propiedad.⁷⁸

⁷⁷ En este sentido, con mayor claridad que en nuestra legislación, el artículo 2022 del Código Civil Peruano establece lo siguiente: “Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone.

Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común”.

Consultado por última vez el 3 de abril de 2016 Disponible en: http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_per_cod_civil.pdf

⁷⁸ En este mismo sentido es de destacarse que la tesis jurisprudencial con el rubro “TERCERO DE BUENA FE REGISTRAL. ESTE CONCEPTO, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 2885 DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE GUERRERO, DEBE INTERPRETARSE Y APLICARSE RESTRICTIVAMENTE” transcrita líneas arriba señala: “El citado precepto, al prever que la sociedad conyugal no surtirá efectos contra “terceros de buena fe”, si no constare inscrita en el Registro Público, otorga una protección excepcional, de buena consecuencia que se prive a una persona de un derecho real —incluido el de propiedad— sobre un inmueble, adquirido con anterioridad a la fecha en que el tercero adquirió el suyo, en beneficio del derecho real adquirido por el tercero, que es posterior, por lo que es de suma importancia delimitar a quién debe considerarse como tercero de buena fe, así como interpretar y aplicar restrictivamente el concepto, de forma que no se aplique la excepción a “cualquier tercero”, ya que ello produciría un efecto contrario al perseguido por el legislador: debilitar la seguridad jurídica en el derecho de propiedad inmobiliario...”

B. LA OponIBILIDAD REGISTRAL

A continuación, se analizarán la oponibilidad e inoponibilidad que genera el Registro Público de la Propiedad, cuando hay conflicto entre: A. Derechos reales; B. Derechos personales; y C. Entre un derecho real y uno personal.

1. Oponibilidad entre derechos reales

Al efecto el primer párrafo del artículo 3013 del Código Civil dispone lo siguiente:

La preferencia entre derechos reales sobre una misma finca u otros derechos, se determinará por la prioridad de su inscripción en el Registro Público, cualquiera que sea la fecha de su constitución, observándose en todo caso lo dispuesto en los artículos 3015 y 3016 de este Ordenamiento.

En esta materia rige el principio de “primero en tiempo primero en derecho”, pero la prioridad no la otorga la fecha cierta de constitución del derecho real, sino la de su inscripción en el Registro Público de la Propiedad.

Si una persona adquiere e inscribe un derecho real, reuniendo los requisitos a que se refiere el artículo 3009 del Código Civil para ser protegido, será beneficiado con la inoponibilidad de los derechos reales no inscritos, incluso con fecha cierta anterior, que puedan existir. La oponibilidad natural del derecho real no inscrito, cede ante la inoponibilidad con que protege el Registro Público de la Propiedad.

El artículo 3015 del Código Civil establece una excepción a lo anterior, ya que otorga la preferencia al derecho real, desde el momento del ingreso al Registro Público de la Propiedad del documento donde consta su constitución.

Artículo 3015.—La prelación entre los diversos documentos ingresados al Registro Público se determinará por la prioridad en cuanto a la fecha y número ordinal que les corresponda al presentarlos para su inscripción, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

Podríamos decir lo siguiente: la regla general es que la preferencia se adquiere desde el momento de la inscripción (artículo 3013 primer párrafo). Como excepción a lo anterior, cuando se hayan en conflicto dos o más documentos pendientes de inscripción, la preferencia la adquirirá el primero ingresado al Registro Público, siempre y cuando culmine favorablemente su inscripción. El principio que subyace en estas disposiciones es que no se puede

beneficiar o perjudicar a los titulares de los derechos reales, con la celeridad o demora que dependa del servicio del Registro Público de la Propiedad y no de ellos.

Por su parte, los artículos 3016 y 3017 establecen otra excepción a las anteriores reglas, en los siguientes términos:

Artículo 3016.—Cuando vaya a otorgarse una escritura en la que se cree, declare, reconozca, adquiera, transmita, modifique, limite, grave o extinga la propiedad o posesión de bienes raíces, o cualquier Derecho real sobre los mismos, o que sin serlo sea inscribible, el notario o autoridad ante quien se haga el otorgamiento, deberá solicitar al Registro Público certificado sobre la existencia o inexistencia de gravámenes o anotaciones en relación con la misma y del titular o titulares registrales. El Registro entregará dicho certificado, en un plazo máximo de siete días. En dicha solicitud, que surtirá efectos de aviso preventivo, deberá mencionarse la operación y finca de que se trate, los nombres de los contratantes y el respectivo antecedente registral. El registrador, con esa solicitud y sin cobro de derechos por este concepto, practicará inmediatamente la nota de presentación correspondiente a dicho aviso preventivo, en el folio relativo, asiento que tendrá vigencia por un término de sesenta días naturales a partir de la fecha de presentación de la solicitud.

Una vez firmada la escritura que produzca cualquiera de las consecuencias mencionadas en el párrafo precedente, el notario o autoridad ante quien se otorgó dará aviso de otorgamiento acerca de la operación de que se trate al Registro Público y contendrá además de los datos mencionados en el párrafo anterior, la fecha de la escritura y la de su firma. El Registrador, con el aviso de otorgamiento citado, sin cobro de derecho alguno, practicará de inmediato la nota de presentación correspondiente. Ésta tendrá una vigencia de noventa días naturales contados a partir de la fecha de presentación del aviso de otorgamiento. Si este aviso se da dentro del plazo de sesenta días a que se contrae el párrafo anterior, sus efectos se retrotraerán a la fecha de presentación de la solicitud a que se refiere el mismo párrafo; en caso contrario, sólo surtirá efectos desde la fecha en que haya sido presentado y según el número de entrada que le corresponda.

La presentación del aviso de otorgamiento podrá ser sustituida por la presentación física del testimonio del instrumento o por la presentación electrónica del formato precodificado con copia certificada electrónica, caso en el cual surtirá los efectos que para el aviso de otorgamiento prevé este artículo, siempre y cuando la presentación se haga dentro del plazo de los sesenta días a que se refiere este párrafo.

Si el testimonio respectivo o formato precodificado con copia certificada electrónica se presentaren al Registro Público dentro de los términos que señalan los dos párrafos anteriores, su inscripción surtirá efectos contra terceros desde la fecha de presentación del aviso preventivo y con arreglo a su número

de entrada. Si el aviso de otorgamiento o el testimonio, formato precodificado con copia certificada electrónica se presentaren fenecidos los referidos plazos, su anotación o inscripción sólo surtirá efectos contra terceros desde la fecha de su respectiva presentación.

Si el documento en que conste alguna de las operaciones que se mencionan en el párrafo primero de este artículo fuere privado, deberá dar el aviso de otorgamiento, con vigencia por noventa días, el notario o el juez competente que se haya cerciorado de la autenticidad de las firmas y de la voluntad de las partes, en cuyo caso el mencionado aviso de otorgamiento surtirá los mismos efectos que el dado por los notarios en el supuesto previsto en el segundo párrafo del presente artículo. Si el contrato se ratificara ante el registrador, éste deberá practicar en la misma fecha la anotación correspondiente.

Los avisos notariales a que se refiere el presente artículo podrán entregarse por vía electrónica, debiendo de inmediato generarse y enviarse por la misma vía acuse de recibo.

Para el caso de que el aviso de otorgamiento a que se refiere este artículo, no coincida en alguno o varios datos con los que constan en el folio real, el registrador deberá publicar que se encuentra detenido para aclaración, informando de manera detallada, en el Boletín Registral las inconsistencias de que se trate, a fin de que el Notario o Autoridad, en un plazo de cinco días hábiles, contados a partir del día siguiente al de la publicación mencionada, presente, mediante sub-número, escrito de aclaración, de tal modo que no se rechace la anotación del aviso de otorgamiento que ha sido aclarado y se tome como número y fecha de prelación, la que corresponda al aviso de otorgamiento aclarado.

Artículo 3017.—La inscripción definitiva de un derecho que haya sido anotado preventivamente, o como consecuencia de aviso de presentación, surtirá sus efectos contra tercero desde la fecha en que la anotación los produjo.

De lo anterior se desprende que, si se constituye un derecho real cumpliendo con el procedimiento y dentro del plazo de vigencia de las notas de presentación a que se refiere el artículo 3016, el mismo adquirirá preferencia desde el momento de la presentación inicial de las mismas.

La preferencia y seguridad jurídica que otorgan los artículos 3016 y 3017 es sumamente conveniente y benéfica para el tráfico jurídico, porque el derecho real adquiere preferencia —y hay certeza y publicidad— incluso desde antes de su existencia y/o de la fecha cierta de su constitución (regla general en materia de oponibilidad).

Algunos criterios relevantes a propósito de la oponibilidad e inoponibilidad entre derechos reales, son los siguientes:

SOCIEDAD CONYUGAL NO INSCRITA EN EL REGISTRO PÚBLICO DE LA PROPIEDAD.
EL DERECHO REAL INMOBILIARIO DEL CÓNYUGE QUE NO APARECE EN LA INSCRIPCIÓN

NO ES OPONIBLE AL DERECHO REAL DE PROPIEDAD DE QUIEN RESULTÓ ADJUDICATARIO DE BUENA FE EN EL PROCEDIMIENTO DE REMATE Y ADJUDICACIÓN EN UN JUICIO EJECUTIVO MERCANTIL.—La otrora Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia 3a./J. 7/93, de rubro: “SOCIEDAD CONYUGAL. LA FALTA DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO PÚBLICO DE LA PROPIEDAD DE LOS BIENES INMUEBLES ADQUIRIDOS DURANTE ELLA, NO IMPIDE QUE EXISTA LEGITIMACIÓN PARA HACER VALER TERCERÍA EXCLUYENTE DE DOMINIO., sostuvo que la falta de inscripción de la sociedad conyugal en el Registro Público de la Propiedad respecto de un inmueble registrado a nombre de uno de los cónyuges, provoca que el derecho del otro que no aparece en la inscripción no pueda oponerse a un tercero que haya adquirido un Derecho real respecto del mismo bien. Ahora bien, en el Código de Comercio el legislador previó que cuando la sentencia de un juicio ejecutivo mercantil es condenatoria y declara procedente la venta de los bienes embargados para hacer pago al acreedor, se tramitará su remate, y que enajenado el bien, ya sea por remate o adjudicación tratándose de inmuebles, el juez y el adjudicatario otorgarán la escritura pública correspondiente ante fedatario público; lo cual permite afirmar que, mediante la tramitación y culminación del procedimiento de remate y adjudicación, derivado de un juicio ejecutivo mercantil, el postor o el adjudicatario adquiere un Derecho real de propiedad sobre el inmueble rematado. Consecuentemente, cuando falte la inscripción de la sociedad conyugal en el Registro Público de la Propiedad respecto de un inmueble que se encuentra registrado a nombre de uno de los cónyuges, el Derecho real de propiedad del cónyuge que no aparece en la inscripción, derivado de la sociedad conyugal, no puede oponerse al Derecho real de propiedad adquirido de buena fe por el postor o el adjudicatario mediante la tramitación y culminación del procedimiento de remate y adjudicación en un juicio ejecutivo mercantil.⁷⁹

SOCIEDAD CONYUGAL. LOS ARTÍCULOS 2880 Y 2885 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE GUERRERO, QUE ESTABLECEN QUE NO ES OPONIBLE A TERCEROS EL DERECHO DE PROPIEDAD DEL CÓNYPUGE NO INSCRITO EN EL REGISTRO PÚBLICO DE LA PROPIEDAD, NO VULNERAN EL ARTÍCULO 40. CONSTITUCIONAL. El citado precepto constitucional protege la organización y desarrollo de la familia, lo cual incide en la protección del patrimonio familiar, puesto que representa el medio para cumplir con algunas de las obligaciones y ejercitar algunos de los derechos inherentes a la familia. Sin embargo, como todos los derechos constitucionales, no es absoluto y, por tanto, admite restricciones. Ahora bien, la restricción que le imponen los artículos 2880 y 2885 citados, al establecer que la sociedad conyugal no surtirá efectos frente a terceros si no consta inscrita en el Registro Público de la Propiedad, persigue una finalidad constitucionalmente válida, consistente en otorgar seguridad jurídica al derecho de propiedad sobre bienes inmuebles, la cual es necesaria para no

⁷⁹ Tesis 1a./J. 18/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XXIII, t. 1, agosto de 2013, p. 644.

dejar desamparado al tercero de buena fe que confió en las inscripciones registrales y, en detrimento de su patrimonio, realizó un pago o hizo una erogación por un valor equivalente al del inmueble en cuestión. De no ser así, se demeritaría la garantía de seguridad jurídica que persigue el Registro Público de la Propiedad, ya que ningún caso tendría llevar un sistema registral si a sus inscripciones no se atribuye efecto o preferencia alguna en caso de algún conflicto entre los derechos que se derivan de un inmueble registrado, lo que conllevaría a una creciente inseguridad jurídica. Sin embargo, sólo es posible sostener la proporcionalidad, y consiguientemente, la constitucionalidad del artículo 2885 del Código Civil del Estado de Guerrero, si el mismo se interpreta de conformidad con los principios de seguridad jurídica y de protección a la familia, consagrados en los artículos 4o. y 16 constitucionales, de manera que el Derecho real inscrito del tercero sólo prevalecerá sobre el Derecho real no inscrito del miembro de la sociedad conyugal, si el término “tercero” a que se refiere el artículo 2885 citado se interpreta en forma restrictiva, con las características que debe reunir un “tercero de buena fe registral”; puesto que sólo así se justifica la limitación que impone el precepto impugnado a los derechos de protección a la familia que regula el artículo 4o. de la Constitución Federal; ya que de otra forma se premiaría a quien actuó de mala fe o fue negligente, en perjuicio de quien contaba con un Derecho real anterior sobre el mismo inmueble, y sólo cometió el error de no inscribirlo. En cuyo caso, el tercero no debe ser protegido, pues el derecho resuelve el conflicto de intereses entre un adquirente gratuito y un adquirente oneroso, protegiendo a éste, ya que el primero nada desembolsa o arriesga. Además, el cónyuge sólo será privado de su Derecho real de copropiedad en beneficio del tercero de buena fe, debido a su propia negligencia o la de su cónyuge; dado que no sería proporcional ni razonable imponer la consecuencia de esa negligencia en el tercero de buena fe, que adquirió a título oneroso el inmueble del titular registral; pagó una contraprestación proporcionada con su valor, y tuvo la diligencia de revisar la documentación del vendedor, las anotaciones registrales y de inscribir su propio título, ya que de anularse su título, sufriría también una merma en su patrimonio, sin haber incurrido en negligencia alguna, ni personalmente, ni a través de su cónyuge. De resolverse lo contrario se le impondría una carga desproporcionada al tercero de buena fe, ya que —a diferencia del Registro Público inmobiliario, que es único, porque cada inmueble sólo puede ser registrado en el lugar de su ubicación— hay un registro civil en cada municipalidad, y una pareja puede optar por casarse en cualquier lugar; de manera que si el titular registral del inmueble no le advierte al tercero de buena fe de su matrimonio o niega estar casado, éste tendría que hacer una búsqueda en todos los registros civiles del país o incluso del extranjero, para poder tener la certeza de que su vendedor no está casado, o si lo está, que está casado por separación de bienes, lo cual sería excesivo, y prácticamente imposible de realizar.⁸⁰

⁸⁰ Tesis 1a. XIX/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 3, t. I, febrero de 2014, p. 687.

2. *Oponibilidad entre derechos personales*

Como se señaló anteriormente, en principio no existe ningún conflicto entre derechos personales, pues estos tienen por objeto una facultad del acreedor sobre la conducta del deudor y, por lo tanto, el primero no tiene ningún derecho sobre los bienes del segundo, hasta el momento en el que se actualiza el principio de responsabilidad patrimonial.

A pesar de ello, en determinados casos el ordenamiento jurídico permite al titular de un derecho personal su inscripción en el Registro Público de la Propiedad, en un determinado bien inmueble, con el objeto de generarle una preferencia en el aprovechamiento económico del mismo.⁸¹

Para los derechos personales también rige como principio general el de “primero en tiempo primero en derecho”, a partir de su inscripción en el Registro Público de la Propiedad, de conformidad con lo establecido por el primer párrafo del artículo 3013 del Código Civil.

Artículo 3013. La preferencia entre derechos reales sobre una misma finca u otros derechos, se determinará por la prioridad de su inscripción en el Registro Público, cualquiera que sea la fecha de su constitución, observándose en todo caso lo dispuesto en los artículos 3015 y 3016 de este Ordenamiento.

También es aplicable la excepción establecida por el artículo 3015 consistente en que cuando exista conflicto entre dos o más derechos personales pendientes de inscripción, será preferido el primero ingresado al Registro Público, siempre y cuando culmine favorablemente su inscripción.⁸²

Los derechos personales se inscriben en el Registro Público de la Propiedad a través de anotaciones preventivas.⁸³ El artículo 3044 del Código Civil establece el régimen de preferencia de las mismas:

Artículo 3044.—La anotación preventiva, perjudicará a cualquier adquirente de la finca o Derecho real a que se refiere la anotación, cuya adquisición sea

⁸¹ Como ocurre por ejemplo en el caso del embargo, de conformidad con lo establecido por la fracción novena del artículo 2993 del Código Civil:

“Artículo 2993. Con el valor de los bienes que se mencionan serán pagados preferentemente: ... IX. Los créditos anotados en el Registro de la Propiedad, en virtud de mandamiento judicial, por embargos, secuestros o ejecución de sentencias, sobre los bienes anotados y solamente en cuanto a créditos posteriores;”

⁸² La excepción en materia de preferencia a que se refiere el artículo 3016 parece no ser aplicable, ya que los derechos personales no se otorgan ante notario.

⁸³ Dan lugar a una anotación preventiva algunos derechos personales y otras figuras jurídicas que no pueden ser catalogadas como derechos reales o personales. Véase el artículo 3043 antes transcrito.

posterior a la fecha de aquella, y en su caso, dará preferencia para el cobro del crédito sobre cualquier otro de fecha posterior a la anotación.

De lo establecido por los artículos 3013 y 3044 del Código Civil, se desprende que el derecho personal adquiere preferencia sobre un bien inmueble hasta el momento de su inscripción en el Registro Público de la Propiedad.

El artículo 3017 del Código Civil, en su parte conducente establece:

“La inscripción definitiva de un derecho que haya sido anotado preventivamente... surtirá sus efectos contra tercero desde la fecha en que la anotación los produjo”.

Debe recordarse que los derechos personales pueden garantizarse con derechos reales. En este caso, los primeros adquieren la preferencia propia de los segundos. Al efecto el artículo 2981 del Código Civil señala lo siguiente:

Los acreedores hipotecarios y los pignoraticios, no necesitan entrar en concurso para hacer el cobro de sus créditos. Pueden deducir las acciones que les competan en virtud de la hipoteca o de la prenda, en los juicios respectivos, a fin de ser pagados con el valor de los bienes que garanticen sus créditos.

3. Oponibilidad del derecho real frente al derecho personal

Como se dijo anteriormente, al tener el derecho personal por objeto una conducta del deudor, en principio no recae sobre ningún bien, pero en algunos supuestos, el ordenamiento jurídico permite su inscripción en el Registro Público de la Propiedad en un determinado bien inmueble, con el objeto de generar una preferencia en cuanto al aprovechamiento económico del mismo.

En esta materia nuevamente se debe analizar el artículo 3013 del Código Civil:

La preferencia entre derechos reales sobre una misma finca u otros derechos, se determinará por la prioridad de su inscripción en el Registro Público, cualquiera que sea la fecha de su constitución, observándose en todo caso lo dispuesto en los artículos 3015 y 3016 de este Ordenamiento.

El Derecho real adquirido con anterioridad a la fecha de una anotación preventiva será preferente, aun cuando su inscripción sea posterior, siempre que se den los avisos que previene el artículo 3016 de este Código.

Si una anotación preventiva se hiciera con posterioridad a la presentación del aviso preventivo, el Derecho real motivo de éste será preferente, aun cuando tal aviso se hubiese dado extemporáneamente.

Desafortunadamente, en el segundo y tercer párrafo del artículo 3013 se contrastan los conceptos de derecho real y anotación preventiva, siendo dicha situación incorrecta, ya que la estructura de derecho privado que se contrapone a la de derecho real es la de derecho personal. En este apartado se pretende analizar preferencia derivada del conflicto entre un derecho real y un derecho personal, sobre una misma finca, por lo que partimos de la base de que la preferencia de un hecho jurídico inscribible que no genera un derecho real —dígase, que genera un derecho personal—, es la anotación preventiva.

La preferencia que resulta de la contraposición entre el derecho real y la anotación preventiva sobre una misma finca, se encuentra regulada también por el primer párrafo del artículo 3044 del Código Civil, en los siguientes términos:

“La anotación preventiva, perjudicará a cualquier adquirente de la finca o derecho real a que se refiere la anotación, cuya adquisición sea posterior a la fecha de aquella”...

Como se señaló en el apartado anterior, el derecho personal adquiere preferencia sobre un bien inmueble hasta el momento de su inscripción en el Registro Público de la Propiedad. Por el contrario, de lo establecido por los artículos 3013 y 3044, resulta que el derecho real la tiene desde el momento de su constitución. A pesar de que las anteriores disposiciones no lo señalan, es obvio que debe tomarse en cuenta el requisito de fecha cierta analizado líneas arriba en este trabajo.

El párrafo segundo del artículo 3013 del Código Civil parece condicionar la preferencia del derecho real al hecho de que se presenten los avisos que previene el artículo 3016, situación que se considera inaplicable, ya que por su parte el artículo 3044 del Código Civil no condiciona con tal requisito la preferencia del derecho real sobre la anotación preventiva.

Debe entenderse que el requisito de que se presenten los avisos preventivos a que se refiere el segundo párrafo del artículo 3013 del Código Civil,⁸⁴ es únicamente un requisito para dar fecha cierta a la constitución del derecho real, pero que esta última puede obtenerse también por cualquiera de los medios que permite el ordenamiento jurídico y que fueron analizados anteriormente.

La interpretación contraria además de contravenir el sistema de oponibilidad natural del hecho jurídico sostenida en este trabajo y lo dispuesto

⁸⁴ Cabe advertir que esta disposición no señala que el aviso de otorgamiento deba presentarse en tiempo, por lo que podría hacerse en cualquier momento.

por el artículo 3044 del Código Civil, implicaría que la omisión en la presentación de los avisos a que se refiere el artículo 3016 del Código Civil por parte de un juez o notario, perjudica al adquirente legítimo de un derecho real previo, situación insostenible.

Además, debe recordarse que, derivado del sistema consensual seguido por nuestro derecho Civil, el derecho real —al igual que el resto de los efectos jurídicos—, existe desde el momento de realización del hecho jurídico generador, independientemente de su formalización ante notario o juez, por lo que sería ilógico pensar que los derechos reales que se constituyan ante ellos, deben reunir un requisito adicional que condiciona su oponibilidad, el cual no debe cumplirse en todos los demás casos.

El tercer párrafo del artículo 3013 del Código Civil parece incluso confirmar esta interpretación. Debe entenderse que el aviso a que se refiere es el de otorgamiento establecido por el segundo párrafo del artículo 3016 del Código Civil, ya que solo éste y no aquel a que se refiere el primer párrafo del mismo artículo, podría ser “extemporáneo”. Dicho aviso se presenta cuando el derecho real ya fue constituido ante notario o juez y, por lo tanto, la causa generadora del mismo ya tiene fecha cierta y el derecho real no se puede ver perjudicado por una anotación preventiva posterior.

A continuación, se transcriben algunos criterios jurisprudenciales sobre la oponibilidad del derecho real frente al derecho personal.

COMPRAVENTA DE BIEN MUEBLE CON RESERVA DE DOMINIO. SI EL CONTRATO ES DE FECHA CIERTA, TIENE EFECTOS RESPECTO DE TERCEROS EMBARGANTES AUNQUE NO ESTÉ INSCRITO EN EL REGISTRO PÚBLICO DE LA PROPIEDAD (LEGISLACIONES FEDERAL Y DEL ESTADO DE JALISCO).—Los artículos 2312 del Código Civil Federal, 2230 del Código Civil para el Estado de Jalisco —derogado— y 1904 del actualmente en vigor, hacen posible la reserva de la propiedad de la cosa vendida hasta que se produzca el pago total del precio y establecen que produce efectos contra terceros una vez inscrita en el Registro Público, cuando se trate de bienes inmuebles y bienes muebles que sean susceptibles de identificarse de manera indubitable. Sin embargo, hay que tomar en cuenta, por un lado, que la inscripción en el Registro Público tiene efectos puramente declarativos, no constitutivos, y que por tanto el traslado de dominio se realiza en los términos del acto jurídico celebrado entre las partes (contrato), produciendo su ausencia sólo un vicio subsanable. Por otro lado, el embargo es una institución de carácter procesal que no da al embargante un derecho real sobre los bienes materia de capción, sino que deriva de un derecho de carácter exclusivamente personal. Por ello, hay que entender que la mención a los efectos de la inscripción o no inscripción para los “terceros” están referidas a los que tienen un título inscribible. Dichas disposiciones están orientadas a favorecer a los que adquieren un derecho real, que son quienes están principalmente interesados en conocer

la situación jurídica del patrimonio de su causante o autor, y en atención a lo cual contratan, y no a cualquier persona extraña al acto en cuestión. La concurrencia de derechos sobre un elemento determinado del patrimonio del deudor, que se resuelve atendiendo a los datos del Registro Público de la Propiedad, sólo puede tener lugar entre titulares de derechos reales respecto del mismo. Por consiguiente, el embargante no puede alegar en su favor la falta de inscripción de la reserva de dominio. De realizarse el embargo sobre bienes muebles materia de un contrato de compraventa con reserva de dominio no inscrito en el Registro Público, pero de fecha cierta y existencia plenamente acreditada, se estaría trabando respecto de bienes que no están en el patrimonio del demandado (embargado), lo que resultaría ilegal.⁸⁵

REGISTRO PUBLICO, TERCEROS RELACIONADOS CON LAS INSCRIPCIONES EN EL.—Es un error confundir el tercero a que se refiere la ley civil, para los efectos del registro, con los extraños; pues por tercero, para los propios efectos, debe entenderse aquel que, sin intervenir en el acto contractual, deriva sus derechos del titular, con un título inscrito respecto del mismo inmueble; o, en otros términos, para los fines indicados, debe entenderse por tercero, a aquel que sin haber tenido intervención en el acto o contrato de que se trate, deriva sus derechos de un título que tiene el mismo origen que el impugnado por la falta de registro; pues lo contrario llevaría al extremo de que el registro de un título diera derechos preferentes, con perjuicio de quien lo ostenta, sobre el mismo bien, con título de origen diverso, aun cuando pudiera ser que fueran perfectos los de su causante y no así los del que hizo la transmisión registrada en primer término, decidiéndose en esta forma, por el sólo concepto del registro, una cuestión de propiedad. En esta condiciones, un acreedor quirografario no puede tener más que un derecho general de prenda sobre los bienes del deudor, derecho que se singulariza mediante el secuestro; de tal manera, que sólo puede ser eficaz, en cuanto recae en bienes que corresponden al demandado, en el momento de efectuarse el secuestro; pero no es jurídico que por no haberse inscrito oportunamente la compraventa del bien embargado en el Registro de la Propiedad, el acreedor del vendedor tenga derecho a secuestrar y sujetar a las resultas del juicio, en cobro de una obligación personal, un bien que legalmente había salido del patrimonio de su deudor; y tampoco es jurídico que en presencia de una escritura que demuestra el derecho a la propiedad y a la posesión en favor del comprador, se sancione un despojo, para realizar y perfeccionar el secuestro, por medio de su inscripción en el Registro Público, con conocimiento, por parte de la autoridad, de que tal acto se realizó sobre un bien que no correspondía al deudor. Aunque el comprador no haya inscrito su título, es propietario respecto de los acreedores quirografarios del vendedor; la inscripción es indispensable en un conflicto de

⁸⁵ Tesis 1a./J. 73/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIV, septiembre de 2011, p. 95.

derechos reales y de su omisión no pueden prevalerse los acreedores quirografarios, quienes no creyeron necesario asegurar sus créditos con un derecho sobre la cosa, y puesto que no han tratado sino con la persona, es a ésta y no a la cosa a quien deben dirigirse. Por esta razón, un inmueble que los mencionados acreedores embargan, pueden legalmente considerarse como de la propiedad del acreedor que hizo la compra antes del secuestro, porque esto no da al que lo practica, un derecho real sobre lo embargado. Tal doctrina es sostenida por Troplong, Dalloz, Aine y Gómez de la Serna. Por otra parte, si el comprador reclama en amparo el secuestro, en las condiciones dichas, no se trata de una disputa sobre la propiedad del inmueble, entre el quejoso y el tercer perjudicado, sino de la reclamación de un embargo trabado en juicio, en el que no fue parte el quejoso; y, por tanto, la decisión de constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto reclamado, no implica necesariamente el que tengan que resolver cuestiones de dominio, sino sólo si existe alguna afectación o vulneración al derecho de propiedad aparente, en favor del mismo quejoso; y desde ese punto de vista, debe también concederse el amparo, en cuanto a los derechos de posesión afectados por el acto reclamado, si la posesión se acredita; y si se otorga la protección constitucional respecto al embargo, necesariamente la consecuencia del fallo, será dejar sin efecto el registro y sus consecuencias.⁸⁶

TERCEROS PARA EFECTOS REGISTRALES. EL TÉRMINO “GRAVAMEN” PREVISTO EN EL ARTÍCULO 30., FRACCIÓN XV, DE LA LEY CATASTRAL Y REGISTRAL DEL ESTADO DE SONORA, INCLUYE A LOS EMBARGOS.—La citada fracción establece que “terceros” para efectos registrales, lo son todos aquellos que tengan constituidos derechos reales y gravámenes sobre los bienes o derechos que sean objeto de inscripción. Ahora bien, un embargo constituye un gravamen, al traducirse en una situación de indisponibilidad de los bienes que asegura el cumplimiento de una obligación y, por tanto, implica una afectación o limitación en el derecho que tiene una persona para usar, disfrutar o disponer del bien de que se trate. Si el término gravamen se limitara a la existencia de derechos reales sobre un inmueble, el Registro Público de la Propiedad podría emitir un certificado de libertad de gravámenes atendiendo sólo a la existencia o inexistencia de los derechos reales inscritos, sin estar obligado a reportar los embargos, o cualquier otro tipo de cargas o limitaciones que pesen sobre aquéllos y que hayan sido inscritos, lo cual impediría a los terceros conocer la verdadera situación de los inmuebles y se incumpliría la función de publicidad atribuida a dicho registro, cuyo objeto es brindar estabilidad y seguridad jurídica a la propiedad inmobiliaria. Por tanto, para efectos registrales, el término “gravamen” previsto en el artículo 30., fracción XV, de la Ley Catastral y Registral del Estado de Sonora, incluye a los embargos, pues debe considerarse todo tipo de cargas, afectaciones o limitaciones que consten en el Registro Público de la Propiedad, independientemente de su naturaleza real o personal. Lo anterior es

⁸⁶ Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, t. CI, p. 2309.

consistente con la exposición de motivos del legislador y con la interpretación sistemática y armónica de la ley de que se trata, la cual es clara y reiterativa en establecer que la preferencia entre derechos reales y otros derechos y gravámenes, se determina por su fecha de inscripción en el Registro Público de la Propiedad.⁸⁷

⁸⁷ Tesis 1a./J. 75/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XXIV, t. 1, septiembre de 2013, p. 959.

EL CONCUBINATO EN LA CIUDAD DE MÉXICO SE MANTIENE PARA HOMBRE Y MUJER

Alejandro Márquez Murillo



AGRADECIMIENTO

Es para mí un verdadero privilegio y por ello hago constar mi agradecimiento, poder contribuir con esta modesta participación en el homenaje que el Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la UNAM, rinde mercedamente al doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, con motivo de haber cumplido cincuenta años en el ejercicio de la docencia.

Si bien la actividad docente (la más noble) en ese lapso, por sí sola es realmente digna de reconocimiento, en el caso del doctor Domínguez Martínez tiene doble mérito, pues además de enseñar en las aulas, enseña con su obra escrita. Ejemplo a seguir, sin duda. Como ya lo refirió don Manuel Borja Martínez al prologar el primer libro de derecho civil del homenajeado (Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez) el doctor forma parte del movimiento iniciado en 1939 por ilustres civilistas mexicanos al escribir libros sobre las materias que imparten en la Universidad, membresía que el propio homenajeado se ha encargado de ratificar con creces, con la publicación posterior de sus demás obras de derecho civil (contratos, familia y sucesiones) mismas que en su conjunto, por su metodología y rigor académico, característicos del autor, constituyen una fuente doctrinal, en mi opinión, indispensable para los estudiosos de la materia. ¡Mis más cordiales felicitaciones al doctor y maestro, en el verdadero sentido de la palabra, por esta doble meta lograda!

...la noción de buenas costumbres tiene casi el mismo carácter que la de orden público, sólo que la esfera del último es mucho más extensa, tanto, que comprende aún la de las buenas costumbres. Además, como observa De La Morandiere, en la mayoría de los casos, las reglas de orden moral no constituyen una

restricción a la libertad contractual, por ser reglas de moral, sino porque estas reglas están integradas en el orden público.

GEORGES LUTZESCO, *Teoría y Práctica de las Nulidades*.

El objetivo de este artículo es aclarar, analizando exclusivamente el articulado del Código Civil (cuyas disposiciones dispersas también se agrupan) y su evolución, que la figura del concubinato en la capital del país solo está prevista para la unión entre un solo hombre y una sola mujer, desde su regulación inicial hasta la fecha, no obstante que la intención del legislador, con motivo de las últimas modificaciones en materia de matrimonio, en el año 2009, era otra. Recordemos que el texto de la ley debe corresponder a la intención del legislador, pero por una falta de oficio no siempre es así. A su vez, el desarrollo del presente trabajo origina una serie de reflexiones sobre temas relacionados con el concubinato, tales como el matrimonio (que no es supletorio de aquél), el concepto de familia y la forma actual de legislar en la capital del país, en materia civil.

I. MOTIVOS DEL LEGISLADOR

La figura del concubinato se reguló por vez primera en el Código Civil de 1928¹ actualmente en vigor, (en lo sucesivo código civil o simplemente código) en cuya exposición de motivos se indicó:

...se estableció en favor de los *hijos nacidos de concubinato*, la presunción de ser *hijos naturales del concubinario y de la concubina*. *Hay entre nosotros, sobre todo en las clases populares, una manera peculiar de formar la familia: el concubinato*. Hasta ahora se habían quedado al margen de la ley los que en tal estado vivían; *pero el legislador no debe cerrar los ojos para no darse cuenta de un modo de ser muy generalizado* en algunas clases sociales y por eso en el Proyecto se reconoce que *produce* algunos efectos jurídicos el concubinato, *ya en bien de los hijos, ya en favor de la concubina, que al mismo tiempo es madre y que ha vivido por mucho tiempo con el jefe de la familia*. Esos efectos se producen cuando ninguno de los que viven en concubinato es casado, pues se quiso rendir homenaje al matrimonio, que la Comisión considera como la forma legal y

¹ Denominado originalmente “Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, en materia común, y para toda la República en materia federal”, y a partir de 1975 “Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal”, hasta mediados del año 2000 en que por la creación del Código Civil Federal cambió su denominación por la de “Código Civil para el Distrito Federal”.

moral de constituir la familia; y si se trata del concubinato, es como se dijo antes, porque se encuentra muy generalizado; hecho que el legislador no debe ignorar.

En el informe de la Comisión revisora también se indicó: ...X.—*Se estableció que el concubinato produjera algunos efectos jurídicos en beneficio de los hijos y de la concubina, siempre que el concubinario y la concubina no estuvieran casados con otra persona.*—...La necesidad evidente de reglamentar ese estado social se patentiza en los casos de pago a las familias de los obreros por accidentes de trabajo, pues en la mayoría de los casos los patrones...eluden cubrir la indemnización, fundándose en que la mujer de la víctima no es su esposa legítima y en la dificultad y en la dificultad que hay para demostrar la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio, cuando no han sido registrados. La presunción de filiación creada a favor de los que nacen de un concubinato salva esa dificultad.

Tal como se puede apreciar de la exposición de motivos, es claro que la figura del concubinato se incluyó en el Código Civil para regular una manera de formar la familia que en ese entonces se hallaba generalizada sobretudo en algunas clases sociales, pero que hoy día no es limitativo de alguna clase social. Como todos sabemos, esa manera peculiar de crear la familia ha sido la forma natural de formarla desde todos los tiempos, revestida o no con la figura formal del matrimonio. La exposición de motivos es contundente al señalar que el concubinato se reguló para proteger una forma de crear la familia, entendida ésta como la vida marital por una pareja heterosexual que tiene posibilidad de procrear hijos, tan es así que protegió en primer lugar a la concubina “que al mismo tiempo es madre”, y en segundo lugar a los hijos nacidos de dicha unión; y al día de hoy la hipótesis normativa se ha mantenido con esa misma intención como se verá más adelante.

En la capital del país, el legislador gradualmente ha ampliado su regulación para tratar de equiparar dicha figura con el matrimonio, en sus efectos más importantes, al grado que algunos incluso le han puesto la etiqueta de “matrimonio informal” escudados en su ubicación geográfica en el código.² Esto se explica porque efectivamente la forma tradicional de formar una familia en México y en el mundo occidental, ha sido a través de la unión del hombre y la mujer mediante matrimonio o concubinato.

² DE LA MATA Y GARZÓN, *Derecho Familiar*, 7a. ed., Editorial Porrúa, México, 2015, p. 105.

II. EVOLUCIÓN EN GENERAL DE SU REGULACIÓN

Domínguez Martínez reseña muy bien y en forma sintética la evolución en general que ha tenido la figura en su regulación:

...según la regulación del concubinato en su origen, el testador debió dejar alimentos... a la mujer con quien vivió como si fuera su marido durante los cinco años inmediatos anteriores a su muerte o con la quien tuvo hijos... (artículo 1368)... el Capítulo VI del Título correspondiente a la sucesión legítima, fue destinado a la regulación de la sucesión de la concubina con posibilidades de suceder al concubinario en el supuesto de que al igual de los alimentos hubiere habido una convivencia de cinco años o procreación de ambos... (artículo 1635)... La regulación inicial ha sido objeto de reformas considerables. Primero en busca de la equiparación en el tratamiento legal del concubinario con el de la concubina las dos disposiciones indicadas fueron objeto de modificaciones. Así, en el año de 1974, el artículo 1368 fue reformado para señalar, como consecuencia del cambio, no a la concubina sino a la persona con quien el testador vivió o procreó, lo que hizo beneficiario de su contenido tanto al hombre como a la mujer. Por su parte, en 1984, lo modificado fue desde la denominación del capítulo correspondiente para mencionar "De la sucesión de los concubinos" y no de la concubina, amén de que el artículo 1638 (1368 debe ser) fue uniformado con el otro precepto en cuanto a la indicación en su texto a que el sucesor no sólo lo era la concubina sino también el concubinario. Se trató... de reformas cuya finalidad era igualar situaciones del hombre con la de la mujer, pero en todo caso *se conservaron los principios que desde su origen normaron al concubinato*, es decir, *un mínimo de cinco años de convivencia marital suplicable por la procreación y unicidad de relación...* El cambio considerable tiene lugar con las reformas de 2000 ahora vigente... la preocupación del legislador de... *dotar de un estatuto adecuado... a los concubinos... y especialmente a sus hijos comunes...* resultó inclusive un capítulo completo para regular la figura... así el concubinato es uno de los tres supuestos de las relaciones familiares al lado del matrimonio y del parentesco considerados éstos tradicionalmente como las fuentes más importantes del derecho de la familia..."³ (cursivas son del autor)

III. REGULACIÓN ACTUAL DEL CONCUBINATO

A continuación, describo la regulación actual de la figura y en el apartado siguiente mencionaré la evolución de su hipótesis normativa, para hacer énfasis en lo que nos interesa resaltar en atención al objetivo del presente artículo.

³ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil. Familia*, 3a. ed., Editorial Porrúa, México, 2014, pp. 436 y 437.

Actualmente el concubinato en el Código Civil está regulado en los siguientes artículos cuyo texto se transcribe literalmente o en lo conducente, según se indica:

LIBRO PRIMERO

TÍTULO CUARTO *DEL REGISTRO CIVIL*

CAPÍTULO I *Disposiciones Generales*

(Reformado en su integridad, G.O.D.F. 05 De febrero de 2015)

35: ...estará a cargo de los jueces del registro civil...extender las actas relativas a:

VI. *Concubinato.*

TÍTULO CUARTO BIS *DE LA FAMILIA*

CAPÍTULO ÚNICO

138 *quintus*: Las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato.

TÍTULO QUINTO *DEL MATRIMONIO*

CAPÍTULO X *Del divorcio*

288: En caso de divorcio, el Juez resolverá sobre el pago de alimentos a favor del cónyuge que, teniendo la necesidad de recibirlos, durante el matrimonio se haya dedicado preponderantemente a las labores del hogar, al cuidado de los hijos, esté imposibilitado para trabajar o carezca de bienes; tomando en cuenta las siguientes circunstancias:

...VI. Las demás obligaciones que tenga el cónyuge deudor.

En la resolución se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad. El derecho a los alimentos se extingue cuando el acreedor contraiga nuevas nupcias o se una en *concubinato* o haya transcurrido un término igual a la duración del matrimonio.

CAPÍTULO XI *Del concubinato*

Artículo 291 Bis.—Las concubinas y los concubinarios⁴ tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo.

No es necesario el transcurso del período mencionado cuando, reunidos los demás requisitos, tengan un hijo en común.

Si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito, en ninguna se reputará concubinato. Quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro, una indemnización por daños y perjuicios.

(Adicionado, g.O.D.F. 31 De octubre de 2014)

Los Jueces del Registro Civil podrán recibir declaraciones con relación a existencia o cesación de concubinato, existencia o cesación de cohabitación y otros hechos relativos a relaciones de pareja que no constituyan modificaciones al estado civil, y que las personas deseen hacer constar, ante el referido Juez del Registro Civil.

(Adicionado, g.O.D.F. 31 De octubre de 2014)

Los Jueces del Registro Civil harán constar por escrito y en los formatos que al efecto se aprueben, las declaraciones emitidas por las personas que acudan a formular las mismas. Estos formatos serán conservados por la Dirección General del Registro Civil, y se podrán expedir constancias de las mismas, las cuales sólo acreditan el hecho de la comparecencia y de haber emitido las declaraciones en ella contenidas. Las constancias emitidas por la Dirección General del Registro Civil en los términos del presente artículo no constituyen modificación del estado civil de las personas, circunstancia que se asentará en los formatos respectivos.

(Adicionado, g.O.D.F. 31 De octubre de 2014)

En caso de que, mediante las declaraciones se pretenda hacer constar actos que pudieran constituir un ilícito o una modificación al estado civil de las personas, el Juez del Registro Civil podrá negar el servicio, fundando y motivando su negativa.

⁴ Con la reforma de 31 de octubre de 2014, además de añadirse el cuarto, quinto y sexto párrafo, se modificó el primer párrafo únicamente para sustituir “las concubinas y los concubinos...” por “las concubinas y los concubinarios”. *Cfr.* Gaceta Oficial de esa misma fecha. Es de mencionar que esa modificación del primer párrafo se previó expresamente en la iniciativa del decreto del Jefe de Gobierno, que fue aprobada por la Asamblea Legislativa, no obstante que el artículo único del decreto publicado en la Gaceta Oficial solo indica la adición de los citados párrafos, pero al transcribir el texto resultante de la reforma sí modifica el primer párrafo.

Artículo 291 Ter.—Regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables.

Artículo 291 Quáter.—El concubinato genera entre los *concubinos* derechos alimentarios y sucesorios, independientemente de los demás derechos y obligaciones reconocidos en este código o en otras leyes.

Artículo 291 Quintus.—Al cesar la convivencia, la *concubina* o el *concubinario* que carezca de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento, tiene derecho a una pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado el concubinato. No podrá reclamar alimentos quien haya demostrado ingratitud, o viva en concubinato o contraiga matrimonio.

El derecho que otorga este artículo podrá ejercitarse sólo durante el año siguiente a la cesación del concubinato.

TÍTULO SEXTO

DEL PARENTESCO, DE LOS ALIMENTOS Y DE LA VIOLENCIA FAMILIAR

CAPÍTULO I

Del parentesco

Artículo 294.—El parentesco de afinidad, es el que se adquiere por matrimonio o *concubinato*, entre los cónyuges y sus respectivos parientes consanguíneos.

CAPÍTULO II

De los alimentos

Artículo 302.—Los cónyuges están obligados a proporcionarse alimentos. La ley determinará cuándo queda subsistente esta obligación en los casos de separación, divorcio, nulidad de matrimonio y otros que la ley señale. Los concubinos están obligados en términos del artículo anterior.

CAPÍTULO III

De la Violencia Familiar

Artículo 323 Quáter.—La violencia familiar es aquel acto u omisión intencional, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicomocional, o sexualmente a cualquier integrante de la familia dentro o fuera del domicilio familiar, y que tiene por efecto causar daño, y que puede ser cualquiera de las siguientes clases:

...IV. Violencia sexual: a los actos u omisiones y cuyas formas de expresión pueden ser: inducir a la realización de prácticas sexuales no deseadas o que generen dolor, practicar la celotipia para el control, manipulación o dominio de la pareja y que generen un daño.

(Reformado, g.O.D.F. 18 De diciembre de 2014)

No se justifica en ningún caso como forma de educación o formación el ejercicio de la violencia hacia las niñas, niños y adolescentes.

Para efectos de éste artículo, se entiende por integrante de la familia a la persona que se encuentre unida a otra por una relación de matrimonio, *concubinato*, o por un lazo de parentesco consanguíneo, en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, colateral o afín hasta el cuarto grado, así como de parentesco civil.

TÍTULO SÉPTIMO DE LA FILIACIÓN

CAPÍTULO IV *Del reconocimiento de los hijos*

Artículo 383.—Se presumen hijos del *concubinario* y de la *concubina*:

- I. Los nacidos dentro del concubinato; y
- II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes en que cesó la vida común entre el *concubinario* y la *concubina*.

CAPÍTULO V *De la adopción* *Sección Primera* *Disposiciones generales*

Artículo 391.—Podrán adoptar:

...II. Los *concubinos* en forma conjunta, que demuestren una convivencia ininterrumpida de al menos dos años;

...y

V. El cónyuge o *concubino* al hijo de su compañero que ejerza de manera individual la patria potestad y que demuestre una convivencia ininterrumpida al menos de dos años.

Los cónyuges o *concubinos* podrán adoptar cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque sólo uno de ellos cumpla con el requisito de edad a que se refiere este capítulo, pero siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de 17 años de edad cuando menos.

En todos los casos ambos cónyuges o concubinos deberán comparecer ante la presencia judicial en el procedimiento de adopción.

Artículo 392.—Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo en caso de que los adoptantes sean cónyuges o *concubinos*.

A juicio del juez y previa motivación, se puede dispensar el requisito de la edad y lo relativo a la diferencia de edad en cualquier adopción, especialmente cuando se atienda al interés superior de la persona adoptada.

Artículo 394. Podrán ser adoptados dos o más hermanos o incapacitados simultáneamente por un sólo matrimonio, *concubinato* o una sola persona. El

juez en todo momento valorará la convivencia de los hermanos para darlos en adopción.

Artículo 395. La adopción produce los efectos jurídicos siguientes:

...IV. Extinción de la filiación entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con la familia de éstos, salvo los impedimentos de matrimonio. En el supuesto de que el adoptante esté casado o tenga una relación de concubinato con alguno de los progenitores del adoptado, no se extinguirán los derechos, obligaciones y demás consecuencias jurídicas que resulten de la filiación consanguínea.

TÍTULO OCTAVO DE LA PATRIA POTESTAD

CAPÍTULO III *De la pérdida, suspensión, limitación y terminación de la patria potestad*

Artículo 444.—La patria potestad se pierde por resolución judicial en los siguientes supuestos:

...IV. El incumplimiento de la obligación alimentaria por más de 90 días, sin causa justificada.

El cónyuge o *concubino* que perdió la patria potestad por el abandono de sus deberes alimentarios, la podrá recuperar, siempre y cuando compruebe que ha cumplido con ésta obligación por más de un año, otorgue garantía anual, se le haya realizado un estudio de su situación económica y de su comportamiento actual, así como un diagnóstico psicológico; dichos estudios serán realizados por personal adscrito a la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal o por perito en la materia en los términos del último párrafo del artículo 346 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal;

Artículo 445.—Cuando los que ejerzan la patria potestad pasen a segundas nupcias, no perderán por ese hecho los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad; así como tampoco el cónyuge o concubino con quien se una, ejercerá la patria potestad de los hijos de la unión anterior.

TÍTULO DUODÉCIMO DEL PATRIMONIO DE LA FAMILIA

CAPÍTULO ÚNICO

Artículo 724.—Pueden constituir el patrimonio familiar la madre, el padre o ambos, cualquiera de los cónyuges o ambos, cualquiera de los *concubinos* o ambos, la madre soltera o el padre soltero, las abuelas, los abuelos, las hijas y los hijos o cualquier persona que quiera constituirlo, para proteger jurídica y económicamente a su familia.

LIBRO TERCERO
DE LAS SUCESIONES

TÍTULO II
DE LA SUCESIÓN POR TESTAMENTO

CAPÍTULO V

*De los bienes de que se puede disponer por testamento
y de los testamentos inoficiosos*

Artículo 1368.—El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes:

...V. A la *persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los dos años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos*, siempre que ambos hayan permanecido libres del matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido de trabajar y no tengan bienes suficientes. Éste derecho sólo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fueran su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos;

Artículo 1373.—Cuando el caudal hereditario no fuere suficiente para dar alimentos a todas las personas enumeradas en el artículo 1368, se observarán las reglas siguientes:

...III. Después se ministrarán también a prorrata a los hermanos y a la concubina;

TÍTULO CUARTO
DE LA SUCESIÓN LEGÍTIMA

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1602.—Tienen derecho a heredar por sucesión legítima:

I. Los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario, si se satisfacen en este caso los requisitos señalados por el artículo 1635.

CAPÍTULO VI

De la Sucesión de los Concubinos

Artículo 1635.—*La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente*, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que reúnan los requisitos a que se refiere el Capítulo XI del Título Quinto del Libro Primero de este Código.

LIBRO CUARTO
DE LAS OBLIGACIONES

SEGUNDA PARTE
DE LAS DIVERSAS ESPECIES DE CONTRATOS

TÍTULO SEXTO
DEL ARRENDAMIENTO

CAPÍTULO IV
*Del arrendamiento de fincas urbanas destinadas
a la habitación*

Artículo 2448-H.—El arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación no termina por la muerte del arrendador ni por la del arrendatario, sino sólo por los motivos establecidos en las leyes.

Con exclusión de cualquier otra persona, el cónyuge, *el o la concubina*, los hijos, los ascendientes en línea consanguínea o por afinidad del arrendatario fallecido se subrogarán en los derechos y obligaciones de éste, en los mismos términos del contrato, siempre y cuando hubieran habitado real y permanentemente el inmueble en vida del arrendatario.

No es aplicable lo dispuesto en el párrafo anterior a las personas que ocupen el inmueble como subarrendatarias, cesionarias o por otro título semejante que no sea la situación prevista en este artículo.

Artículo 2448-M.—Si durante el arrendamiento se suscitare el divorcio del arrendatario, y la guarda y custodia de los menores habidos en el matrimonio, se le otorga judicialmente a su cónyuge, éste o ésta se subrogarán voluntariamente, en los derechos y obligaciones correspondientes del arrendamiento, en los términos y condiciones del contrato respectivo, quedando desde luego en posesión del inmueble arrendado, siempre y cuando lo hayan cohabitado durante el matrimonio, lo mismo se aplicará en el caso de *concubinato*.

Del articulado antes relacionado, se usa el término “concubino” en una connotación que puede abarcar tanto al hombre como la mujer, en el artículo 302 (alimentos), en los correspondientes a la adopción (del 391 al 395), en el 444 y 445 (patria potestad) y en el 724 (patrimonio de familia); en tanto que en el 1368 (sucesión por testamento) se utiliza el término “persona” para referirse a cualquiera de los sujetos; mientras que en el resto de los artículos que se refieren a los sujetos se utilizan los términos “concubinario” y “concubina” para referirse al hombre y mujer respectivamente.

IV. EVOLUCIÓN DE LA HIPÓTESIS NORMATIVA

Los artículos que han contenido el supuesto legal (entiéndase la hipótesis normativa) de la figura han sido, inicialmente el 1368 fracción V y el 1635 (relativos al derecho de alimentos y al derecho de heredar respectivamente), y a partir del 2000 el 291 bis, que encabeza el capítulo nuevo que contiene el estatuto de la figura (el cual absorbió en esencia la redacción del 1635), quedando el propio 1368 fracción V circunscrito a alimentos, toda vez que el resto del articulado simplemente hace alusión al “concubinato” o a los sujetos regulados (“concubinario”, “concubina” y recientemente, algunos al “concubino” o “los concubinos”).

Originalmente el artículo 1368 señalaba:

El testador debe dejar alimentos...:

...V. *A la mujer con quien el testador vivió como si fuera su marido, durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con la que tuvo hijos siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. La concubina sólo tendrá derecho a alimentos mientras que observe buena conducta y no se case. Si fueran varias las concubinas, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos.*

Y el 1635 (Capítulo VI *De la sucesión de la concubina*): “*La mujer con quien el autor de la herencia vivió como si fuera su marido durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato, tiene derecho a heredar conforme las reglas siguientes: ...*”

Con la *reforma de 1974*, el artículo 1368 señaló: “El testador debe dejar alimentos...:

...V. *A la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge, durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con la que tuvo hijos siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido para trabajar y no tenga bienes suficientes. Este derecho sólo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueran varias las personas con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos”.*

Con la *reforma de 1984*, el artículo 1635 (Capítulo VI *De la sucesión de los concubinos*) señaló: “*La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que hayan vivido juntos como si fueran cónyuges durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o cuando hayan tenido hijos en común, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.*

Si al morir el autor de la herencia le sobreviven varias concubinas o concubinarios en las condiciones mencionadas al principio de este artículo ninguno de ellos heredará”.

Con la *reforma de 2000*, el artículo 1635 (Capítulo VI *De la sucesión de los concubinos*) actualmente en vigor señala: “*La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que reúnan los requisitos a que se refiere el Capítulo XI del Título Quinto del Libro Primero de este Código.*”

Con la *reforma del 2000* el nuevo Artículo 291 Bis (del nuevo Capítulo XI del Título Quinto del Libro Primero) señaló: “*La concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que, sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo.*”

No es necesario el transcurso del período mencionado cuando, reunidos los demás requisitos, tengan un hijo en común.

Si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito, en ninguna se reputará concubinato. Quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro, una indemnización por daños y perjuicios”.

Es hasta la *reforma de octubre de 2005*, que el artículo 1368 (actualmente en vigor y circunscrito a alimentos) se adecuó en la temporalidad de la convivencia para señalar: “El testador debe dejar alimentos...:

...V. *A la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge, durante los dos años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido para trabajar y no tenga bienes suficientes.* Este derecho sólo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueran varias las personas con quien el testador vivió como si fueran su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos”.

Con la *reforma del 2009* (en la que el legislador pretendió con el recurso de cambiar los términos de “hombre y mujer” por el de “personas”, que parejas homosexuales pudieran contraer matrimonio) el Artículo 291 Bis (del Capítulo XI del Título Quinto del Libro Primero) señaló: “*Las concubinas y los concubinos tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo.*”

No es necesario el transcurso del período mencionado cuando, reunidos los demás requisitos, tengan un hijo en común.

Si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito, en ninguna se reputará concubinato. Quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro, una indemnización por daños y perjuicios”.

Con la *última reforma del 31 DE OCTUBRE DE 2014* el Artículo 291 Bis en sus primeros tres párrafos quedó como sigue:

“Las concubinas y los concubinarios tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que, sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo.

No es necesario el transcurso del período mencionado cuando, reunidos los demás requisitos, tengan un hijo en común.

Si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito, en ninguna se reputará concubinato. Quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro, una indemnización por daños y perjuicios.

V. COMENTARIOS A LOS ARTÍCULOS QUE CONTIENEN LA HIPÓTESIS NORMATIVA. CONCLUSIONES

Antes de comentar los tres artículos antes relacionados y su evolución legislativa, es preciso tener presente los conceptos de la figura y de los sujetos involucrados. El *Diccionario de la Lengua Española*, los define como sigue:

Concubinato: m. relación marital de un hombre con una mujer sin estar casados;

Concubinario: m. El que tiene concubina. (y en la actual edición electrónica: Hombre que tiene concubina)

Concubina: f. Mujer que vive en concubinato

Concubino, na: m. y f. Persona que vive en concubinato (en la actual edición electrónica)

Estas definiciones coinciden con el tratamiento que nuestro legislador le ha dado al concubinato, asignando el término concubina a la mujer y el de concubinario o concubino para el hombre

...la terminología para ambos sujetos es diversa: “concubina” la mujer, “concubinario” el hombre... si el código ha igualado la condición jurídica de ambos miembros de la pareja unida por matrimonio o por concubinato, deben cambiarse también los términos relativos. Los casados son cónyuges. Los no casados serán ambos concubinos. ...”⁵ “...En su origen, el código siempre aludió a concubinario y a concubina y de tiempo atrás si bien permanece la referencia a concubina, la alusión al varón ha devenido en concubino. Por tradición, la

⁵ MONTERO DUHALT, Sara, *Derecho de Familia*, 2a. ed., Editorial Porrúa, México, 1985, p. 164.

concubina se incorporaba y seguía al concubinario y éste la recibía... ahora han aumentado los casos en los cuales la carga es de la mujer; de esa manera podría aludirse a ambos protagonistas como concubino y concubina, pero en tal caso más bien deben uniformarse los preceptos correspondientes.⁶

Como se puede apreciar de los artículos transcritos, es en la *reforma de 1984* al artículo 1635 (Capítulo VI *De la sucesión de los concubinos*) cuando se fija la redacción de la hipótesis normativa, que en esencia permanece vigente salvo por la temporalidad requerida, como sigue:

La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que hayan vivido juntos como si fueran cónyuges durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o cuando hayan tenido hijos en común, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.

Con la *reforma de 2000* al artículo 1635 (Capítulo VI *De la sucesión de los concubinos*) actualmente en vigor, se mantiene en esencia dicha hipótesis sólo que remite en cuanto a los requisitos al nuevo artículo 291 bis señalando: “*La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que reúnan los requisitos a que se refiere el Capítulo XI del Título Quinto del Libro Primero de este Código.*”

Con la *reforma de 2000* que añade el Artículo 291 Bis (del nuevo Capítulo XI del Título Quinto del Libro Primero: *DEL CONCUBINATO*) en éste se contiene actualmente la hipótesis normativa (en esencia en el mismo sentido) pero en lugar de referirse a que los sujetos tienen derecho a heredar como estaba previsto en el 1635 de donde se tomó (capítulo sucesorio), indica de manera general que tienen derechos y obligaciones recíprocos:

“La concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo.”

No es necesario el transcurso del período mencionado cuando, reunidos los demás requisitos, tengan un hijo en común.

...

La redacción de esta hipótesis normativa implica dos cosas: en primer lugar que la relación es entre hombre y mujer,⁷ pues indica que la *concubina*

⁶ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 425.

⁷ “...para que pueda existir concubinato... es indispensable que la unión sea de una pareja heterosexual esto es, de una pareja constituida por un hombre y una mujer... Como

y el *concubinario* tienen derechos y obligaciones recíprocos y en segundo lugar, que tal como está redactado el segundo párrafo de manera ligada al primer párrafo, implica o presume una vida marital entre hombre y mujer, pues si los sujetos son del mismo género sexual no podrían *tener un hijo en común* sin que esta última frase permita que lo pudieran adoptar porque para poder hacerlo primero tendrían que acreditar el concubinato.⁸ Así estuvo pensado de origen y por eso se redactó de esa forma.

El legislador de 2009 (que por las versiones estenográficas de la gaceta parlamentaria y en los medios de comunicación dejó en claro que la reforma fue para permitir el matrimonio y el concubinato entre parejas del mismo género) pensó que bastaba con usar la terminología de los sujetos en plural y cambiar “concubinario” por “concubino” (quedando “*las concubinas y los concubinos*”) dejando intocado el resto del párrafo, para poder ampliar el supuesto a una relación entre parejas del mismo género sexual, pero en mi opinión, no logró su cometido pues esta nueva redacción: “Las concubinas y los concubinos tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de *dos años...*” es confusa y hasta absurda, independientemente de la intención del legislador, por la sencilla razón de que toda la frase se creó y se mantuvo intocada atendiendo a dos sujetos únicamente: la mujer (concubina) y el hombre (concubinario), así en singular, porque lo que inmediatamente sigue es: “*tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que...*”. En cambio, tal como quedó la redacción usando los plurales puede implicar cualquiera de estos supuestos:

1. Que las primeras —las mujeres concubinas— y los segundos —los hombres concubinos— tienen derechos y obligaciones recíprocos (¿esto significa que solo entre las mujeres, solo entre los hombres, o entre mujeres y hombres?);
2. Que varias concubinas y varios concubinos tienen derechos y obligaciones recíprocos; o

premisa básica del tema en estudio se debe descartar, ab initio, el caso de las parejas de convivientes del mismo sexo, sean hombres o mujeres...”. GALVÁN RIVERA, Flavio, *El Concubinato en el vigente Derecho mexicano*, 1a. reimpression, Editorial Porrúa, México, 2013, p. 94.

⁸ “el requisito del hijo en común sólo puede cumplirse por medio de la procreación y no a través de la adopción, ya que, conforme al texto legal, dos personas sólo pueden adoptar conjuntamente si antes existe una relación de matrimonio o concubinato entre ellas”. RICO ÁLVAREZ, GARZA BANDALA, COHEN CHICUREL, *Derecho de Familia, Estudios en Homenaje a la Escuela Libre de Derecho con motivo de su primer centenario*, Editorial Porrúa, México, 2011, p. 308.

3. Que tanto parejas de mujeres como parejas de hombres, pueden tener esos derechos recíprocos, sin posibilidad para las parejas heterosexuales.

Probablemente, el legislador quiso decir (utilizando el cuestionado recurso de “las y los” por una pretendida equidad de género)⁹ que: tanto las mujeres como los hombres que reúnan la calidad de concubinos, tendrán los derechos y obligaciones *correspondientes*, pero al indicar que: “tienen derechos y obligaciones *recíprocos*”, tenemos que determinar entre quiénes se da esa reciprocidad.

Dicho de otra forma: la redacción del supuesto se entiende perfectamente tal como estaba escrita en singular por lo que hace a los sujetos: “la concubina y el concubinario *tienen derechos y obligaciones recíprocos*, siempre que...”, pero con el plural, queda trastocada la idea y en mi opinión el legislador no logró su cometido.

Ciertamente es una expresión desafortunada por poco pensada, tal como se han repetido a últimas fechas. Aunque no es más que una manera de expresión, debió ser más elaborada, por ejemplo, con el señalamiento que, entre concubinos, sean de diferente o del mismo sexo, se darán esos derechos y obligaciones recíprocos. Lo que no aceptamos... es que se suponga que el concubinato ahora sólo puede ser entre hombres o entre mujeres y no heterosexual. Pensar así es un auténtico disparate.¹⁰

Exactamente los mismos comentarios son aplicables a la *última reforma del 31 de octubre de 2014 al artículo 291 bis* que además de adicionar los párrafos cuarto, quinto y sexto modificó también el primer párrafo únicamente sustituyendo “*Las concubinas y los concubinos*” por “*Las concubinas y los concubinarios*”, lo cual en nada modifica la redacción de la hipótesis normativa que sigue siendo la misma. Dicho párrafo quedó como sigue: “*Las concubinas y los concubinarios tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que, sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo*”.

⁹ “...otro error craso, es el relativo a la pretendida equidad de género, plasmada erróneamente para referirse a “los y las”. Se olvida la regla aplicable; el masculino incluye a ambos sexos. La equidad de género debe darse en acciones y no en la redacción de las leyes”. CASTAÑEDA RIVAS, María Leoba, *El Derecho Civil en México, Dos Siglos de Historia*, Editorial Porrúa, México, 2013, p. 92.

¹⁰ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 446.

Por lo que hace al requisito de que los concubinos no tengan impedimentos para contraer matrimonio, se estableció para impedir uniones ilícitas cometiendo adulterio y por tanto en mi opinión no podemos inferir de ello que si una pareja del mismo género no tiene impedimento actual (según pretendió el legislador) para contraer matrimonio, tampoco lo tenga para vivir en concubinato.

Es importante destacar que los artículos relativos al concubinato que se reformaron con el decreto de 2009 con el que el legislador pretendió permitir el matrimonio y el concubinato entre parejas del mismo género, fueron, además del ya comentado 291 bis que contiene a partir del 2000 la hipótesis normativa, el 294 (que indica que el parentesco por afinidad se adquiere por matrimonio o concubinato) el 391 (que permite a los cónyuges o concubinos adoptar) y el 724 (que señala que pueden constituir el patrimonio de familia cualquiera de los concubinos o ambos).

De todo lo anterior y resumiendo: el concubinato se actualiza por la convivencia marital estable o la procreación resultante de dicha relación que tiene intención de ser estable, entendido lo anterior en una pareja heterosexual, que fue, siguiendo a Ihering, el interés jurídicamente protegido desde el inicio de su regulación (la familia no surgida de matrimonio) y que de conformidad con la hipótesis normativa actual sigue siendo el mismo.¹¹

¹¹ GALVÁN RIVERA, Flavio, *op. cit.*, p. 123. En el capítulo quinto (propuesta de sistematización de la figura), en el análisis de la definición y después de transcribir las definiciones que de la figura en comento hacen Guillermo Cabanellas, Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, Ignacio Galindo Garfias, Sara Montero Duhalt, Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña, Edgard Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez, Manuel Chávez Ascencio, conteniendo todas ellas el requisito de la unión heterosexual, señala: "... resulta necesario insistir que, para su existencia jurídica y sanción legal, debe satisfacer el requisito fundamental exigido, por regla, a la unión matrimonial... esto es, que se trate de una pareja heterosexual, invariablemente, sin excepción alguna, es decir, que la unión sea necesariamente entre un sólo hombre y una sola mujer... jamás se ha considerado ni se puede y menos aún se debe calificar jurídicamente como concubinato una unión... aun cuando sea o parezca permanente y seria, entre dos o más personas del mismo sexo. Las relaciones homosexuales nunca han quedado ni deben quedar amparadas bajo la institución lícita y moral del concubinato, éste siempre ha consistido en la convivencia o cohabitación de hombre y mujer... con independencia de las variantes que le han atribuido los estudiosos del tema, así como los legisladores de cada época y los líderes, simpatizantes o seguidores de las más diversas tendencias morales, sociales y religiosas... Así como la legislación civil y familiar mexicana establecen sin excepción el matrimonio monogámico... al admitir al concubinato como fuente lícita y moral de la familia, tampoco resulta factible aceptar su existencia jurídica ahí donde no exista una pareja heterosexual singular...".

VI. REFLEXIONES SOBRE TEMAS RELACIONADOS

Comprender el papel del derecho en el proceso de cambio social y dentro del sistema de control social, así como los mecanismos y factores sociales de la producción de las leyes y el comportamiento parlamentario, es ineludible para los profesionales de la abogacía. El estudio del Derecho nos obliga también al estudio de las instituciones fundamentales como la familia, el Estado, la religión, la estratificación social, los partidos políticos, la sociedad civil etc., sin el cual un profesional del Derecho quedaría enmarcado en el espacio estrecho de la norma, como en un cascarón vacío.¹²

1. Es entendible que el legislador quiera resolver una determinada problemática, de hecho es parte de su trabajo, lo que es criticable es la forma de hacerlo; de manera particular en la capital del país, desde el año 2000, por cuanto a la materia civil se refiere, ha persistido esa forma de hacerlo:

...el último momento en la evolución del derecho civil mexicano dentro de este periodo que abarca ya 45 décadas, está determinado fundamentalmente por el decreto de la I legislatura de la asamblea legislativa del Distrito Federal, fechado en 28 abril del año 2000... publicado en la gaceta oficial... el inmediato día 25 de mayo... el decreto legislativo que se analiza tiene como característica común el uso inadecuado del específico lenguaje jurídico y, lo que es peor aún, del genérico lenguaje vulgar o común. En la redacción de los diversos artículos... el legislador olvidó las reglas más elementales que prevalecen en la gramática de la lengua española y, en especial, las de la sintaxis, motivo por el cual, en reiteradas ocasiones, resulta sumamente difícil comprender lo que el legislador pretendió decir y que, para su mala fortuna, no supo expresar; en otros casos, la redacción propicia gestos o expresiones de buen humor, de sorpresa, estupefacción, incredulidad, confusión, etcétera.¹³

2. Es entendible y razonable que el legislador resuelva la problemática de las minorías de la mejor manera posible, pero por simple lógica debe hacerlo respetando siempre el sentir de las mayorías, tal como en su momento lo hizo el legislador de 1928 al introducir la figura del concubinato. A este respecto cabe preguntarnos, fue idóneo regular los derechos de las

¹² MORENO COLLADO, Jorge; QUINTANA ROLDÁN, Carlos Francisco, *La enseñanza de la Sociología en la Facultad de Derecho*, en "Derecho y Cultura Jurídica, 450 años de la enseñanza universitaria del Derecho en América", coord. Serrano Magallón Fernando, Editorial Porrúa, México, 2007, p. 429.

¹³ GALVÁN RIVERA, Flavio, *La reforma civil y familiar del año 2000 en blanco y negro*, *Ibidem*, pp. 103 y 104.

parejas homosexuales, tal como se hizo en España, por razones de economía legislativa (como bien lo señala Nuria González Martín),¹⁴ permitiéndoles contraer matrimonio, con todas las implicaciones sociales y jurídicas que eso acarrea?^{15,16} Pero además en forma timorata para un asunto de gran trascendencia en la sociedad, que es la familia, pues no se reconoció expresamente la posibilidad de que parejas del mismo género pudieran contraerlo, sino que únicamente se cambió el término “hombre” y “mujer” por el de “personas”. ¿Habrá influido acaso, en el ánimo del legislador ese sentir mayoritario, reconociendo la idiosincrasia mexicana?¹⁷

3. Finalmente el tema irremediamente desemboca en el concepto actual de Familia, que como ya vimos es el interés jurídicamente tutelado en el concubinato. Domínguez Martínez en su libro de Derecho Civil, Familia, en la presentación del capítulo I “La familia en lo jurídico”, señala:

1. Esencia.—...No se trata ciertamente de un concepto jurídico; es un fenómeno de la naturaleza humana; unirse en pareja, ofrecerse al otro miembro y

¹⁴ GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, *Modelos familiares ante el nuevo orden jurídico: una aproximación casuística*, en “Las Familias en el siglo XXI, una mirada desde el derecho”, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2012, pp. 96 y 98.

¹⁵ Véase RICO ÁLVAREZ, GARZA BANDALA, COHEN CHICUREL, *Algunas incongruencias sistemáticas en el derecho de familia*, en “Obra Jurídica Enciclopédica en Homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su primer centenario”, 1a. ed. (segunda reimpression), Editorial Porrúa, México, 2014.

¹⁶ “...del matrimonio entre personas del mismo sexo, a partir de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictó sentencia en la acción de inconstitucionalidad 2/2010... si bien... dicho precedente es una primera y gran aportación judicial para la protección de los derechos fundamentales de las personas homosexuales, también es un hecho que, al haberse ocupado sólo de la constitucionalidad de la legislación del Distrito Federal, y no haber integrado jurisprudencia (dado que no alcanzó la mayoría calificada necesaria para ello, esto es, ocho votos), surgirían otros juicios, dada la forma en que cada entidad federativa en México regula la institución del matrimonio civil, generalmente negando su acceso a las parejas homosexuales...” SILVA MEZA, Juan N.; VALLS HERNÁNDEZ, Sergio A., *Transexualidad y Matrimonio y Adopción por parejas del mismo sexo*, “Criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, 2a. ed., Edición Porrúa, México, 2014, p. XI, del prólogo a la segunda edición.

¹⁷ “se hace a un lado nuestra realidad social, introduciendo algunas cuestiones contrarias a la idiosincrasia mexicana, por ejemplo, en los siguientes tópicos: desnaturalización del matrimonio entre personas (sin especificar el sexo) ...debe replantearse el rumbo de la sociedad, adaptar las leyes a nuestras costumbres. Difundir los valores entre la juventud... no podemos continuar imitando disposiciones de otras latitudes. Debe hacerse un diagnóstico de la realidad social y convertirla en norma jurídica, hacer estudio de campo y saber qué necesidades de justicia tiene el destinatario de la norma...”. CASTAÑEDA RIVAS, María Leoba, *op. cit.*, pp. 92 y 93.

recibir de éste lo que a su vez pueda dar, según corresponda a sus respectivas características sexuales; procrear, formar a la descendencia, sometida en un principio a la autoridad de los formadores hasta alcanzar con esa formación condiciones de autosuficiencia y así, sin desconocer los lazos con los progenitores y el respeto que éstos siempre merecen, independizarse para formar otro núcleo familiar y en ello dar lugar a la renovación del ciclo. En tales condiciones es que se entiende la familia como la semilla de la sociedad... Sociológicamente la familia es el núcleo primario de la sociedad en general; el conjunto de familias compone el grupo social; ... La familia surge como respuesta a la necesidad del ser humano de convivir, especialmente con una persona del sexo opuesto y con esa unión enfrentar las contingencias cotidianas, para buscar y encontrar la complementación integral de lo que cada uno de la pareja puede ofrecer, con inclusión de la procreación misma. De la afirmación anterior se desprenden precisamente los dos elementos fundamentales de la familia, que son la pareja y sus descendientes; los hijos en primera instancia.

Y en el mismo capítulo, dentro de “otras acepciones” señala:

Más aún, la fuerza de la realidad ha dado lugar a legislaciones tanto en el extranjero como en el país, que reconocen dentro del marco de la ley a grupos cuya pretensión es ser tenidos como familias con origen en parejas formadas por quienes son de su mismo sexo... Entre nosotros, los movimientos homosexuales han cristalizado con previsiones también reconocientes; tal es el caso de las legislaciones civiles de Coahuila y Morelos, así como la Ley de Sociedades de Convivencia del Distrito Federal... y a partir del 4 de marzo de 2010, el matrimonio por personas de un mismo sexo. ...

Tal parece que el legislador de 2009, se inclinó por la tendencia de reconocer, como ha ocurrido en otros países, dentro del concepto de familia, también a las parejas homosexuales, lo que sin duda es un tema polémico no solo en México. De lo que se trata a mi parecer, es de proteger legalmente a esas parejas, lo cual es razonable, la tarea difícil es escoger la mejor forma de hacerlo, respetando desde luego, el sentir de las mayorías.

Si bien el Código Civil no define a la familia, el Código de Procedimientos Civiles local, en su artículo 940 señala: “Todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público, por constituir aquélla la base de la integración de la sociedad”. Cabe preguntarnos si realmente ya cambió en México el concepto de familia. Concluyo el presente artículo poniendo a consideración del lector las siguientes ideas de expertos en el tema: “...la mayor parte de las sociedades sigue respondiendo todavía hoy, al esquema conceptual de lo que se denomina familia nuclear tradicional... si la familia

es la institución fundamental para apuntalar la cohesión social, las mujeres son la clave para su adecuado funcionamiento interno”.¹⁸

... encontrar una definición de familia no es tarea fácil... A nivel constitucional o a través de sus leyes reglamentarias no encontramos, realmente, una definición puntual de familia... no sería viable realmente... conseguir una definición unánime... con respecto al concepto... vemos que cambia según el “círculo cultural”, así, por ejemplo, el concepto de familia o de matrimonio que regula el derecho musulmán es algo muy diferente al... recogido en el derecho romano germánico... Ante las distancias temporales y espaciales la conclusión a la que llegan los expertos... y que en definitiva necesitan reglamentar internacionalmente: es no definir, por ejemplo, en este caso, el concepto de familia y determinar que “familia” es lo que cada estado contemple o defina como familia... igualmente lo podríamos plantear para el concepto de pareja de hecho o para el concepto de matrimonio o para cualquier otra figura de esta naturaleza ... Y no sólo es válido para el concepto de familia... sino que... la podemos proyectar para la totalidad del derecho... Hablar de Estado de derecho y crisis pareciera hablar de lo mismo... En este momento nos interesa subrayar la crisis de los valores... de la ética y el panorama que deviene detrás de ella. Un problema de una dimensión inconmensurable, si nos permiten la expresión, ante la desolación que se plantea cuando podemos visualizar una sociedad en donde lo que marca el pulso de integración es el factor económico y no los factores de convicciones positivas, de servicio hacia la comunidad... la respuesta no es nada fácil, pero la responsabilidad de todos los operadores que intervienen en la materia es crucial. Un análisis serio, riguroso y concienzudo es vital para poder ponderar las consecuencias con toda la información, en congruencia moral, ética y social. ...Independientemente de la polarización que gira en torno al matrimonio entre personas del mismo sexo y la adopción, así como de la intensidad que provocan estos temas, lo que está claro es que tenemos muchas más interrogantes que respuestas porque aún nos hace falta profundizar para tener conocimiento especializado y puntual sobre un tema de gran trascendencia...¹⁹

¹⁸ CARBONELL, José y CARBONELL, Miguel, *La equidad de género en el estado de bienestar*, en “Las Familias en el siglo XXI, una mirada desde el derecho”, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2012, pp. 53 y 54.

¹⁹ GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, *op. cit.*, pp. 64 y ss.

FUSIONES HISTÓRICAS DE PREDIOS
ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE LA ESCRITURA
DE SU FORMALIZACIÓN PARA EFECTOS
DE SU INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO PÚBLICO
DE LA PROPIEDAD
COADYUVANDO A LA REGULARIZACIÓN
DE PREDIOS EN NUESTRA CIUDAD

Guillermo Oliver Bucio



I. INTRODUCCIÓN

El derecho real de propiedad se caracteriza por ser exclusivo, perpetuo y absoluto y faculta al propietario para usar, gozar y disponer de la cosa objeto del mismo, por lo que, en principio, se podría pensar que el propietario de una cosa puede hacer lo que le venga en gana con ella, por estar facultado para usarla, gozarla y disponer de ella en forma absoluta, al considerar que este derecho es una extensión de la propia personalidad del individuo, quien actúa en forma completamente autónoma.

Sin embargo, la vida de todo individuo se desarrolla necesariamente mediante estructuras y límites, preexistentes y por tanto externas a él, que son generadas y creadas por la naturaleza o por otros individuos, de forma unitaria, colegiada o social, o generadas y creadas por el propio individuo, y en consecuencia propias, reconociendo la coexistencia de ambos extremos que dan cabida a la tensión natural entre las estructuras y límites externos y las estructuras y límites propias, que derivan en la defensa de la existencia individual.

Aterrizando el anterior principio de vida al campo de lo jurídico, igualmente tendremos estructuras y límites impuestas por otros o autoimpuestas, aquellas plasmadas en la ley y éstas dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad de cada individuo.

En el caso que nos ocupa, encontramos una línea divisoria en el tiempo marcada por la fecha del 7 de enero de 1976, en la que fue publicada la Ley

de Desarrollo Urbano para el Distrito Federal, a partir de la cual existe una normatividad en materia de expedición de licencias para fusiones de predios; pero antes de dicha fecha, al no existir tal régimen, el propietario de una cosa inmueble, es decir, el propietario de un predio, con base en la autonomía de la voluntad, decidía libremente sin sujeción a permiso o licencia alguno, unir, agregar, anexar, incorporar o fusionar predios de su propiedad, por el solo hecho de ser el propietario de los mismos y otorgar en ese sentido su voluntad en una escritura pública ante notario, la cual se inscribía en el Registro Público de la Propiedad.

Ahora bien, el propietario no siempre manifestaba su voluntad en escritura pública, sino que actuaba simplemente en la realidad para fusionar, de facto, predios de su propiedad conformando una sola unidad topográfica sin realizar acto alguno o gestión adicional. A lo sumo, notificaba al catastro para dejar constancia de la fusión de predios y como evidencia de una unidad topográfica que se formaba, pagando a partir de ese momento sus contribuciones de impuesto predial ya como un solo predio fusionado. Digamos que los predios quedaban fusionados para efectos catastrales, pero no para efectos registrales.

Siempre he considerado, dentro de nuestro marco jurídico, que la propiedad sobre un inmueble es regular si se reúnen dos condiciones: consta en un título de propiedad reconocido por la ley, por regla general en escritura pública y dicho título se encuentra inscrito en el Registro Público de la Propiedad, de tal manera que la falta de alguna de dichas condiciones, provoca la irregularidad del citado derecho real de propiedad.

En consecuencia, queda delimitado el fin y el alcance del presente estudio, pues no se trata de comentar o analizar el marco jurídico vigente para fusiones de predios, sino de realizar algunos comentarios respecto de sus fusiones históricas llevadas a cabo antes del 7 de enero de 1976, pero que en la época actual nos corresponde intervenir como notarios para lograr su regularización o formalización para efectos registrales y así coadyuvar a la regularización de predios en nuestra ciudad, armonizando situaciones jurídicas creadas en otra época y evitando la aplicación retroactiva de leyes, criterios y posturas en perjuicio del particular.

II. EVOLUCIÓN DEL MARCO JURÍDICO

Como ejemplo de la citada evolución, no solo en el marco jurídico, sino en el mundo de las ideas, criterios, interpretaciones y percepciones de la autoridad al respecto, transcribo en su parte conducente la solicitud que presenté en abril del año 2013 a la Secretaría de Desarrollo Urbano y Vivienda,

obteniendo respuesta en sentido positivo a la pretensión de mi cliente en el mismo mes de abril del citado año, de la siguiente manera:

...El suscrito, en mi carácter de titular de la Notaría Pública número 246 del Distrito Federal, para *efectos* de cumplir con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 61 de la Ley Registral para el Distrito Federal y con lo dispuesto en el artículo 88 del Reglamento de la Ley Registral y del Registro Público de la Propiedad y de Comercio del Distrito Federal, que más adelante transcribo, en relación al Inmueble citado al rubro y toda vez que estoy próximo a que se otorgue en mi protocolo, *la formalización de Fusión de Predios para efectos registrales* sobre el citado Inmueble, solicito se me *confirme que para dicha formalización no es necesaria Licencia actual de Fusión de predios*, pues el Inmueble ha funcionado fusionado como una sola unidad desde mucho antes de la publicación de la Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal en el año de 1976; y para efectos catastrales, pago de impuesto predial, de zonificación, construcciones y alineamiento y número oficial, entre otros, desde aquella época ha sido reconocido como una sola unidad fusionada.

Al efecto, los artículos 61 de la Ley Registral y el 88 de su Reglamento, señalan lo siguiente: (aquí se transcribieron).

El marco jurídico actual aplicable en materia de Licencias de Fusión de Predios resulta razonablemente claro al establecer como autoridades en materia de desarrollo urbano a la Secretaría de Desarrollo Urbano y Vivienda, así como a los Jefes Delegacionales, de acuerdo al artículo 4 de la Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal (LDU). De acuerdo con el artículo 7 de la citada Ley, corresponde a la Secretaría, entre otros, según la fracción I, aplicar la Ley, emitiendo criterios *o cualquier acto administrativo relacionado* y de acuerdo a la fracción XXIII, le compete emitir opinión respecto de la procedencia de solicitudes de fusión de predios que se presenten ante otras autoridades competentes. Sin embargo, según el artículo 8 fracción III de la LDU, es atribución del Jefe Delegacional expedir licencias en el ámbito de su competencia según la propia Ley de Desarrollo Urbano, la cual en el artículo 61 establece que las fusiones se registrarán según lo indicado en el Reglamento, lo que se ratifica en el propio artículo 87 de la LDU que reitera la competencia tanto de la Secretaría como de las Delegaciones en esta materia, en sus respectivas esferas de competencia, conforme lo establecido en el Reglamento. La competencia del Jefe Delegacional en materia de expedición de Licencias de Fusión de Predios se ratifica en el artículo 39 fracción III de la Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal.

A su vez, el Reglamento de la Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal, en su artículo 127 señala que las Licencias actuales de fusión de predios serán expedidas por la Delegación, la cual con base en la Ley Orgánica de la Admi-

nistración Pública Local, sus Reglamentos y el Manual de Organización Delegacional, actúa a través de la Dirección General de Obras y Desarrollo Urbano, Dirección de Desarrollo Urbano, Subdirección de Normatividad y Licencias, Unidad Departamental de Alineamiento, Uso de Suelo y Licencias Específicas.

Sin embargo, como se dijo desde el inicio, la consulta versa sobre una *situación histórica concreta* y no sobre una actual. Al efecto y de forma adecuada, los artículos de la Ley Registral y su Reglamento arriba señalados, establecen como línea divisoria en el tiempo el año de 1976 en función de la publicación de la primera Ley de Desarrollo Urbano, por lo que, en principio, antes del año de 1976, el Registro Público de la Propiedad no debería solicitar para efectos de formalizaciones de Fusiones, Licencias de Fusión cuando constara que antes de esa fecha el predio resultante ya se había fusionado o agrupado.

El actual Reglamento de Construcciones del año 2004, en su artículo 63 señala que no procede el registro de manifestaciones de construcción respecto de lotes o predios que hayan resultado de la fusión de predios efectuada sin autorización de la Administración; artículo esencialmente idéntico al artículo 58 del Reglamento de Construcciones de 1993 (abrogado por el anterior), salvo por hablar del Departamento (del Distrito Federal) en aquel entonces.

El Reglamento de Construcciones para el Distrito Federal del año 1966, en su artículo 394 atribuía competencia en materia de Licencias de Construcción y “comprobantes de aprobación de división de predios” a la Dirección General de Obras Públicas; sin embargo, no se menciona ninguna atribución en materia de fusión de predios.

El Reglamento de Construcciones para el Distrito Federal del año 1942 era omiso tanto para fusiones como para subdivisiones de predios.

Lo que el suscrito pretende resaltar con esta pequeña relación histórica del marco jurídico es que, en la fecha actual no hay duda de a quien le compete y en qué términos expedir Licencias de Fusión de Predios, pero que antes del año de 1976, en principio no había obligación de contar con una Licencia para Fusión y el particular concurría con el Notario para hacer constar agrupaciones o fusiones de predios con base en su voluntad.

La *situación jurídica concreta* del Inmueble ha sido la siguiente:

1. Por instrumento número de fecha 13 de junio de 1968, ante el Licenciado ..., titular de la notaría número.... del Distrito Federal, se hace constar que ... y el menor..., este último representado por los dos primeros, adquieren los dos primeros como usufructuarios y el último como nudo propietario, el predio de con superficie de 572.07 m².

2. Por instrumento número 15,532 de fecha 10 de junio de 1969, ante el mismo notario que el anterior, los señores y el menor ..., este último representado por los dos primeros, adquieren los dos primeros como usufructuarios y el último como nudo propietario, una fracción interior del predio de número ...con superficie de 179.15 m²., misma fracción interior que *obtendría* salida a la vía pública por su agrupación o fusión al predio señalado en el pun-

to 1 anterior y para ello en los antecedentes de la escritura aquí relacionada, se señaló que la fracción interior se agregaría o fusionaría a la fracción del punto 1 anterior, para quedar un sólo predio ubicado en el número.... de con superficie de 751.22 M2., reconociendo que desde aquélla época el Inmueble ya funcionaba como una sola unidad y tenía una sola cuenta de impuesto predial.

Sin embargo, en las cláusulas del citado instrumento únicamente se contiene la compraventa de la fracción interior y no se hizo constar la agrupación o fusión de predios, por lo que al suscrito corresponde en la fecha actual hacer constar la formalización de dicha fusión de predios única y exclusivamente para efectos registrales.

De dicho instrumento del año de 1969 transcribo en su parte conducente lo que sigue:

.... DECLARACIONES...Primera.—(En esta declaración se relaciona el título de propiedad de la fracción interior de 179.15 m2 que es objeto de la compraventa) ...

Segunda.—...adquirieron... por compra.... el predio número ... de la calle de ..., con superficie de quinientos setenta y dos metros cuadrados, siete centésimos y los linderos y medidas que en dicha escritura se especificaron; *predio al cual se fusiona la fracción de terreno descrita en la declaración anterior y por el cual tiene su salida a la calle y que ya está comprendida dentro de la boleta de contribuciones prediales que corresponde al propio predio número de la calle de...; el cual predio total se describe de la manera siguiente: Predio número de la calle de ..., con superficie de setecientos cincuenta y un metros cuadrados, veintidós centésimos y los linderos y medidas siguientes (se relacionan los linderos del predio resultante de la fusión).*

3. En la boleta predial con número de cuenta....., constancia de zonificación obtenida respecto de la cuenta predial anterior, regularización de construcción del año de 1957, alineamiento y número oficial del año 1954 y uno actual del año 2012, las diferentes autoridades reconocieron y han reconocido que el Inmueble marcado con el número... de la calle de ..., es un sólo predio cuya superficie resultó de la agrupación o fusión histórica antes señalada.

Adecuadamente, la actual Ley Registral y su Reglamento señalan el año de 1976 como línea divisoria para exigir o no Licencias de Fusión de Predios, por lo que la Secretaría de Desarrollo Urbano y Vivienda y/o la Delegación correspondiente, como autoridades competentes, en su caso y según corresponda, deberán emitir la constancia de que en esa fecha (1969) no se requería Licencia de Fusión con el objeto de cumplir con las Leyes Registrales y proceder a obtener un único antecedente registral del Inmueble que nos ocupa.

En todo caso y de no ser posible lo anterior, deberán señalar lo que procede para cumplir con dichas Leyes Registrales, pues éstas últimas requieren documento de la autoridad competente y Ustedes son autoridad competente en esta materia, como ha quedado demostrado.

Anexos: Se exhiben copia simple y original para cotejo de los siguientes documentos.

1. Escritura número 14,670 de fecha 13 de junio de 1968, ante el Licenciado ..., titular de la notaría número del Distrito Federal.

2. Escritura número 15 532 de fecha 10 de junio de 1969, ante el mismo notario que el anterior.

3. Boleta Predial 2013 con número de cuenta: donde se reporta la superficie global y fusionada.

4. Constancia de Zonificación respecto del número de cuenta predial anterior donde se reporta la superficie global y fusionada.

5. Regularización de ciertas construcciones del año de 1957 donde se reporta la superficie global y fusionada.

6. Alineamiento y número oficial donde se reporta la superficie global y fusionada, tanto del año 1954 como del año 2012.

7. *Oficio 291 A de fecha 30 de octubre de 2012*, expedido por el Director de Desarrollo Urbano de la *Delegación Benito Juárez* señalando que no hay registro alguno de trámite de fusión a partir de 1995 y *sugiriendo acudir directamente a Seduvi* pues es quien antes de ese año debía expedir licencias de fusiones.

8. Oficio 1276 expedido el 28 de enero de 2013 expedido por el Director de Control de Reserva y Registro Territorial de SEDUVI, indicando que no hay antecedentes de fusión de predios....

En el oficio de respuesta positiva, el Director de Control de Reserva y Registro Territorial, de la Dirección General de Administración Urbana de la Secretaría de Desarrollo Urbano y Vivienda del Distrito Federal reconoció que "...En este orden de ideas, se debe considerar, que en los años 1968 y 1969, fechas en las que se llevó a cabo la compra de los inmuebles materia de la presente opinión, se encontraba vigente la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal de 1941, misma que en su texto no contenía disposiciones en las que se previesen o fueran exigibles a los particulares solicitudes o permisos para llevar a cabo fusiones.... de predios.... esta autoridad opina que la Licencia de Fusión materia de la presente, no deberá ser exigible, toda vez que la fusión de los predios que integran el predio resultante descrito en el cuerpo del presente, se realizó de hecho, antes de la vigencia de la Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal publicada en el Diario Oficial de la Federación el 07 de enero de 1976...

En la actualidad, la Secretaría de Desarrollo Urbano y Vivienda ha asumido su carácter de autoridad competente para estos temas, sin embargo, retrospectivamente, el lector podrá darse cuenta de la mera redacción de la solicitud que, hasta hace unos pocos años, todavía no había certeza de quién era la autoridad competente para tales efectos y cuál era el contenido concreto de la resolución a emitir, pues de la delegación política correspondiente nos enviaba a la Secretaría de Desarrollo Urbano y Vivienda, y viceversa,

y a su vez el Registro Público de la Propiedad tampoco definía claramente su postura en relación a quien reconocía como autoridad competente en la materia.

También debemos tener en cuenta que la Ley Registral para el Distrito Federal apenas se publicó el 21 de enero de 2011, y el Reglamento de la Ley Registral y del Registro Público de la Propiedad y de Comercio meses después, el 13 de septiembre.

Por ello la importancia de establecer los diversos periodos que he podido detectar a la fecha para dejar constancia de la evolución del marco jurídico al respecto, pero también de la evolución en la práctica notarial y en las ideas, criterios, interpretaciones y percepciones sobre este tema que he experimentado en asuntos concretos, para que puedan servir de guía en la actuación notarial.

A. PERIODO DE LA ABSOLUTA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD (¿? -7 DE ENERO DE 1976)

Durante este periodo y, por lo menos en esta materia, se aplicó de forma absoluta el principio de la autonomía de la voluntad del particular, quien, como propietario y por el solo hecho de serlo, podía agrupar, anexar, unir, incorporar o fusionar predios de su propiedad, plasmando su voluntad en escritura pública ante notario e inscribiendo la misma en el Registro Público de la Propiedad. Esa era la práctica notarial y registral al respecto.

Con lo anterior, el particular podía actuar de dicha manera porque no había marco jurídico aplicable en la materia que lo limitara, no obstante lo dispuesto por el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los artículos 6 y 830 del Código Civil, en ese entonces Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal; artículos que, por ser vigentes, prevén la posibilidad de establecer restricciones a la propiedad privada como límite a la autonomía de la voluntad, no había normatividad que estableciera la obligación del particular para que, como propietario, tramitara previamente una licencia o permiso de fusión de predios.

La Ley de Planificación y Zonificación del Distrito Federal y Territorios de la Baja California publicada el 17 de enero de 1933, reguló en sus artículos primero, segundo y tercero, la planificación y zonificación y, entre otros rubros, contempló la normatividad en materia de subdivisión y lotificación de los terrenos de las poblaciones existentes en la entidad, por lo que hacía a la planificación, y por lo que hacía a la zonificación, reglamentó, entre otros, lo relativo a las construcciones, alturas, volúmenes y espacios libres

en las lotificaciones; ley que derogó todas las disposiciones anteriores que se opusieran a su observancia y que no contempló norma alguna en relación a la fusión de predios.

La Ley de Planificación y Zonificación publicada el 12 de junio de 1936 reitera lo señalado en la anterior, sin haber tampoco norma alguna en materia de fusión de predios.

El Reglamento del Registro Público de la Propiedad publicado el 13 de julio de 1940, en su Capítulo Segundo, de las inscripciones en la Sección Primera, establecía normatividad en la materia, señalando en el artículo 51 lo relativo a divisiones de fincas, así como en el artículo 54 que trataba de la enajenación parcial de predios, lo que implicaba una subdivisión y cancelación parcial de propiedad, según léxico de aquella época; en el artículo 52 trataba acerca de los fraccionamientos de predios y en el artículo 53 lo relativo a fusiones de predios, el cual hacía mención de la reunión de dos fincas para formar una sola, inscribiendo la resultante como nueva finca, sin requerir ningún tipo de permiso o licencia para la procedencia de la inscripción de la fusión de predios.

La Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal, reglamentaria de la base primera, fracción VI del artículo 73 constitucional, publicada el 31 de diciembre de 1941, como ha reconocido la actual autoridad competente en la materia, no contiene ninguna obligación a cargo del particular en la materia que nos ocupa, no obstante regulaba en su artículo 23 que eran funciones del Departamento del Distrito Federal, entre otras y en materia de servicios públicos, reglamentar y vigilar lo relativo a planificación y zonificación.

El Reglamento de las Construcciones y de los Servicios Urbanos publicado el 23 de julio de 1942, no contiene norma alguna respecto del tema que nos ocupa, haciendo referencia exclusivamente a las licencias para fraccionamientos en su capítulo 13, artículos del 1 al 6.

El Reglamento del Registro Público de la Propiedad, publicado el 15 de diciembre de 1952, en su capítulo segundo, sección segunda, se refería a la Finca y a las Segregaciones y Agrupaciones, en los artículos del 158 al 167, resaltando que el término utilizado en la materia era el de agrupación de fincas o de porciones y que en el artículo 165 se establecía que todas las operaciones de registro relativas a agrupación, división o segregación, solo se harían cuando constaran en escritura pública o documento auténtico, siendo necesario que dicha escritura o documento describiera las fincas que se agruparan o dividieran o que fueran objeto de segregación parcial, así como las fincas nuevas resultantes de cualquiera de dichas operaciones y las porciones restantes.

La Ley de Planificación del Distrito Federal de 1953,¹ estableció en su artículo primero como de interés y utilidad pública la ejecución de obras de planificación, y en el artículo tercero indicó que la planificación comprendería, entre otros, los fraccionamientos de terrenos y la lotificación o relotificación de inmuebles, pero no hizo referencia a la fusión de predios. Dicha ley sufrió una fe de erratas publicada el 23 de enero de 1954, se reformó el 29 de diciembre de 1966 y el 31 de diciembre de 1971, pero únicamente siguió contemplando lo relativo a fraccionamientos, divisiones o subdivisiones de predios.

El Reglamento de Construcciones² hacía referencia exclusiva a la división de predios, estableciendo la obligación de contar con la previa aprobación de la Dirección General de Obras Públicas para que los notarios pudieran autorizar escrituras relativas a dichas fracciones o lotes, pero no hacía mención a la fusión de predios.³

B. PERIODO DE LA LIMITACIÓN A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD (7 DE ENERO DE 1976-A LA FECHA)

El 7 de enero de 1976 se publicó la Ley del Desarrollo Urbano, la cual, según su artículo primero, tenía por objeto ordenar el desarrollo urbano del Distrito Federal, el cual declaró como de utilidad pública e interés social. Dicha ley como especial de la ley marcó que fue la Ley General de Asentamientos Humanos publicada el 26 de mayo de 1976, que en su artículo 47 señaló que las áreas y predios de un centro de población, cualquiera que sea su régimen jurídico, estarían sujetos a las disposiciones que en materia de ordenación urbana dictaran las autoridades conforme a la ley.

Asimismo, en su artículo octavo hizo énfasis en la utilidad pública e interés social que caracteriza la naturaleza jurídica del derecho de propiedad, de acuerdo al artículo 27 constitucional y al artículo 830 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, reiterando en su artículo noveno que el derecho de propiedad, la posesión o cualquier otro derecho derivado de la tenencia de predios, sería ejercido de conformidad con las limitaciones y modalidades previstas en dicha ley, dejando en claro a partir de entonces la intervención de la autoridad como límite a la autonomía de la voluntad del propietario, como particular.

¹ Publicada el 31 de diciembre.

² Publicado el 9 de febrero de 1966.

³ *Cfr.* Artículo 394.

Dicha ley, en su sección tercera, trató de la fusión, subdivisión, relotificación y fraccionamientos de terrenos, en forma más sistemática que la normatividad anterior,⁴ destacando en su artículo 54 el concepto de fusión de predios al indicar que se entiende por fusión la unión en un solo predio de dos o más terrenos colindantes, requiriendo para ello previa autorización del Departamento del Distrito Federal según lo indicó el artículo 63, declarando ilegales las fusiones que no hayan estado autorizadas.⁵

Reglamentariamente, se publicaron el 9 de diciembre de 1976 el Reglamento de Planes Parciales, el 10 de diciembre de 1976 el Reglamento del Registro del Plan Director para el Desarrollo Urbano y el 20 de abril de 1982 el Reglamento de Zonificación, reformado el 3 de julio de 1987, sin que en ninguno de dichos ordenamientos se incluyera alguna normatividad para el caso que nos ocupa.

Asimismo, el 14 de diciembre de 1976 se publicó el Reglamento de Construcciones, el cual trataba indirectamente de las divisiones de predios al señalar que no se otorgaría licencia de construcción respecto de lotes o fracciones que hayan resultado de la división de predios efectuada sin autorización del Departamento, pero no había normatividad en relación a la fusión de predios.⁶

El 17 de enero de 1979 se publicó el Reglamento del Registro Público de la Propiedad en cuyos artículos 123, 124 y 125 se trataba el caso de las fusiones de predios o fincas para formar una sola, o cuando se fusionan dos o más porciones de diferentes fincas para formar una nueva, aclarando que las diversas operaciones registrales que esos casos implican, solo se realizarían cuando las fusiones o segregaciones se hubieran efectuado y hecho constar conforme a lo dispuesto por las leyes y reglamentos aplicables y cuando se describieran con claridad y precisión los nuevos fundos resultantes.

El 5 de agosto de 1988 se publicó el Reglamento del Registro Público de la Propiedad, en cuyo artículo 58 se señaló que, al fusionarse dos o más fincas para formar una nueva, se procedería a cancelar los asientos originales que se conservarían como antecedentes y se harían nuevos folios para las fincas resultantes y en dichos folios se harían constar las variantes producidas.

El 21 de julio de 1993 se publicó una nueva Ley General de Asentamientos Humanos que abrogó la de 1976, reiterando que para cumplir con el mandato del artículo 27 constitucional, el ejercicio del derecho de propie-

⁴ *Cfr.* Artículos 54 al 72.

⁵ *Cfr.* Artículo 71.

⁶ *Cfr.* Artículo 71.

dad, posesión o cualquier otro derivado de la tenencia de bienes inmuebles, se sujetaría a lo que determinarían las autoridades competentes en los planes o programas de desarrollo urbano aplicables.⁷ En su artículo 32 señaló que la legislación estatal debería contemplar las acciones para la regularización de la tenencia de la tierra urbana, y en su artículo 36 indicó que las leyes locales preverían los casos en los que no se requirieran o se simplificaran las autorizaciones, permisos y licencias para el uso del suelo urbano, construcciones, subdivisiones de terrenos y demás trámites administrativos conexos a los antes señalados.

El 2 de agosto de 1993 se publicó el Reglamento de Construcciones, que reiteraba la norma relativa a subdivisión de predios en el sentido de que no se otorgaría licencia de construcción respecto de lotes o fracciones de terrenos que hayan resultado de la subdivisión o relotificación de predios, incluyendo el concepto de fusión de predios, que se hayan efectuado sin autorización del Departamento del Distrito Federal.⁸

El 29 de enero de 1996 se publicó una nueva ley de desarrollo urbano que abrogó la anterior, la cual reiteraba su carácter de orden público e interés social, cuyo objeto era, entre otros, regular el ordenamiento territorial y el desarrollo urbano del Distrito Federal, misma ley que fue reformada en diversas ocasiones y que por reforma del 23 de febrero de 1999, en su Capítulo IV reguló la fusión, subdivisión, “Relotificación de terrenos y conjuntos”, en sus artículos del 42 al 49, reiterando el concepto de fusión de predios de la ley anterior y haciendo un reenvío al reglamento de la ley para todo lo relativo a las características, especificaciones y procedimientos para fusionar o subdividir un predio.

El 4 de junio de 1997 se publicó el Reglamento de la Ley de Desarrollo Urbano del año 1996, el que, en su título quinto, “De las certificaciones y licencias”, capítulo tercero, de las licencias de fusiones y subdivisiones, regulaba lo relativo a nuestro tema, señalando que sería la delegación correspondiente la que expediría la licencia de fusión de predios en los términos y con el procedimiento ahí señalados.⁹

El 29 de enero de 2004 se publicó el Reglamento de la Ley de Desarrollo Urbano que abrogó el anterior, el que, en su capítulo segundo, “De las Licencias”, sección primera, de las licencias de fusión y subdivisión, artículos del 127 al 129, regula el procedimiento para su obtención, reiterando que

⁷ Cfr. Artículo 27.

⁸ Cfr. Artículo 58.

⁹ Cfr. Artículos 41 al 44.

será la delegación correspondiente la que expedirá la licencia de fusión de predios. Dicho reglamento sufrió su última reforma el 14 de enero de 2016, por lo que sigue vigente.

El mismo 29 de enero de 2004 se publicó el Reglamento de Construcciones, el cual no contiene normatividad para el caso que se trata, salvo por la mención en su artículo 63, al indicar que no procede el registro de manifestaciones de construcción respecto de lotes o predios que hayan resultado de la fusión de predios efectuada sin autorización de la administración.

El 24 de noviembre de 2006 se publicó el Reglamento del Registro Público de la Propiedad, en cuyo artículo 62 se reiteró que al fusionarse dos o más fincas para formar una sola, se crearía un folio para la finca resultante, cancelando los asientos originales que se conservarían como antecedentes y que en los folios de las fincas modificadas se harían constar las variantes producidas.

El 22 de julio de 2008 se publicaron los Criterios Registrales en Materia de Propiedad, en cuyo criterio 4, que tuvo por rubro “Condominio. Fusión, subdivisión o lotificación”, se estableció que “en condominios, fusiones, subdivisiones, lotificaciones o relotificaciones, deberá anexarse o transcribirse, la licencia o certificado de zonificación, resolución u orden judicial, según corresponda”.

El 15 de julio de 2010 se publicó la Ley de Desarrollo Urbano que abrogó la anterior, que reitera su carácter de orden público e interés general y social, para establecer las bases de la política urbana, la que en su capítulo sexto, trata de la fusión, subdivisión y relotificación de predios en los artículos del 61 al 64, señalando que las fusiones y subdivisiones de predios urbanos o la improcedencia de realizarlas, así como las características, especificaciones y procedimientos para llevar a cabo las que se autoricen, se registrarán por las disposiciones del reglamento.¹⁰

El 21 de enero de 2011 se publicó la tan esperada Ley Registral, en cuyo artículo 61 se reitera la postura registral en la materia ya señalada y se añade un último enunciado que dice “...Se requerirá el permiso de fusión solo cuando la legislación vigente en la fecha en que se hubiese formalizado dicho acto jurídico así lo hubiere exigido...”

El 13 de septiembre de 2011 se publicó el Reglamento de la Ley Registral y del Registro Público de la Propiedad y de Comercio el que en su artículo 88 señalaba que:

¹⁰ *Cfr.* Artículo 61.

Artículo 88.—Cuando en el instrumento respectivo se solicite la fusión o subdivisión de predios que *se hubieren* agregado o segregado o que de cualquier forma se hubieren anexado o separado *a otros antes* de la publicación de la Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal del 7 de enero de 1976, *no será necesaria* la presentación de permiso alguno y se llevará a cabo la fusión o subdivisión correspondiente, anotando en el asiento la circunstancia descrita *siempre que se relacionen los documentos de la fecha en los que las autoridades respectivas conocieron de dicha operación o bien se presente documento de las autoridades competentes en donde hacen constar dicha circunstancia.*

El 18 de noviembre de 2015 se publicó el Reglamento de la Ley Registral en cuyo artículo 94 se señala lo siguiente:

Cuando en el instrumento respectivo se solicite la fusión o subdivisión de predios se deberá presentar el permiso correspondiente, o en su caso, *la negativa de la Secretaría de Desarrollo Urbano y Vivienda del Distrito Federal en la cual se establezca que no es necesaria la expedición de dicho permiso.*

No obstante, tratándose de predios en los que se solicite la fusión o subdivisión de los mismos, que se hubieren agregado o segregado o que de cualquier forma se hubieren anexado o separado a otros antes de la publicación de la Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal del 7 de enero de 1976, no será necesaria la presentación de permiso alguno y se llevará a cabo la fusión o subdivisión correspondiente, *siempre que se relacionen los documentos de la fecha en los que las autoridades respectivas conocieron de dicha operación o bien se presente documento expedido por las autoridades competentes en donde hacen constar dicha circunstancia.* En el asiento que se practique se anotará la circunstancia antes descrita.

En cualquiera de los casos, el permiso o los documentos que sean presentados deberán señalar la superficie, medidas y linderos del o de los predios resultantes de la fusión o subdivisión.

En el mismo ordenamiento que se acaba de mencionar, se señala que cualquier modificación por la que se incremente o se disminuya la superficie del predio inscrito, se deberá solicitar en escritura pública y solo será procedente si media apeo y deslinde, resolución o diligencia judicial u orden o constancia administrativa de autoridad competente, reconociendo como autoridad competente para efectos de dicho artículo entre otras a la Secretaría de Desarrollo Urbano y Vivienda, precisando que el documento exhibido deberá contener las medidas, linderos, colindancias y superficie del predio.¹¹

¹¹ Artículo 107.

En consecuencia, dentro de este segundo periodo en el cual la autonomía de la voluntad del propietario, como particular, se encuentra limitada por la acción de la autoridad, podemos distinguir los subperiodos siguientes:

1. El comprendido desde la entrada en vigor de la Ley de Desarrollo Urbano el 7 de enero de 1976 hasta el año de 2005 aproximadamente, periodo durante el cual las escrituras públicas que contenían la formalización de fusión histórica de predios para efectos registrales que se otorgaron ante el suscrito (o ante el notario con el cual realizaba mi práctica notarial antes de llegar a serlo), se inscribían en el Registro Público de la Propiedad siempre que al instrumento público se le anexara algún documento de autoridad que reconociera la fusión, por ejemplo y normalmente, la boleta predial que evidenciara la existencia de una cuenta catastral única que abarcara la superficie total del predio resultante, como muestra de la no exigencia actual de una licencia o permiso especial por tratarse de una fusión histórica de predios que se encontraban ya fusionados catastralmente y que además, en dicho instrumento constara claramente la superficie, medidas y linderos del predio resultante, para lo cual bastaba, en principio, un levantamiento topográfico realizado por un perito particular a solicitud del propietario, con lo cual se confirmó durante dicho periodo la práctica notarial y registral al respecto y que coincide esencialmente con la evolución del marco jurídico antes relacionada.

2. El comprendido desde aproximadamente el año de 2005 hasta el 22 de julio de 2008 en que se publicaron los Criterios Registrales en Materia de Propiedad, en cuyo criterio 4 se trató el tema que nos ocupa, periodo en el cual no había certeza de cuál era la mejor manera para dejar acreditado en la escritura pública de formalización de fusión histórica de predios para efectos registrales, los dos extremos señalados en el punto inmediato anterior, es decir, por un lado el documento idóneo por el que él se acreditara que no era necesaria una licencia actual de fusión de predios, y por otro lado, el documento idóneo para acreditar la superficie, medidas y linderos del predio resultante, provocando un obstáculo para la regularización de predios en nuestra ciudad.

3. El comprendido desde la publicación el 22 de julio de 2008 del criterio registral antes citado hasta la publicación de la Ley Registral el 21 de enero de 2011 y su reglamento el 13 de septiembre de 2011, periodo en el cual y no obstante la buena intención al publicar el citado criterio, dada su ambigüedad, se generó también un periodo de incertidumbre para acreditar los dos extremos indicados en una escritura de fusión histórica de predios,

ya que había diferentes posturas de los registradores del Registro Público de la Propiedad tanto en lo referente al documento idóneo para acreditar la no exigencia de licencia actual de fusión de predios como respecto del documento idóneo para acreditar la superficie, medidas y linderos del predio resultante, llegando a solicitar ante la duda, incluso diligencia de apeo y deslinde, provocándose de nueva cuenta un obstáculo para la regularización de predios en nuestra ciudad.

4. El comprendido desde la publicación de la Ley Registral el 21 de enero de 2011 y su Reglamento el 13 de septiembre de 2011 hasta la publicación el 18 de noviembre de 2015 del nuevo Reglamento de la Ley Registral, periodo durante el cual también se generó un periodo de incertidumbre pues en relación al documento idóneo de la autoridad competente en la materia para dictaminar la no exigencia de la licencia actual de fusión de predios, la delegación política correspondiente señalaba que únicamente podía intervenir en licencias de fusiones actuales y no históricas y la Secretaría de Desarrollo Urbano y Vivienda, no definía claramente su postura al respecto, haciéndolo finalmente y prueba de ello es el oficio obtenido y transcrito en su parte conducente líneas arriba; sin embargo, aunque la secretaría tomó partido para emitir oficios de este tipo, consideró en su momento que no podía intervenir para solventar el segundo punto en cuestión, es decir, el relativo a la determinación del documento idóneo para dejar constancia de la superficie, medidas y linderos del predio resultante, con lo cual se dio un avance considerable en la materia, pero dejando un punto esencial todavía por esclarecer.

5. El comprendido desde la publicación el 18 de noviembre de 2015 del nuevo reglamento de la ley registral hasta la época actual, periodo durante el cual, finalmente queda esclarecida la actuación en la materia, al reconocer el Registro Público de la Propiedad en su Reglamento de forma clara y contundente que la Secretaría de Desarrollo Urbano y Vivienda es autoridad competente en materia de fusiones históricas de predios, por lo que dicha Secretaría como autoridad competente será quien esté legitimada para emitir oficio que abarque las dos condicionantes para lograr la inscripción de una escritura de formalización de fusión histórica de predios, es decir, tanto por lo que se refiere a la opinión de que no es necesaria una licencia actual de fusión de predios, como también por lo que se refiere a que, como autoridad competente, determine cuál es la superficie, medidas y linderos del predio resultante, con lo cual el Registro Público de la Propiedad podrá realizar el asiento de inscripción correspondiente, avanzando en la regularización de predios en nuestra ciudad.

Sirva el presente trabajo para dejar constancia de la necesidad de contar con leyes claras y precisas que, en su caso, generen la coordinación adecuada entre las diversas dependencias con las cuales interactuamos y que como notarios nos permitan actuar con diligencia en beneficio de los ciudadanos, que, como particulares, merecen certeza y seguridad jurídicas dentro de un estado de derecho.

LA CONDICIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS FÍSICAS EXTRANJERAS EN MÉXICO HOY EN DÍA

Pascual Alberto Orozco Garibay



I. EXTRANJEROS PERSONAS FÍSICAS¹

A. CONCEPTO Y GENERALIDADES

Son extranjeras las personas que no son mexicanas (artículo 33 constitucional y 2-4 de la Ley de Nacionalidad). El artículo 73-XVI constitucional faculta al Congreso de la Unión a legislar, entre otras materias, sobre nacionalidad y condición jurídica de los extranjeros. En uso de esa facultad ha

¹ Algunos de los estudios acerca de los extranjeros, sus condiciones de estancia en el país y la Ley de Migración son los realizados por Francisco Xavier Arredondo Galván en “Análisis de la nueva Ley Migratoria”, *Obra Jurídica Enciclopédica*, en homenaje a la Escuela Libre de Derecho, Volumen Derecho de la Migración, México, 2012, pp. 49-121. “La Ley de Migración y su reglamento para la función notarial” José Daniel Labardini Schettino y Jorge Daniel Peña Fernández. *Revista Mexicana de Derecho*. Colegio de Notario del Distrito Federal, núm. 14, México, 2012, pp. 281-292. “El Trabajador Migrante en situación irregular como verdadero titular de Derechos Fundamentales en el ámbito internacional”, Alejandra Villaseñor Goyzueta. *Obra Jurídica Enciclopédica* en homenaje a la Escuela Libre de Derecho. Volumen Derecho de la Migración, Editorial Porrúa, México, 2012. “Los derechos de los migrantes contenidos en la Ley de Migración”, Juan Carlos Calleros Alarcón, *Obra Jurídica Enciclopédica* en homenaje a la Escuela Libre de Derecho. Volumen Derecho de la Migración, Editorial Porrúa, México, 2012, al igual que la reseña del “Protocolo de Actuación para migrante, herramienta a disposiciones de juzgadores”, *Revista Compromiso* órgano informativo del Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia, Año 12, No. 147 septiembre de 2013, pp. 2-7; Pascual Alberto Orozco Garibay “La condición” jurídica de los extranjeros derivada de las reformas constitucionales y migratorias en *Colección Jurídica en Breviarios*, Editorial Porrúa y Colegio de Notarios del Distrito Federal, núm. 71, México, 2013; Fernando Antonio Cárdenas González, “Inversión Extranjera, Extranjeros y Sociedades”, Editorial Porrúa, 6a. ed. México, 2015.

emitido la Ley de Nacionalidad, la Ley General de Población, la Ley de Migración y la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria.

Es una facultad del Gobierno Mexicano permitir o negar el ingreso al territorio nacional a un extranjero. Los fundamentos legales de dicha facultad se encuentran plasmados en los artículos 18 y 38 de la Ley de Migración cuyo tenor en su parte conducente establecen:

Artículo 18.—La Secretaría tendrá las siguientes atribuciones en materia migratoria:

I. Formular y dirigir la política migratoria del país...

II. Fijar las cuotas, requisitos o procedimientos para la emisión de visas y la autorización de condiciones de estancia...

III. Establecer o suprimir requisitos para el ingreso de extranjeros al territorio nacional, mediante disposiciones de carácter general publicadas en el Diario Oficial de la Federación, tomando en cuenta la opinión de las autoridades que al efecto se establezcan en el Reglamento;

IV. Suspender o prohibir el ingreso de extranjeros, en términos de la presente Ley y su Reglamento...

VI. Fijar y suprimir los lugares destinados al tránsito internacional de personas, en términos de esta Ley y su Reglamento; ...

Artículo 38.—La Secretaría, por causas de interés público y mientras subsistan las causas que la motiven podrá suspender o prohibir la admisión de extranjeros mediante la expedición de disposiciones administrativas de carácter general, que deberán ser publicadas en el Diario Oficial de la Federación.

II. NUEVA REGULACIÓN A LOS EXTRANJEROS

La Ley de Migración, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de mayo de 2011, dio un giro copernicano a la reglamentación de los extranjeros, ya que el marco normativo que regula los derechos y obligaciones de los extranjeros contiene una gran preocupación por respetar los derechos humanos de los migrantes y principalmente de las personas más vulnerables. El espíritu de la ley es tratar a los extranjeros como seres humanos y no como delincuentes. Existe en el fondo una gran solidaridad y un deseo por mejorar sustancialmente las condiciones de los migrantes.

De manera muy clara Francisco Xavier Arredondo Galván escribe al respecto:

Es notable hacer notar la preocupación del legislador de proteger a las niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados y a otros migrantes en situación de vulnerabilidad. Es encomiable también la promoción que hace la Ley

Migratoria del valor de promover la unidad de las familias de los migrantes, características que junto con la decidida acción de hacer respetar los derechos humanos de los migrantes dan a esta Ley un valor histórico, ya que será un paliativo ante la creciente humillación, injusticias, violencia y abandono con las que han sido tratados hasta ahora las mujeres, hombres, niñas, niños y adolescentes migrantes, quizás los más pobres entre los pobres que luchan por sobrevivir y superar su condición humana marginal y empobrecida.²

III. REQUISITOS PARA QUE LOS EXTRANJEROS PUEDAN INTERNARSE AL PAÍS³

En los términos del artículo 37 de la Ley de Migración los extranjeros deben cumplir los siguientes requisitos:

A) Presentar en el filtro de revisión migratoria los siguientes documentos:

1. Pasaporte o documento de identidad y viaje que sea válido.

2. La visa válidamente expedida y en vigor. No requieren visa: I) los extranjeros de los países con los que se haya suscrito un acuerdo de supresión de visa; II) al igual que los solicitantes de la condición de estancia de visitante regional, visitante trabajador fronterizo, de refugiado, de protección complementaria y de la determinación de apátrida o por razones humanitarias o causas de fuerza mayor; (art. 42 Ley de Migración); III) tampoco la requieren los titulares de un permiso de salida y regreso y IV) los miembros de la tripulación de embarcaciones o aeronaves comerciales (solo pueden permanecer en el país por el tiempo necesario para reiniciar el servicio en la próxima salida que tengan asignada, art. 45 Ley de Migración).

3. En su caso la tarjeta de residencia⁴ o autorización en la condición de estancia de visitante regional, visitante trabajador fronterizo o visitante por razones humanitarias.

B) Proporcionar la información y los datos personales que las autoridades migratorias les soliciten.

² “Análisis de la nueva Ley Migratoria”, *op. cit.* p. 50-52.

³ El 25 de noviembre de 2013 se reformó el artículo 14 del Reglamento de la Ley de Nacionalidad que determina que el extranjero puede acreditar la residencia en el territorio nacional con la tarjeta expedida por la Secretaría de Gobernación que acredite la condición de estancia de residente temporal y con la tarjeta que acredite la condición de estancia de residencia permanente.

⁴ La tarjeta de residencia es el documento que expide el Instituto Nacional de Migración con el que los extranjeros acreditan su situación migratoria regular de residencia temporal o permanente. Artículo 3-XXVIII de la Ley de Migración.

A. CONCEPTO Y TIPOS DE VISAS

La visa es definida como:

La autorización que se otorga en una oficina consular que evidencia la acreditación de los requisitos para obtener una condición de estancia en el país y que se expresa mediante un documento que se imprime, adhiere o adjunta a un pasaporte u otro documento. La visa también se puede otorgar a través de medios y registros electrónicos, pudiéndose denominar visa electrónica o virtual. La visa autoriza al extranjero para presentarse a un lugar destinado al tránsito internacional de personas y solicitar, según el tipo de visado su estancia, siempre que se reúnan los demás requisitos para el ingreso (Art. 3-XXX Ley de Migración)

Los tipos de visa regulados en la Ley de Migración son los siguientes:

- a) Visa de visitante sin permiso para realizar actividades remuneradas;
- b) Visa de visitante con permiso para realizar actividades remuneradas;
- c) Visa de visitante para realizar trámites de adopción;
- d) Visa de residente temporal;
- e) Visa de residente temporal estudiante;
- f) Visa de residente permanente.

La visa acredita los requisitos para una condición de estancia y autoriza al extranjero para solicitar su ingreso al país en dicha condición de estancia, sin perjuicio de que posteriormente obtenga una tarjeta de residencia; cabe aclarar que ninguna de las visas otorga el permiso para trabajar a cambio de una remuneración, a menos que expresamente se señale (Art. 40 Ley de Migración).

Las solicitudes de visas se deben tramitar en las oficinas consulares, con excepción de las solicitudes por unidad familiar, por oferta de empleo o por razones humanitarias, en cuyos casos se podrán presentar ante el Instituto Nacional de Migración (arts. 101-109 y 118). La forma de acreditar los requisitos para obtener las visas —en las oficinas consulares o en el Instituto Nacional de Migración en los términos del art. 102 del reglamento— están determinados en los lineamientos generales para la expedición de visas que emitió las Secretarías de Gobernación y de Relaciones Exteriores, los cuales fueron publicados en el Diario Oficial de la Federación el 8 de noviembre de 2012.⁵

⁵ En el Diario Oficial de la Federación de fecha 26 de noviembre del 2013 se publicó el acuerdo por el que se reforman los lineamientos para tramite y procedimientos migratorios.

IV. CONDICIONES DE ESTANCIA EN EL PAÍS

Un extranjero puede tener una situación migratoria regular o irregular dependiendo si ha cumplido o no los requisitos para su internación o estancia en el país. El artículo 3-XXVII define la situación migratoria en los siguientes términos:

Situación migratoria: a la hipótesis en la que se ubica un extranjero en función del cumplimiento o incumplimiento de las disposiciones migratorias para su internación y estancia en el país. Se considera que el extranjero tiene situación migratoria regular cuando ha cumplido dichas disposiciones y que tiene situación migratoria irregular cuando haya incumplido con las mismas.

A su vez, un extranjero que tiene una situación migratoria regular puede permanecer en el país en tres diferentes condiciones de estancia: *a)* visitante, *b)* residente temporal y *c)* residente permanente. (Art. 52 Ley de Migración).

Es importante recalcar que ningún extranjero puede tener dos condiciones de estancia simultáneamente. (Art. 61 Ley de Migración).

En los términos del artículo 3-VI de la Ley de Migración se entiende por condición de estancia “a la situación regular en la que se ubica a un extranjero en atención a su intención de residencia y en algunos casos, en atención a la actividad que desarrollarán en el país o bien, en atención a criterios humanitarios o de solidaridad internacional”.

La Ley de Migración elimina las anteriores calidades migratorias de no inmigrante, inmigrante e inmigrado y establece las condiciones de estancia citadas.

A. VISITANTE

Las distintas modalidades de visitantes reguladas en los artículos 52 y 53 de la Ley de Migración son las siguientes:

a) Visitante sin permiso para realizar actividades remuneradas (no mayor a 180 días).⁶

b) Visitante con permiso para realizar actividades remuneradas (no mayor a 180 días). Se requiere que el extranjero cuente con una oferta de empleo o con alguna invitación por parte de alguna autoridad o institución académica, artística, deportiva o cultural o venga a desarrollar una actividad remunerada por temporada estacional, en virtud de acuerdos interinstitucionales celebrados con entidades extranjeras.⁷

⁶ Artículo 129 del Reglamento de la Ley de Migración.

⁷ Artículo 131.

c) *Visitante regional*. Autoriza al extranjero residente de los países vecinos o nacional de los mismos para ingresar a las regiones fronterizas con derecho a entrar y salir de las mismas cuantas veces lo desee, sin que su permanencia exceda de 3 días y sin permiso para recibir remuneración en el país.⁸

d) *Visitante trabajador fronterizo*. Autoriza al extranjero que sea nacional de los países con los cuales México comparte límites territoriales para permanecer hasta por un año en las entidades federativas que determine Gobernación. Tiene derecho a entrar y salir del territorio nacional cuantas veces lo desee y trabajar en la actividad relacionada con la oferta de empleo con que cuente.⁹

e) *Visitante por razones humanitarias*. Se les otorga a los siguientes extranjeros:

- 1) Los que han sido víctimas, ofendidas o testigos de algún delito cometido en el país, para permanecer hasta que concluya el proceso;
- 2) A las niñas, niños o adolescentes migrantes no acompañados, cuando así convenga al interés superior de ellos;¹⁰
- 3) A los solicitantes de asilo político, de reconocimiento de la condición de refugiado o de protección complementaria del Estado Mexicano hasta en tanto no se resuelva su situación migratoria; y
- 4) Cuando exista una causa humanitaria o de interés público que haga necesaria su internación en el país.¹¹

f) *Visitante con fines de adopción*. El extranjero puede permanecer en el país hasta que concluya todos los trámites de adopción y pueda salir con el adoptado.¹²

Los visitantes no pueden cambiar su condición de estancia y tienen que salir del país al concluir su periodo de permanencia autorizado, con excepción de los visitantes por razones humanitarias y aquellos que tienen un vínculo con un mexicano o un extranjero con residencia regular en México.¹³

B. RESIDENTE TEMPORAL

Los tipos de residentes temporales contemplados en la ley son:

a) *Residente temporal*. El extranjero puede permanecer en el país por un tiempo no mayor de 4 años. Puede obtener un permiso para trabajar (sujeto

⁸ Artículo 133.

⁹ Artículo 134.

¹⁰ Artículo 74.

¹¹ Artículo 137.

¹² Artículo 52.

¹³ Artículo 53.

a una oferta de empleo) y tiene derecho a entrar y salir del territorio nacional cuantas veces quiera y asimismo tiene derecho a la preservación de la unidad familiar. Este derecho consiste en que puede ingresar con o solicitar posteriormente la internación de sus hijos o los hijos de su cónyuge, concubina o concubinario menores de edad que no hayan contraído matrimonio o se encuentren bajo su tutela o custodia; al igual que la de su cónyuge, concubina o concubinario, su padre o madre.

b) *Residente temporal estudiante*. Autoriza al extranjero a permanecer durante todo el tiempo que duren sus estudios o proyectos de investigación y obtenga su certificado, diplomas o título. Tiene derecho a entrar y salir del país cuantas veces quiera y puede obtener el permiso para realizar actividades remuneradas cuando se trate de estudios de nivel superior, posgrado e investigación, e igualmente tiene derecho a la preservación de la unidad familiar o sea al derecho de ingresar con las personas citadas anteriormente o de solicitar su ingreso.

Esta condición de estancia está sujeta a la condición de que el extranjero exhiba la carta de invitación o de aceptación de la institución educativa y debe renovarse anualmente.

Los residentes temporales pueden cambiar su condición de estancia en el país.¹⁴

C. RESIDENTE PERMANENTE

Esta condición de estancia autoriza al extranjero para permanecer en el territorio nacional de manera indefinida. Puede obtener el permiso para trabajar y derecho para entrar y salir del país cuantas veces lo desee; igualmente tiene derecho a la preservación de la unidad familiar y por ende a ingresar con los familiares antes citados, incluyendo hermanos menores de edad que no hayan contraído matrimonio o se encuentran bajo su tutela o custodia, quienes podrán ingresar con la condición de estancia de residente permanente. También tiene derecho a introducir sus bienes muebles.¹⁵

Tienen derecho a obtener la condición de estancia de residente permanente las siguientes personas:

Artículo 54.—Se otorgará la condición de residente permanente al extranjero que se ubique en cualquiera de los siguientes supuestos:

¹⁴ Artículo 62.

¹⁵ Artículo 52, 54, 55.

I. Por razones de asilo político, reconocimiento de la condición de refugiado y protección complementaria o por la determinación de apátrida, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en esta Ley, su Reglamento y demás disposiciones jurídicas aplicables;

II. Por el derecho a la preservación de la unidad familiar en los supuestos del artículo 55 de esta Ley;

III. Que sean jubilados o pensionados que perciban de un gobierno extranjero o de organismos internacionales o de empresas particulares por servicios prestados en el exterior, un ingreso que les permita vivir en el país;

IV. Por decisión del Instituto, conforme al sistema de puntos que al efecto se establezca, en términos del artículo 57 de esta Ley;

V. Porque hayan transcurrido cuatro años desde que el extranjero cuenta con un permiso de residencia temporal;

VI. Por tener hijos de nacionalidad mexicana por nacimiento, y

VII. Por ser ascendiente o descendente en línea recta hasta el segundo grado de un mexicano por nacimiento.¹⁶

Los residentes temporales y permanentes deben obtener una tarjeta de residente que es el documento que expide el Instituto Nacional de Migración para que los extranjeros acrediten esa situación migratoria. Deben tramitarla en un plazo de 30 días contados a partir de su ingreso al país. Se exceptúa a los solicitantes de asilo político, reconocimiento de la condición de refugiado, que sean determinados como apátridas o que se les otorgue protección complementaria, en cuyos casos obtendrán su tarjeta de residentes permanentes a la conclusión del procedimiento correspondiente.¹⁷

V. EQUIPARACIONES DE LAS CALIDADES MIGRATORIAS CON LAS CONDICIONES DE ESTANCIA

Hoy en día, la regulación acerca de las condiciones de estancia en el país ya es obligatoria y vigente, ya que en los términos de los artículos segundo y tercero transitorios de la Ley de Migración entrarían en vigor hasta que se publicara el reglamento de la mencionada ley, lo cual sucedió el 28 de septiembre de 2012 en el *Diario Oficial de la Federación*, entrando en vigor el 12 de noviembre de ese año en los términos del artículo primero transitorio del mismo reglamento.¹⁸

¹⁶ “Apátrida es toda persona que no sea considerada como nacional por ningún Estado, conforme a su legislación”. Artículo. 3-IV Ley de Migración.

¹⁷ Artículo 52-62.

¹⁸ “PRIMERO.—El presente Decreto entrará en vigor a los treinta días hábiles siguientes al día de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

El artículo sexto transitorio de la Ley de Migración estableció las siguientes equiparaciones para los efectos de su aplicación:

A) Los extranjeros no inmigrantes (turistas, transmigrante y visitantes con excepción de los visitantes locales, ministros de culto, visitante distinguido, visitante provisional y corresponsal) se equiparán al visitante sin permiso para realizar actividades remuneradas.

B) Los extranjeros no inmigrantes con la característica de visitante local se equiparán al visitante regional.

C) Los extranjeros no inmigrantes con la característica de estudiante, se equiparán al residente temporal estudiante.

D) Los extranjeros no inmigrantes dentro de las características de asilo político y refugiado, se equiparán al residente permanente.

E) Los extranjeros inmigrantes (rentista, inversionista, profesional, cargo de confianza, científico, técnico, familiar, artista y deportista o asimilados) se equiparán al residente temporal.

F) Los inmigrados se equiparán al residente permanente.

EQUIPARACIONES

A continuación, se expone las equivalencias en la Ley General de Población y la nueva Ley de Migración.

Anterior calidad migratoria	Anteriores características	Equivalencia de nueva condición de estancia	Plazo de estancia en el país
No inmigrante	1. Turista; 2. Transmigrante; 3. Visitante: a) De negocios e inversionista b) Técnico o científico c) Rentista d) Profesional e) Cargo de confianza f) Consejero g) Observador de Derechos humanos h) Observador de Procesos Electorales 4. Ministro de culto 5. Visitante distinguido	a) Visitante sin permiso para realizar actividades remuneradas b) Visitante para realizar actividades remuneradas. c) Visitante trabajador fronterizo. d) Visitante con fines de adopción. e) Visitante por razones humanitarias: Víctimas o testigos de un delito, menores de edad no acompañados y solicitantes de asilo político	No mayor de 180 días No mayor de 180 días Hasta un año Hasta concluir los trámites necesarios para garantizar la salida del adoptado del país

Anterior calidad migratoria	Anteriores características	Equivalencia de nueva condición de estancia	Plazo de estancia en el país
No inmigrante	6. Visitante provisional 7. Corresponsal	de reconocimiento de la condición de refugiado o de protección complementaria hasta que concluya el proceso o hasta en tanto no se resuelva su situación migratoria	
No inmigrante	Visitante local (nacionales de los países vecinos para visitar poblaciones fronterizas)	Visitante regional	No mayor de 3 días
No inmigrante	Estudiante	Residente temporal estudiante	Durante todo el tiempo que duren sus estudios o investigación
No inmigrante	Asilado político o refugiado o protección complementaria y apatriada	Residente permanente	Residir de manera indefinida
Inmigrante	1. Rentista 2. Inversionista 3. Profesional 4. Cargo de confianza 5. Científico 6. Técnico 7. Familiares 8. Artistas y deportistas 9. Asimilados	Residente temporal	Puede residir en el país por un plazo no mayor de 4 años
Inmigrado		Residente permanente	Puede residir de manera indefinida

VI. DIPLOMÁTICOS, FUNCIONARIOS CONSULARES Y REPRESENTANTES OFICIALES DE OTROS ESTADOS

Una última condición de estancia es la que tienen los diplomáticos, funcionarios consulares y representantes oficiales de otros Estados. De conformidad con el artículo 3 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, las funciones de una misión diplomática son las siguientes:

Artículo 3.—1. Las funciones de una misión diplomática consisten principalmente en: a. representar al Estado acreditante ante el Estado receptor; b. proteger en el Estado receptor los intereses del Estado acreditante y los de sus nacionales, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional; c. negociar con el gobierno del Estado receptor; d. enterarse por todos los medios lícitos de las condiciones y de la evolución de los acontecimientos en el Estado receptor e informar sobre ello al gobierno del Estado acreditante; e. fomentar las relaciones amistosas y desarrollar las relaciones económicas, culturales y científicas entre el Estado acreditante y el Estado receptor.

Por su parte, el artículo 4 de la citada convención establece que el Estado acreditante debe asegurarse de que la persona que propone acreditar como jefe de la misión ha obtenido el asentimiento del Estado receptor.

Los derechos que tienen los diplomáticos y las misiones diplomáticas son entre otros los siguientes:

a) Colocar la bandera y el escudo del Estado acreditante en los locales de la misión, incluyendo en la residencia del jefe de la misión y en los medios de transporte de éste.

b) Los locales de la misión son inviolables, incluyendo su mobiliario, no pueden ser objeto de ningún registro, requisa, embargo o medida de ejecución.

c) El Estado acreditante y el jefe de la misión están exentos de todos los impuestos y gravámenes.

d) Los archivos y documentos de la misión son siempre inviolables donde quiera que se hallen.

e) Gozan de la libertad de circulación y tránsito por el territorio.

f) La correspondencia oficial de la misión es inviolable y la valija diplomática no puede ser abierta o retenida.

g) El correo diplomático que lleva consigo documentos oficiales goza de inviolabilidad personal y no puede ser objeto de ninguna forma de detención o arresto.

h) Los derechos que perciba la misión por actos oficiales están exentos de todo impuesto.

i) La persona del agente diplomático es inviolable, no puede ser objeto de ninguna forma de detención o arresto; goza de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor, al igual que de la jurisdicción civil y administrativa. Tampoco puede ser obligado a testificar.

j) La residencia particular del agente diplomático goza de la misma inviolabilidad y protección que los locales de la misión; sus documentos, correspondencia y sus bienes gozan igualmente de inmunidad. Art. 20-31 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

De conformidad con el artículo 5 de la Convención de Viena Sobre Relaciones Consulares, las funciones consulares consisten en lo siguiente:

a) proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y de sus nacionales, sean personas naturales o jurídicas, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional;

b) fomentar el desarrollo de las relaciones comerciales, económicas, culturales y científicas entre el Estado que envía y el Estado receptor, y promover además las relaciones amistosas entre los mismos, de conformidad con las disposiciones de la presente Convención;

c) informarse por todos los medios lícitos de las condiciones y de la evolución de la vida comercial, económica, cultural y científica del Estado receptor, informar al respecto al gobierno del Estado que envía y proporcionar datos a las personas interesadas;

d) extender pasaportes y documentos de viaje a los nacionales del Estado que envía, y visados o documentos adecuados a las personas que deseen viajar a dicho Estado;

e) prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas;

f) actuar en calidad de notario, en la de funcionario de registro civil, y en funciones similares y ejercitar otras de carácter administrativo, siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor;

g) velar, de acuerdo con las leyes y reglamentos del Estado receptor, por los intereses de los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas, en los casos de sucesión por causa de muerte que se produzcan en el territorio del Estado receptor;

h) velar, dentro de los límites que impongan las leyes y reglamentos del Estado receptor, por los intereses de los menores y de otras personas que carezcan de capacidad plena y que sean nacionales del Estado que envía, en particular cuando se requiera instituir para ellos una tutela o una curatela;

i) representar a los nacionales del Estado que envía a tomar las medidas convenientes para su representación ante los tribunales y otras autoridades del Estado receptor, de conformidad con la práctica y los procedimientos en vigor en este último, a fin de lograr que, de acuerdo con las leyes y reglamentos del mismo, se adopten las medidas provisionales de preservación de los derechos e intereses de esos nacionales, cuando, por estar ausentes o por cualquier otra causa, no puedan defenderlos oportunamente;

j) comunicar decisiones judiciales y extrajudiciales y diligenciar comisiones rogatorias de conformidad con los acuerdos internacionales en vigor y, a falta de los mismos, de manera que sea compatible con las leyes y reglamentos del Estado receptor;

k) ejercer, de conformidad con las leyes y reglamentos del Estado que envía, los derechos de control o inspección de los buques que tengan la nacionalidad de dicho Estado, y de las aeronaves matriculadas en el mismo y, también, de sus tripulaciones;

l) prestar ayuda a los buques y aeronaves a que se refiere el apartado k) de este artículo y, también, a sus tripulaciones; recibir declaración sobre el viaje de esos buques, encaminar y refrendar los documentos de a bordo y, sin perjuicio de las facultades de las autoridades del Estado receptor, efectuar encuestas sobre los incidentes ocurridos en la travesía y resolver los litigios de todo orden que se planteen entre el capitán, los oficiales, los marineros, siempre que lo autoricen las leyes y reglamentos del Estado que envía;

m) ejercer las demás funciones confiadas por el Estado que envía a la oficina consular que no estén prohibidas por las leyes y reglamentos del Estado receptor o a las que éste no se oponga, o las que le sean atribuidas por los acuerdos internacionales en vigor entre el Estado que envía y el receptor.

La persona que vaya a fungir como el jefe de la oficina consular requiere la autorización del Estado receptor (*exequatur*).¹⁹

Los jefes de las oficinas consulares, al igual que los locales donde se instalan las mismas gozan de las mismas facilidades, privilegios e inmunidades que tienen los diplomáticos y sedes diplomáticas antes citadas; con excepción de que sí pueden ser llamados a comparecer en juicio y se encuentran sujetos a procedimientos civiles derivados de actos jurídicos que no haya celebrado como funcionario consular o por daños causados a un tercero por un accidente de vehículo, buque o avión ocurrido en el Estado receptor.²⁰

En síntesis, los diplomáticos, funcionarios consulares y representantes oficiales de otros Estados gozan de inmunidad diplomática, de jurisdicción, inviolabilidad (de su persona, bienes y documentos) de ejecución fiscal y aduanera. Su situación jurídica se encuentra regida por las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y sobre Relaciones Consulares y la Convención de la ONU sobre misiones especiales.²¹

¹⁹ Artículo 12.

²⁰ Artículo 29-44.

²¹ La Ley de Migración al respecto establece:

“Artículo 5.—Quedan exceptuados de la inspección migratoria los representantes y funcionarios de gobiernos extranjeros y de organismos internacionales que se internen al país en comisión oficial, sus familiares y los miembros del personal de servicio, así como las personas que, conforme a los tratados y convenios de los cuales sea parte el Estado Mexicano, a las leyes y a las prácticas internacionales reconocidas por el Estado Mexicano, gocen de inmunidades respecto de la jurisdicción territorial, atendiendo siempre a la reciprocidad internacional.

Los extranjeros que concluyan su encargo oficial en los Estados Unidos Mexicanos y deseen permanecer en el país, así como aquéllos que gocen de inmunidad y renuncien a ella con el fin de realizar actividades lucrativas, deberán cumplir con lo dispuesto en esta Ley y demás disposiciones jurídicas aplicables”.

“Artículo 85.—Quedan exceptuadas de la inspección, las aeronaves oficiales de gobiernos extranjeros y las de organismos internacionales que se internen en el país en comisión oficial, así como los funcionarios de dichos gobiernos u organismos, sus familias y empleados, y aquellas personas que se encuentren a bordo de dichas aeronaves y que, conforme a las leyes, tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano, gocen de inmunidades. De acuerdo con la costumbre internacional, a los funcionarios de gobiernos extranjeros y de organismos internacionales en comisión oficial se les darán las facilidades necesarias para internarse al país, cumpliendo con los requisitos de control migratorio”.

Por su parte el Reglamento de la Ley de Migración señala:

“Artículo 69.—El Instituto no inspeccionará las aeronaves oficiales de gobiernos extranjeros y las de organismos internacionales que se internen al territorio nacional, conforme a las leyes, tratados y convenios internacionales de los cuales sea Parte el Estado mexicano. Los funcionarios de dichos gobiernos u organismos, sus familiares y empleados, y aquellas personas que se encuentren a bordo de las aeronaves y que gocen de inmunidades deberán exhibir pasaporte no ordinario o documento de identidad y viaje reconocido por el Estado mexicano y visa no ordinaria. En caso de que no exista acuerdo de supresión de visas o declaración unilateral del Estado mexicano, sólo cumplirán con los requisitos de estadística y no se les otorgará una condición de estancia en el territorio nacional. Las personas que se encuentren a bordo de las aeronaves y que no gocen de inmunidades deberán exhibir pasaporte o documento de identidad y viaje reconocido por el Estado mexicano y visa, en caso de que no exista acuerdo de supresión de visas o declaración unilateral del Estado mexicano, y serán documentados en la condición de estancia que corresponda”.

“Artículo 128.—Las personas extranjeras que deseen permanecer en el territorio nacional a la conclusión de su encargo oficial o aquellos que gocen de inmunidad en términos del artículo 5 de la Ley, y que requieran realizar actividades remuneradas o de otra índole que ameriten una condición de estancia, deberán acudir a la Secretaría de Relaciones Exteriores para realizar las renunciaciones de inmunidad que correspondan. La Secretaría de Relaciones Exteriores informará por escrito al Instituto sobre las renunciaciones que procedan, debiendo canalizar a las personas extranjeras con la autoridad migratoria a efecto de que inicien el trámite que les permita obtener una condición de estancia. Las personas extranjeras interesadas deben presentar pasaporte ordinario y demás requisitos aplicables. Las disposiciones de este artículo serán aplicables igualmente para el caso de sus cónyuges y dependientes económicos, cuyas solicitudes serán atendidas en el mismo trámite. Las personas extranjeras titulares de una condición de estancia que pretendan desempeñar un encargo oficial como representantes o funcionarios del gobierno de su país o de organismos internacionales en el territorio nacional, o como miembros del personal de servicio o que conforme a los tratados y convenios de los cuales sea parte el Estado mexicano, a las leyes y a las prácticas internacionales reconocidas por el Estado mexicano, gocen de inmunidades respecto de la jurisdicción territorial, deberán salir del territorio nacional e ingresar en régimen no ordinario, conforme a las disposiciones que para tal efecto emita la Secretaría de Relaciones Exteriores”.

VII. DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS

Con las reformas constitucionales en materia de derechos humanos, principalmente a los artículos 1, 29 y 33 y con la publicación de la Ley de Migración y su reglamento, al igual que la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria, los derechos de los extranjeros se incrementaron considerablemente, ya que se incluyen no solo los derechos humanos reconocidos en nuestra Ley Suprema, sino también los consignados en los tratados internacionales de los que México sea parte, siempre y cuando no estén en contra de las disposiciones consignadas en nuestra Ley Suprema.²²

En forma general se pueden señalar los siguientes:

A. EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

El artículo 1 constitucional establece que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte, así como de las garantías para su protección, los cuales no pueden restringirse ni suspenderse sino en los casos y bajo las condiciones establecidas en la Constitución.²³

²² Se pueden consultar los siguientes ensayos acerca de la reforma constitucional sobre derechos humanos, sus alcances e implicaciones. “Análisis de la Reforma Constitucional en Derechos Humanos. Jorge Adame Goddard en Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, número 35, México, 2011, “Indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos”, Miguel Carbonell, en Revista El Mundo del Abogado, número 158, año 15, México junio de 2012, “La reforma constitucional sobre Derechos Humanos (2009-2011)”; Sergio García Ramírez y Julieta Morales Sánchez, Editorial Porrúa, México, 2011, “Implicaciones de las Reformas Constitucionales en Materia de Derechos Humanos”; Pascual Alberto Orozco Garibay, en Revista Mexicana de Derecho, Núm. 14, Colegio de Notarios del Distrito Federal, México, 2012, “Los Derechos Humanos y sus Garantías en la Constitución Mexicana. Análisis y Comentarios a la reforma publicada el 10 de junio de 2011, Editorial Porrúa, México 2011; Ariel Alberto Rojas Caballero, “La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo Paradigma. Coordinadores Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Editorial Porrúa y UNAM, México, 2012.

²³ Entre los instrumentos internacionales más importantes en materia de derechos humanos de los extranjeros se encuentran los siguientes: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Convención sobre todas las formas de Discriminación Racial. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Convención sobre los Derechos del Niño. Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Convención Interamericana sobre el Tráfico Internacional de Menores.

B. EN LA LEY DE MIGRACIÓN

A su vez, el artículo 6 establece:

El Estado mexicano garantizará el ejercicio de los derechos y libertades de los extranjeros reconocidos en la Constitución, en los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano y en las disposiciones jurídicas aplicables, con independencia de su situación migratoria.

Entre los principales derechos se pueden enunciar los siguientes:

- a. Servicios educativos.
- b. Atención médica.
- c. Preservación de la unidad familiar.
- d. Celebrar actos del estado civil (nacimiento, reconocimiento de hijos, matrimonio, divorcio).
- e. A la procuración e impartición de justicia.
- f. Al reconocimiento a su personalidad jurídica.
- g. Información de sus derechos y obligaciones.
- h. Libertad de tránsito.
- i. A regularizar su situación migratoria.
- j. Adquirir inmuebles, derechos reales, depósitos e inversiones bancarias.
- k. Se garantice el respeto a su identidad y a su diversidad étnica y cultural (Arts. 6, 7-15, 60, 66).

A mayor abundamiento, de acuerdo con la reforma constitucional en materia de derechos humanos que incorpora los consignados en los tratados internacionales de los que México sea parte, la Ley de Migración establece que dichos derechos de los extranjeros no están condicionados a su legal estancia en el país.²⁴

C. EN EL REGLAMENTO DE LA LEY DE MIGRACIÓN²⁵

- a) Readmisión de personas que hayan sido deportadas
- b) Preservación de la unidad familiar
- c) Solicitar y obtener una visa
- d) Cambiar de condición de estancia quienes cuenten con una situación migratoria regular

Convención sobre el Estatuto de los Apátridas. Convención Internacional para la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus familiares.

²⁴ Artículo 66.

²⁵ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el día 28 de septiembre de 2012.

- e) Regularizar su situación migratoria irregular
- f) Solicitar la reposición del documento migratorio
- g) Obtener permiso de trabajo (residentes temporales, y permanentes)
- h) Protección a la integridad física y psicológica.²⁶

D. EN LA LEY SOBRE REFUGIADOS Y PROTECCIÓN COMPLEMENTARIA²⁷

Prescribe que todo extranjero tiene derecho a solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado o solicitar protección complementaria para no ser devuelto al territorio de otro país en donde su vida peligre.²⁸

Atinadamente sostiene Juan Carlos Calleros Alarcón que esta ley “no abarca a los solicitantes de asilo político, especialmente los que se ubican en la vertiente de “asilo territorial”, de acuerdo con la Convención de Caracas de 1954”.²⁹

Esta ley establece que todo extranjero tiene derecho a solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado. Los supuestos contemplados en la ley para que se le reconozca la condición de refugiado son los siguientes:

Artículo 13.—La condición de refugiado se reconocerá a todo extranjero que se encuentre en territorio nacional, bajo alguno de los siguientes supuestos:

I. Que debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, género, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimen-

²⁶ Arts. 99, 100, 111-117, 103-109, 129-139, 141, 142, 179, 162, 164, 169-177

²⁷ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de enero de 2011.

²⁸ Arts. 11-14, 18, 26, 28, 31

²⁹ “Los derechos de los migrantes contenidos en la Ley de Migración”, *op. cit.*, p. 169.

“El asilo político es una institución latinoamericana, la cual fué adoptada formalmente por los países parte, México incluido, a través de la Convención de la Habana de 1928, la Convención de Montevideo de 1933, así como posteriormente en Caracas, Venezuela, por vía de la Convención de Asilo Diplomático y la Convención de Asilo Territorial. La primera se refiere a la hipótesis en que los solicitantes de asilo político lo hagan desde las representaciones diplomáticas o consulares, o en embarcaciones del país de asilo, mientras que la segunda se refiere a la hipótesis en que los solicitantes arriben directamente al territorio del país de asilo. Tanto en su legislación migratoria —incluyendo la Ley de Migración actual— como en la práctica, México otorga asilo político no sólo a los nacionales de países latinoamericanos, sino a nacionales de cualquier otro país”. (Juan Carlos Calleros Alarcón, *op. cit.* pp. 169-170).

tos, fuera del país donde antes tuviera residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él;

II. Que ha huido de su país de origen, porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público, y

III. Que debido a circunstancias que hayan surgido en su país de origen o como resultado de actividades realizadas, durante su estancia en territorio nacional, tenga fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, género, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, o su vida, seguridad o libertad pudieran ser amenazadas por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

La Secretaría de Gobernación reconoce la condición de refugiado mediante un acto declarativo individual. Arts. 12 y 26 Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria.

Los derechos de los refugiados contemplados en la ley sobre Refugiados y Protección Complementaria son los siguientes:

Artículo 44.—En virtud de las condiciones que presentan los refugiados al salir de su país de origen respecto de los demás extranjeros, deberán recibir las mayores facilidades posibles para el acceso a los derechos y garantías consagradas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los instrumentos de derechos humanos debidamente firmados y ratificados por el Estado Mexicano, de conformidad con las disposiciones aplicables, entre ellos:

I. Recibir apoyo de las instituciones públicas, en el ejercicio y respeto de sus derechos;

II. Recibir servicios de salud;

III. Recibir educación y, en su caso, el reconocimiento de sus estudios;

IV. Ejercer el derecho al trabajo, pudiéndose dedicar a cualquier actividad, siempre que sea lícita, sin perjuicio de las disposiciones jurídicas que resulten aplicables en la materia;

V. Obtener el documento de identidad y viaje expedido por la Secretaría de Relaciones Exteriores;³⁰

VI. Solicitar la reunificación familiar, y

VII. Obtener el documento migratorio expedido por la Secretaría, que acredite su legal estancia en el país como refugiado.

³⁰ El documento de identidad y viaje es el: “documento oficial expedido por un Estado o una organización internacional reconocida por el gobierno mexicano que puede ser utilizado por el titular para viajes internacionales”. Artículo 3-IX del Reglamento de la Ley de Migración.

A los refugiados y a los extranjeros que se les otorgue protección complementaria se les concede la residencia permanente en el país (art. 48 de la ley y 87 del Reglamento de la misma); igualmente podrán solicitar la internación en el territorio nacional de su cónyuge, concubinario, concubina, hijos, parientes consanguíneos hasta el cuarto grado, parientes consanguíneos del cónyuge, concubina, concubinario hasta el segundo grado que dependan económicamente del refugiado (reunificación familiar, Art. 44, 58 de la ley y art. 80-82 del Reglamento de la Ley Sobre Refugiados y Protección Complementaria).

El artículo 33 de la Ley por su parte contempla los supuestos en los cuales cesa el reconocimiento de la condición de refugiado al que:

- a. Se ha acogido voluntariamente a la protección del país de su nacionalidad;
- b. Habiendo perdido su nacionalidad, la recobra voluntariamente;
- c. Ha adquirido una nueva nacionalidad y disfruta de la protección del país de su nueva nacionalidad;
- d. Se ha establecido voluntariamente en el país que había abandonado o fuera del cual había permanecido de conformidad con el artículo 13 de la presente ley;
- e. Han desaparecido las circunstancias por las cuales fue reconocido como refugiado y no puede continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad, o
- f. No tiene nacionalidad y por desaparecer las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocido como refugiado, está en condiciones de regresar al país donde tenía su residencia habitual.

No cesará el reconocimiento de la condición de refugiado en los supuestos comprendidos en las fracciones V y VI, cuando el refugiado pueda invocar razones graves derivadas de la persecución por la que originalmente dejó su país de origen, o que mantenga un fundado temor de persecución por alguno de los motivos contemplados en el artículo 13 de esta ley.

Igualmente se puede cesar dicho reconocimiento cuando el refugiado ha cometido un delito contra la paz, el crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra o ha cometido actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas o porque falseó u ocultó los hechos declarados sobre los que basó su solicitud.³¹

La Protección Complementaria se puede definir como la protección que la Secretaría de Gobernación otorga al extranjero que no ha sido reconocido

³¹ Artículo 34, 35.

como refugiado, consistente en no devolverlo al territorio de otro país en donde su vida se viera amenazada o se encontraría en peligro de ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.³²

E. EN EL REGLAMENTO DE LA LEY SOBRE REFUGIADOS Y PROTECCIÓN COMPLEMENTARIA³³

Establece las atribuciones de la Secretaría de Gobernación, el Instituto Nacional de Migración y la Coordinación General de la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados.

El artículo 8 del reglamento consigna el derecho de todo extranjero que se encuentre en territorio nacional, sin distinción de su situación migratoria, nacionalidad, edad, sexo, género o cualquier otra característica de solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado.

Por su parte, el artículo 12 prescribe que no se impondrá sanción alguna por ingreso irregular al país al extranjero que sea reconocido como refugiado o que se le otorgue protección complementaria.

Los actos y hechos (violencia física, psicológica, sexual, medidas legislativas, administrativas o judiciales gravemente discriminatorias) que originen temores fundados de persecución y que constituyan violaciones a los derechos fundamentales, son motivos para solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado y no requieren estar basados estrictamente en experiencias personales del solicitante.³⁴

Toda solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado se debe presentar a la Coordinación General de la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados, que deberá informarlo al Instituto Nacional de Migración o en su caso ante el Instituto, mismo que, a su vez, deberá notificarlo a la Coordinación. Se puede presentar en cualquier idioma o lengua, por su propio derecho o a través de un representante, pero en éste caso debe ratificarla el extranjero.³⁵

Los refugiados tienen derecho a solicitar la reunificación familiar y las personas que ingresen por reunificación familiar tienen los mismos derechos y obligaciones que cualquier refugiado.³⁶

³² Artículos 2-IV, 28, 31.

³³ Fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 21 de febrero de 2012.

³⁴ Artículo 5, 6.

³⁵ Artículo 17-20.

³⁶ Artículo 80-82 del Reglamento y 44 y 58 de la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria

Los refugiados y los extranjeros a los que se les haya otorgado protección complementaria y que se encontraban en una situación migratoria diversa, tienen derecho a solicitar al Instituto Nacional de Migración su cambio de calidad o condición de estancia.³⁷

F. DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS CON UNA SITUACIÓN MIGRATORIA IRREGULAR

A) Gozan de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte con las restricciones señaladas en nuestra Ley Suprema.

B) Ser tratados sin discriminación y con el debido respecto a sus derechos humanos.

C) Solo pueden ser presentados en estaciones migratorias (alojados temporalmente) por el Instituto Nacional de Migración y cuentan con los siguientes derechos:

a. Se les proporcione información acerca de sus derechos y garantías, el motivo de su presentación, los requisitos para su admisión, la notificación inmediata al consulado de su país, la posibilidad de regularizar su situación migratoria; la posibilidad de constituir garantía.

b. Ser asistido o representado legalmente y contar con un traductor.

c. Al debido proceso.

d. Acceder a comunicación telefónica.

e. A recibir un espacio digno, alimentos, atención médica y visita de sus familiares.

D) Solicitar la regularización de su situación migratoria.

E) Puede ser entregado en custodia a la representación diplomática de su país o a una institución de reconocida solvencia moral.

F) Acogerse al beneficio de un retorno asistido. El Instituto le proporcionará los medios de transporte para su traslado al igual que agua y alimentos durante el trayecto.³⁸

VIII. OBLIGACIONES DE LOS EXTRANJEROS

1. En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

a) Cumplir con lo prescrito en la Constitución y en las Leyes;

³⁷ Artículo 88.

³⁸ Arts. 1 Const., 6, 60, 66, 67, 68, 89, 99, 106, 69, 70, 132, 101, 102, 109, 111, 119, 120, 123 de la Ley de Migración.

- b) Acatar las restricciones y limitaciones a sus derechos consignados en la Constitución y en las leyes y demás disposiciones administrativas o reglamentarias;
- c) Respetar los derechos humanos de las demás personas;
- d) Cumplir con las leyes de las entidades federativas del lugar en donde residan.³⁹

2. En la Ley de Migración

a) Resguardar y custodiar la documentación que acredite su identidad y situación migratoria y mostrarla cuando le sea requerida.

b) Proporcionar la información y datos personales que le sean solicitados.

c) Solo pueden entrar y salir del territorio por los lugares destinados al tránsito internacional, presentándose en el filtro de revisión migratoria, con su pasaporte y su visa o tarjeta de residencia o autorización de su condición de visitante regional, trabajador fronterizo, o por razones humanitarias.

d) Los visitantes no pueden cambiar su condición de estancia y tienen que salir del país al concluir el periodo de permanencia autorizado.

e) No pueden tener dos condiciones de estancia simultáneamente.

f) Comunicar a Migración cualquier cambio de estado civil, nacionalidad, domicilio o lugar de trabajo dentro de los 90 días siguientes.

g) Acreditar su situación migratoria regular en los actos jurídicos relativo a cuestiones inmobiliarias en los que se requiera la intervención de los notarios públicos o quien haga sus veces y formular las renunciaciones respectivas (cláusula calvo).

h) Los menores e incapaces (tanto nacionales como extranjeros) solo pueden salir del país acompañados por quienes ejerzan la patria potestad o hayan sido autorizados por ellos.⁴⁰

3. En el Reglamento de la Ley de Migración

a) Deben exhibir ante la autoridad migratoria cuando pretendan salir del país el pasaporte o documento de identidad y viaje y el documento migratorio que acredite su situación migratoria regular en el territorio nacional. Art. 66.

b) Los miembros de la tripulación en servicio activo deberán exhibir pasaporte o el certificado de miembro de la tripulación válido y vigente, y se

³⁹ Arts. 133, 1, 9, 17, 27, 121-I, 33, 31.

⁴⁰ Artículos. 6, 34, 35, 37, 53, 61, 63, 158, 64 y 144, 65, 94, 48, 49 Ley de Migración; art. 42, 53 del Reglamento de Migración y acuerdo relativo a los documentos migratorios y los formatos de solicitud de trámites y estadísticos del Instituto Nacional de Migración, artículo decimoprimer, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de enero de 2014.

les autoriza el ingreso al país como visitantes sin permiso para realizar actividades remuneradas por una temporalidad de hasta 7 días naturales, según el artículo 77.

c) Los visitantes regionales tienen las siguientes obligaciones:

Artículo 133. Los titulares de una tarjeta válida y vigente de visitante regional tienen los derechos y obligaciones que se indican a continuación:

II. Son obligaciones del visitante regional:

a) Ingresar y salir del territorio nacional únicamente por los lugares habilitados al tránsito internacional de personas por tierra a lo largo de la frontera de México con el país vecino. En cada evento de ingreso y salida deberá identificarse con su tarjeta de visitante regional y proporcionar los datos necesarios para su registro;

b) Abstenerse de permanecer en la región fronteriza por más de tres días naturales;

c) Portar su tarjeta de visitante regional vigente durante su estancia en el territorio nacional;

d) Abstenerse de obtener otra condición de estancia de manera simultánea. No se considerará obtención simultánea lo previsto en el artículo 154 de este Reglamento;

e) Mostrar su tarjeta de visitante regional cuando le sea requerida por la autoridad migratoria, y

f) No realizar actividades que impliquen percibir remuneración económica.

En el caso de que el visitante regional incumpla cualquiera de éstas o las demás obligaciones establecidas en la Ley y este Reglamento, se le cancelará su tarjeta de visitante regional y se le impondrá la sanción que corresponda en términos de la legislación aplicable.

d) Son obligaciones del visitante trabajador fronterizo:

Artículo 135. Los titulares de una tarjeta válida y vigente de visitante trabajador fronterizo tienen los derechos y obligaciones que se indican a continuación:

II. Son obligaciones del visitante trabajador fronterizo:

a) Ingresar y salir del territorio nacional, únicamente por los puntos de interacción terrestre autorizados de manera oficial. En cada evento de ingreso y salida deberá identificarse con su tarjeta de visitante trabajador fronterizo y proporcionar los datos necesarios para su registro;

b) Portar su tarjeta de visitante trabajador fronterizo durante su estancia en el territorio nacional y mostrarla cuando le sea requerida por la autoridad migratoria,

c) Abstenerse de obtener otra condición de estancia de manera simultánea. No se considerará obtención simultánea lo previsto en el artículo 155 de este Reglamento.

En el caso de que el visitante trabajador fronterizo incumpla cualquiera de éstas o las demás obligaciones establecidas en la Ley y este Reglamento, se le

cancelará su tarjeta y se le impondrá la sanción que corresponda en términos de la legislación aplicable.

IX. LIMITACIONES JURÍDICAS A LOS EXTRANJEROS

A. De residencia. Pueden ser expulsados del país. (Art. 33 Constitucional).

B. De propiedad en zona restringida. Nunca pueden adquirir inmuebles ni derechos reales sobre los mismos, solo derecho de fideicomisarios (Arts. 27 Constitucional y 10 A y 11 de la Ley de Inversión Extranjera).

C. Para heredar ya que se necesita que haya reciprocidad para que a su vez un mexicano pueda heredar en su país (Arts. 1327 y 1328 Código Civil Federal).

D. Carecen de derechos políticos (Arts. 8, 9, 33 y 35 en sentido contario).

E. Laborales. Solo pueden realizar actividades remuneradas dependiendo de su condición de estancia en el país y que no sean exclusivas para mexicanos. (Arts. 32 Constitucional, 7, 372-II Ley Federal del Trabajo, 7 Ley General de Sociedades Cooperativas y 40-VI, 52 y de Migración).⁴¹

F. En materia de inversión. Únicamente pueden intervenir en las actividades y hasta los porcentajes establecidos en la Ley de Inversión Extranjera (Arts. 4-8)

G. No pueden ser ejidatarios. (Arts. 13 y 15 Ley Agraria).

H. No pueden ser representantes de asociaciones religiosas (Art. 11 Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público). Lo cual a todas luces resulta inconstitucional ya que tratándose de otras personas morales los representantes si pueden ser extranjeros.

I. No pueden ocupar cargos de dirección o formar parte del Consejo de Administración de las sociedades cooperativas (Art. 7 Ley de Sociedades Cooperativas).

J. Solo pueden ejercer el ministerio de cualquier culto si comprueban su situación migratoria regular (Art. 13 de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público).

K. Los menores de edad o menores incapaces no pueden entrar ni salir del país sin el formato autorizado por el Instituto Nacional de Migración o la autorización de quienes ejerzan la patria potestad o la tutela otorgada ante

⁴¹ El artículo 7 de la Ley Federal del Trabajo establece que, en toda empresa o establecimiento, el patrón deberá emplear un noventa por ciento de trabajadores mexicanos por lo menos... los médicos al servicio de las empresas deberán ser mexicanos. No es aplicable lo dispuesto en este artículo a los directores administradores y gerentes generales”.

fedatario público (Arts. 48 y 49 Ley de Migración y art. 42 y 53 del Reglamento de la Ley de Migración).⁴²

⁴² En el Diario Oficial de fecha 3 de enero de 2014 se publicó el acuerdo en que se reforman los documentos migratorios y los formatos de solicitud de trámite y estadística del Instituto Nacional de Migración. En el último párrafo del artículo decimo bis del referido acuerdo se prescribe: “El presente formato podrá aplicarse cuando no exhiba el documento de autorización de salida del país otorgado ante fedatario público o por autoridad facultada para ello”. A mayor abundamiento el artículo 49 de la Ley de Migración señala: “La salida del país de niñas, niños y adolescentes o de personas bajo tutela jurídica en los términos de la legislación civil sean mexicanos o extranjeros se sujetará a las siguientes reglas: I. Deberán ir acompañados de alguna de las personas que ejerzan sobre ellos la patria potestad o la tutela y cumpliendo los requisitos de la legislación civil. II. En el caso de que vayan acompañados por un tercero mayor de edad o viajen solos se deberá presentar el pasaporte y el documento en el que conste la autorización de quienes ejerzan la patria potestad o la tutela ante fedatario público o por las autoridades que tengan facultades para ello”.

A su vez los reformados artículos 42, 53 y 247 del Reglamento de la Ley de Migración publicados en el *Diario Oficial de la Federación* el día 2 de diciembre del 2013 prescriben en su parte conducente:

“Artículo 42.—En el caso de niñas, niños o adolescentes o personas bajo tutela jurídica en términos de la legislación civil que vayan acompañados por un tercero mayor de edad o viajen solos, deberán verificar que cumplen con lo establecido en el inciso b) de la fracción V del presente artículo... Lo anterior no será necesario para el caso de mexicanos que viajen solos y que vayan a ser repatriados al territorio nacional; ...V. Transportar a niñas, niños, adolescentes y personas bajo tutela jurídica en términos de la legislación civil fuera del territorio nacional, cuando porten pasaporte o documento de identidad y viaje válido y vigente de conformidad con las disposiciones jurídicas aplicables. Tratándose de mexicanos, así como de extranjeros con condición de estancia de residente permanente, residente temporal y residente temporal estudiante en territorio nacional, además deberán ubicarse en alguno de los siguientes supuestos: a) Que viajen en compañía de alguna de las personas que ejercen sobre ellos la patria potestad o la tutela, cumpliendo con los requisitos de la legislación civil, o b) Que viajen solos o acompañados por un tercero mayor de edad distinto a los señalados en el inciso anterior, siempre y cuando presenten: 1. El documento a través del cual quienes ejerzan la patria potestad o la tutela autorizan su salida del territorio nacional, otorgado ante fedatario público, o 2. El documento emitido por autoridad facultada para ello. Dicho documento podrá ser en el formato que para tal efecto establezca la autoridad migratoria mediante disposiciones administrativas de carácter general publicadas en el Diario Oficial de la Federación. Los documentos otorgados en el extranjero deberán estar legalizados o apostillados según sea el caso, y acompañarse de la traducción cuando se trate de idioma distinto al español”.

“Artículo 53.—... En el caso de niñas, niños o adolescentes o personas bajo tutela jurídica en términos de la legislación civil, que salgan del territorio nacional, la autoridad migratoria deberá dejar constancia de que la salida se efectuó en términos de lo establecido por el artículo 42, fracción V, del presente Reglamento”.

“Artículo 247.—Las empresas de transporte aéreo, marítimo y terrestre que permitan viajar a niñas, niños y adolescentes para salir del territorio nacional, sin observar lo previsto

X. RESTRICCIONES EN MATERIA INMOBILIARIA

A. INMUEBLES UBICADOS EN ZONA RESTRINGIDA

De conformidad con el artículo 27-I Constitucional los extranjeros por ningún motivo pueden adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas en una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas (zona restringida). En consecuencia, los extranjeros no pueden comprar, recibir en donación, heredar o en general adquirir por cualquier título la propiedad de un inmueble en dicha zona.

Cuando el constituyente utiliza la frase “dominio directo” es evidente que se refiere al derecho de propiedad, sin embargo, no queda claro si un extranjero puede adquirir cualquier otro derecho real en la citada franja, tales como el usufructo, uso, habitación, servidumbre, hipoteca.

Los artículos 11 y 12 de la Ley de Inversión Extranjera dan la pauta para pensar que los extranjeros no pueden adquirir ningún derecho real sobre bienes inmuebles en zona restringida al establecer:

Artículo 11.—Se requiere permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para que instituciones de crédito adquieran como fiduciarias, derechos sobre bienes inmuebles ubicados dentro de la zona restringida, cuando el objeto del fideicomiso sea permitir la utilización y el aprovechamiento de tales bienes sin constituir derechos reales sobre ellos, y los fideicomisarios sean:

- I. Sociedades mexicanas sin cláusula de exclusión de extranjeros en el caso previsto en la fracción II del artículo 10 de esta Ley; y
- II. Personas físicas o morales extranjeras.

Artículo 12.—Se entenderá por utilización y aprovechamiento de los bienes inmuebles ubicados en la zona restringida, los derechos al uso o goce de los mismos, incluyendo en su caso, la obtención de frutos, productos y, en general, cualquier rendimiento que resulte de la operación y explotación lucrativa, a través de terceros o de la institución fiduciaria.

No obstante lo anterior, considero que sí se pueden constituir hipotecas sobre inmuebles ubicados en la zona restringida a favor de los extranjeros por dos razones fundamentales:

- a) La Constitución únicamente limita a los extranjeros el dominio directo, o sea el derecho de propiedad y no cualquier otro derecho real; y

en el artículo 42, fracción V, del presente Reglamento, serán acreedoras a una multa de mil a diez mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal”.

cuando se trate de prohibiciones a los particulares debe interpretarse en forma restrictiva y limitada a lo expresamente previsto.

“Tratándose de particulares las prohibiciones son de interpretación estricta; no son susceptibles de ser ampliadas a otros sujetos, materias, situaciones que no estén previstas en forma expresa”.⁴³

Adicionalmente en los términos del párrafo segundo del artículo 1 Constitucional las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

b) El citado artículo 11 de la Ley de Inversión Extranjera establece en su parte conducente:

“...cuando el objeto del fideicomiso sea permitir la utilización y aprovechamiento de tales bienes...”

Es evidente que el constituir una garantía hipotecaria no implica ni la utilización ni el aprovechamiento de los bienes hipotecados por parte del acreedor.⁴⁴

Al respecto Heriberto Castillo Villanueva señala: “De lo antes transcrito se desprende que los derechos reales también se consideran inmuebles, por lo que de conformidad con lo dispuesto por la LIE los extranjeros no pueden adquirir ningún derecho real sobre bienes inmuebles en zona restringida, lo que me parece exagerado”.⁴⁵

Cabe preguntarse si un mexicano por naturalización, que cambia su nacionalidad y es propietario de un inmueble en zona restringida, continúa siendo propietario del mismo, o si el cambiar la nacionalidad implica la pérdida de su derecho de propiedad.

El artículo 23 del Reglamento de la Ley de Nacionalidad, —de dudosa constitucionalidad— nos da la respuesta al señalar que el extranjero deberá transmitir dicho inmueble dentro de los dos años siguientes a la resolución que decreta la pérdida de la nacionalidad, y en caso de no hacerlo, la Secretaría de Relaciones turnará el expediente a la Secretaría de la Función Pública,

⁴³ ELISUR ARTEAGA NAVA, *Derecho Constitucional*, 3a. ed., Oxford University Press, México, 2008, p. 78.

⁴⁴ El artículo 2893 del Código Civil Federal la define en los siguientes términos: “Artículo 2893. La hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley”.

⁴⁵ “Ley de Inversión Extranjera y su reglamento. Consideraciones y Comentarios”, Colección de Temáticas Jurídicas en Breviarios. Librería Porrúa y Colegio de Notarios del Distrito Federal, Segunda Edición, México, 2007, p. 49.

para que ésta inicie el procedimiento para reivindicar a la federación dicho inmueble.

En conclusión, en la zona restringida, los extranjeros únicamente pueden adquirir derechos de fideicomisario, previo permiso otorgado por la Secretaría de Relaciones Exteriores a la institución de crédito para que adquiera como fiduciaria.⁴⁶

B. INMUEBLES LOCALIZADOS FUERA DE LA ZONA RESTRINGIDA

En los términos de la fracción I del artículo 27 Constitucional el Estado Mexicano. Puede conceder el derecho a los extranjeros de adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas, siempre y cuando: "...convengan ante la Secretaría de Relaciones Exteriores, en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos, bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieran adquirido en virtud de lo mismo..." (Cláusula *Calvo*).

Por su parte, el artículo 10-A de la Ley de Inversión Extranjera prescribe en su parte conducente lo siguiente:

Artículo 10 A.—Los extranjeros que pretendan adquirir bienes inmuebles fuera de la zona restringida, u obtener concesiones para la exploración y explotación de minas y aguas en el territorio nacional, deberán presentar previamente ante la Secretaría de Relaciones Exteriores un escrito en el que convengan lo dispuesto en la fracción I del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y obtener el permiso correspondiente de dicha dependencia...

La Secretaría de Relaciones Exteriores podrá determinar, mediante acuerdos generales que se publicarán en el Diario Oficial de la Federación, supuestos en los que los extranjeros, para tener el derecho a que se refiere este artículo, sólo deberán presentar ante dicha dependencia un escrito en el que convengan lo dispuesto en la fracción I del artículo 27 constitucional, sin requerir el permiso correspondiente de dicha dependencia.

Este último párrafo va más allá de lo establecido en el texto constitucional, ya que exime del requisito del permiso previo, substituyéndolo con un simple escrito en el que convengan lo dispuesto por la fracción I del artículo 27 Constitucional (Cláusula *Calvo*).

⁴⁶ Artículo 27-I Const., 11 de la Ley de Inversión Extranjera y 11 del Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera y del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras.

Los beneficiarios de tal disposición son los nacionales de aquellos países con los que México sostiene relaciones diplomáticas. El acuerdo general fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 2 de marzo de 1998 y su texto es el siguiente:

ACUERDO.—ÚNICO.—Los nacionales de aquellos países con los que los Estados Unidos Mexicanos sostiene relaciones diplomáticas podrán beneficiarse de lo dispuesto por el último párrafo del artículo 10-A de la Ley de Inversión Extranjera, por lo que únicamente deberán presentar ante la Secretaría de Relaciones Exteriores un escrito en el que convengan lo dispuesto por la fracción I del artículo 27 Constitucional para adquirir bienes inmuebles fuera de la zona restringida.

La regla general se puede enunciar en los siguientes términos: Los extranjeros personas físicas pueden adquirir la propiedad de inmuebles en cualquier parte del territorio nacional (con excepción de los ubicados en zona restringida) previo permiso o constancia expedida por la Secretaría de Relaciones Exteriores.

Las dos excepciones a dicho principio son las siguientes:

a) No pueden adquirir parcelas ejidales ni ningún derecho sobre inmuebles ejidales, ya que los extranjeros no pueden ser ejidatarios de conformidad con lo prescrito por los artículos 13 y 15 de la Ley Agraria que establecen:

Artículo 13.—Los avecindados del ejido, para los efectos de esta ley, son aquellos mexicanos mayores de edad que han residido por un año o más en las tierras del núcleo de población ejidal y que han sido reconocidos como tales por la asamblea ejidal o el tribunal agrario competente. Los avecindados gozan de los derechos que esta ley les confiere”.

Artículo 15.—Para poder adquirir la calidad de ejidatario se requiere:

I. Ser mexicano mayor de edad o de cualquier edad si tiene familia a su cargo o se trate de heredero de ejidatario; y

II. Ser avecindado del ejido correspondiente, excepto cuando se trate de un heredero, o cumplir con los requisitos que establezca cada ejido en su reglamento interno.

b) Por falta de reciprocidad internacional son incapaces de heredar los extranjeros que según las leyes de su país no puedan testar o dejar por intestado sus bienes a favor de los mexicanos.⁴⁷

⁴⁷ Artículo 1328 Código Civil Federal.

XI. RÉGIMEN FISCAL DE LAS ENAJENACIONES Y ADQUISICIONES DE INMUEBLES POR PERSONAS FÍSICAS EXTRANJERAS

A. ENAJENACIONES DE INMUEBLES POR EXTRANJEROS

Si un extranjero transmite a título oneroso un inmueble, se deben distinguir tres supuestos para determinar la tasa del impuesto que se le debe aplicar o en su caso si procede la exención de dicho ingreso.

1. Venta de casa habitación. Si el extranjero vende su casa habitación puede exentar el impuesto sobre la renta por el precio obtenido si cumple con los siguientes requisitos:

a. Acreditar ser residente fiscal mediante la constancia expedida por el SAT o con su cédula de identificación fiscal.⁴⁸

b. No haber solicitado otra exención por concepto de enajenación de inmuebles durante los últimos tres años.

c. Demostrar que el predio materia de la venta es su casa habitación con los comprobantes fiscales de los pagos efectuados por la prestación de los servicios de energía eléctrica, de telefonía fija o con los estados de cuenta que proporcionen las instituciones que componen el sistema financiero, o por casas comerciales o de tarjetas de crédito no bancarias. Dicha documentación tiene que estar a nombre del extranjero, de su cónyuge o ascendientes o descendiente en línea recta.

d. Señalar un domicilio para oír notificaciones, diferente al de la casa que está enajenando.

e. Proporcionar su registro federal de contribuyentes y su clave única de registro de población (CURP).

Si cumple con todos y cada uno de los requisitos anteriores, el ingreso obtenido por el extranjero se encuentra exento, aunque dicha exención se encuentra condicionada a que manifieste dichos ingresos en su declaración anual.

2. Enajenación de cualquier inmueble distinto al de su casa habitación

Si vende cualquier predio que no es su casa habitación y acredita que es residente fiscal, el cálculo del impuesto sobre la renta se determinará aplicando a la utilidad gravable (precio menos deducciones actualizadas) la tarifa respectiva en los términos de los artículos 121 al 126 de la Ley del

⁴⁸ No es lo mismo el término residente fiscal que residente temporal o definitivo a que se refiere la Ley de Migración.

Impuesto Sobre la Renta, y regla 3.15.6 de la Resolución Miscelánea Fiscal del 2016.

3. Venta de un predio cuando el extranjero no es residente fiscal

En el supuesto de que un extranjero enajene un inmueble (sea éste o no su casa habitación) sin que acredite ser residente fiscal, dicha venta causa el 25% sobre el precio pactado sin deducción alguna, o en su caso puede optar por aplicar al ingreso gravable (precio menos deducciones) la tasa del 35%.

El fundamento legal de estos tres supuestos se encuentra en los artículos 93-XIX, 126 y siguientes y 160 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, al igual que los artículos 155, 200 y siguientes del reglamento de dicha ley y reglas 3.11.5, 3.11.6 y 3.15.6 de la Resolución Miscelánea Fiscal del año 2016.

B. ADQUISICIÓN DE INMUEBLES POR EXTRANJEROS

Si un extranjero adquiere un inmueble por adjudicación por herencia, ese ingreso se encuentra exento del impuesto sobre la renta, siempre y cuando se encuentre viviendo en el país, de lo contrario debe pagar el 25% del valor del inmueble (determinado mediante un avalúo) sin deducción alguna, de conformidad con lo establecido por los artículos 93-XXII y 160 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta.

Para el caso de que el extranjero reciba un inmueble en donación dicha adquisición se encuentra exenta del impuesto sobre la renta, siempre y cuando la reciba de su cónyuge, ascendientes o descendientes en línea recta, de lo contrario debe pagar el 20% del valor total del inmueble determinado en un avalúo, sin deducción alguna. En el supuesto de que no resida en el país, la donación únicamente se encuentra exenta si la recibe de su cónyuge o de sus ascendientes, en los términos de los artículos 93-XXIII 130, 132 y 160 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta.

XII. SANCIONES

A. Deportación. Se ordena la salida del territorio nacional a un extranjero. Puede ser temporal o definitiva (Arts. 144, 121 Ley de Migración).

B. Expulsión (Art. 33 Const.).

C. Retorno asistido. Remitir al extranjero a su país de origen o de residencia (Arts. 118, 119, 121 Ley de Migración).

D. Cancelación de la tarjeta de visitante regional o trabajador fronterizo (Arts. 133 y 135 del Reglamento de la Ley de Migración).

E. Multas:

1. De 20 o 40 días de salario mínimo a los que soliciten la regularización de su situación migratoria.
2. De 20 a 100 días de salario mínimo a los que se les autorice la regularización de su situación migratoria por haber excedido su periodo de estancia autorizado o por realizar actividades distintas a las que les permitía su condición de estancia.
3. De 100 a 500 días al mexicano que contraiga matrimonio con el extranjero solo con el objeto de que éste último pueda radicar en el país, misma sanción que se le aplica al extranjero.
4. De 20 a 100 días de salario a los residentes temporales y permanentes que se abstengan de informar a Migración, o lo hagan extemporáneamente, su cambio de estado civil, domicilio, nacionalidad o lugar de trabajo en un plazo de 90 días (Arts. 145, 146, 150, 149, 158, 63 Ley de Migración).

XIII. CONCLUSIONES

EXTRANJEROS	
PERSONAS FÍSICAS EXTRANJERAS	<p>Las personas que no son nacionales. Art. 33 Const., 2-IV de la Ley de Nacionalidad</p> <p>Condiciones de estancia en el país.</p> <p>1) Visitante:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) sin permiso para realizar actividades remuneradas. b) para realizar actividades remuneradas. c) trabajador fronterizo. d) con fines de adopción. e) por razones humanitarias. f) regional. <p>2) Residente Temporal:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) rentista, inversionista, profesional, cargo de confianza, científico, técnico, familiares, artistas y deportistas y asimilados. b) residente temporal estudiante. <p>3) Residentes permanentes: Art. 52, 54, 55 y sexto transitorio de la Ley de Migración.</p> <ul style="list-style-type: none"> a) los que eran inmigrados. b) los asilados políticos, refugiados, apátridas y los que obtuvieron el reconocimiento de protección complementaria. c) los familiares del residente permanente (padres, hijos, hermanos) y los hijos de su cónyuge, concubina o concubinario. d) los jubilados y pensionados de un gobierno extranjero o de una empresa particular por servicios prestados en el exterior que perciban ingresos que les permita vivir en el país.

EXTRANJEROS	
PERSONAS FÍSICAS EXTRANJERAS	<p>e) lo que han vivido en el país cuatro años con un permiso de residencia temporal.</p> <p>f) los que tienen hijos de nacionalidad mexicana por nacimiento.</p> <p>g) los ascendientes y descendientes en línea recta hasta el segundo grado de un mexicano por nacimiento.</p> <p>h) los ascendientes y descendientes en línea recta hasta el segundo grado de un mexicano por nacimiento.</p> <p>4) Diplomáticos, Funcionarios Consulares y Representantes Oficiales de otros Estados. Convenciones de Viena sobre relaciones diplomáticas y sobre relaciones consulares de 1961 y 1963. Gozan de inmunidad diplomática, de jurisdicción, inviolabilidad (de su persona, bienes y documentos), de ejecución, fiscal y aduanera.</p> <p>Limitaciones: De residencia, de propiedad, para heredar, en materia laboral, agraria, de inversión, carecen de derechos políticos, no pueden ser ejidatarios. No pueden ser representantes de asociaciones religiosas. No pueden desempeñar puestos de dirección o administración en las sociedades cooperativas y solo pueden ejercer el ministerio de cualquier culto si comprueban su situación migratoria regular en el país. (Art. 27, 32, 33, 35 a contrario sensu Const., Arts. 13 y 15 Ley Agraria y Art. 11, 13 de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público; art. 7 de la Ley General de Sociedades Cooperativas).</p> <p>Derechos: Los extranjeros gozan de todos los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte, así como de las garantías para su protección con independencia de su situación migratoria, ya que no están condicionados a su legal estancia en el país. Art. 1 Const., arts. 6 y 66 de la Ley de Migración.</p> <p>Obligaciones:</p> <p>a) Cumplir con la Constitución y con las leyes que de ella emanen.</p> <p>b) Respetar los derechos humanos de las demás personas.</p> <p>c) Resguardar la documentación que acredite su identidad o su situación migratoria regular y mostrarla a las autoridades migratorias.</p> <p>d) Proporcionar la información y datos personales que le sean solicitados y notificar el cambio de cualquiera de ellos.</p> <p>e) Solo pueden entrar y salir del territorio por los lugares destinados al tránsito internacional de personas.</p> <p>f) No pueden realizar actividades distintas a las que le permita su condición de estancia.</p>

EXTRANJEROS	
PERSONAS FÍSICAS EXTRANJERAS	<p>Art. 1, 4, 6, 7, 8, 9, 17, 27 Const., art. 16, 34, 35, 63, 64, 65, 86, 144, 146 y 158 Ley de Migración.</p> <p>Sanciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Expulsión por orden del Ejecutivo Federal. Art. 33 Const. b) Deportación. c) Retorno asistido. d) Cancelación de la Tarjeta de visitante regional o de visitante trabajador fronterizo. e) Negarle la internación al país y obligarlo a abandonar el territorio nacional por cuenta de la empresa que lo transporte. f) La imposición de multas. Art. 143, 144, 118-121, 86, 145-150, 158 Ley de Migración y art. 133, 135 del Reglamento de la Ley de Migración.

XIV. BIBLIOGRAFÍA

- ADAME GODDARD, Jorge, “Análisis de la Reforma Constitucional en Derechos Humanos”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, núm. 35, México, 2011.
- AGUILAR MOLINA, Victor Rafael, “Marco Legal de la Inversión Extranjera”, en *Revista Mexicana de Derecho*, núm. 13, Colegio de Notarios del Distrito Federal, México, 2011.
- ARREDONDO GALVÁN, Francisco Xavier, “Análisis de la nueva Ley Migratoria”, *Obra Jurídica Enciclopédica en homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su Primer Centenario*, vol. *Derecho de la Migración*, Editorial Porrúa y Escuela Libre de Derecho, México, 2012.
- ARTEAGA NAVA, Elisur, *Garantías Individuales*, Oxford University Press, México, 2009.
- CALLEROS ALARCÓN, Juan Carlos, “Los derechos de los migrantes contenidos en la Ley de Migración”, *Obra Jurídica Enciclopédica en homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su Primer Centenario*, Volumen *Derecho de la Migración*, Editorial Porrúa y Escuela Libre de Derecho, México, 2012.
- CARBONELL, Miguel, “Indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos”, *Revista El Mundo del Abogado*, núm. 158, año 15, México, junio de 2012.
- CÁRDENAS GONZÁLEZ, Fernando Antonio, *Inversión Extranjera, Extranjeros y Sociedades*, 6a. ed., Editorial Porrúa, México, 2015.
- CASTILLO VILLANUEVA, Heriberto, *Ley de Inversión Extranjera y su Reglamento. Consideraciones y comentarios*, Colección de Temas Jurídicos en Breviarios, 2a. ed., núm. 4, Editorial Porrúa-Colegio de Notarios del Distrito Federal, México, 2007.
- , “Las sociedades mexicanas y la Ley de Inversión Extranjera”, Colección de Temas Jurídicos en Breviarios, núm. 26, Porrúa-Colegio de Notarios del Distrito Federal, México, 2005.

- Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)
- Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.
- Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, José Alfredo, *El Fideicomiso*, 8a. ed., Editorial Porrúa, México, 1999.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta, *La Reforma Constitucional sobre Derechos Humanos*, (2009-2011), Editorial Porrúa, México, 2011.
- LABARDINI SCETTINO, José Daniel y PEÑA FERNÁNDEZ, Jorge Daniel, “La Ley de Migración y su reglamento para la función notarial”, en *Revista Mexicana de Derecho*, Núm. 14, Colegio de Notarios del Distrito Federal, México, 2012.
- OROZCO GARIBAY, Pascual Alberto, *Derecho Constitucional. El Estado Mexicano. Su Estructura Constitucional*, Editorial Porrúa y Escuela Libre de Derecho, 2a. ed., México, 2011.
- , *Nacionales, Ciudadanos y Extranjeros. La Población del Estado Mexicano*, Colección de Temas Jurídicos en Breviarios, núm. 18, 2a. ed., Editorial Porrúa y Colegio de Notario del Distrito Federal, México, 2010.
- , “Implicaciones de las Reformas Constitucionales en Materia de Derechos Humanos”, *Revista Mexicana de Derecho*, Colegio de Notarios del Distrito Federal, núm. 14, México, 2012.
- , *La Condición Jurídica de los Extranjeros derivada de las Reformas Constitucionales y Migratorias*, Colección de Temas Jurídicos en Breviarios, núm. 71, Editorial Porrúa y Colegio de Notario del Distrito Federal, México, 2013.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- PÉREZ JOHNSTON, Raúl, “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Concordada con Tratados Internacionales en Materia de Derechos Humanos y con la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Estudios en Homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su Primer Centenario, Editorial Porrúa y Escuela Libre de Derecho, México, 2012.
- PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl y PEDRAZA LÓPEZ, Ángel, *Compendio de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2011.
- ROBLES FARIAS, Diego, *Inversión Extranjera*, Universidad Panamericana Campus Guadalajara, México, 2009.
- ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto, *Los Derechos Humanos y sus Garantías en la Constitución Mexicana*, Análisis y Comentarios a la reforma publicada el 10 de junio de 2011, Editorial Porrúa, México, 2011.
- VILLASEÑOR GOYZUETA, Alejandra, “El Trabajador Migrante en situación irregular como verdadero Titular de Derechos Fundamentales en el ámbito internacional”, *Obra Jurídica Enciclopédica en homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su Primer Centenario*, vol. *Derecho de la Migración*, Editorial Porrúa y Escuela Libre de Derechos, México, 2012.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Inversión Extranjera.

Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público.

Ley de Migración.

Ley Federal del Trabajo.

Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria.

Ley General de Sociedades Cooperativas.

Ley del Impuesto Sobre la Renta

Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera y del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras.

Reglamento de la Ley de Migración.

Reglamento de la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria.

Reglamento de la Ley del Impuesto Sobre la Renta.

Resolución Miscelánea Fiscal 201.

EL DERECHO A MASA HEREDITARIA, UN ANÁLISIS CRÍTICO-PROPOSITIVO ACERCA DE SU NATURALEZA JURÍDICA

Ariel Ortiz Macías y José Antonio Sánchez Barroso



I. INTRODUCCIÓN

El objeto de estudio del presente trabajo es el derecho que una o varias personas tienen a la masa hereditaria, también conocida como acervo o caudal hereditario,¹ independientemente de que exista un testamento válido o se trate de una sucesión intestamentaria. En otras palabras, nuestro esfuerzo se dirige a analizar el derecho de los herederos a la herencia.²

Para ello, tomamos como punto de partida el artículo 1288 del Código Civil para el Distrito Federal (CCDF), que establece:

“A la muerte del autor de la sucesión los herederos adquieren derecho a la masa hereditaria como a un patrimonio común, mientras no se hace la división”.

¹ Estos tres conceptos son utilizados indistintamente por el CCDF. Por ejemplo, el artículo 1288 señala: “A la muerte del autor de la sucesión los herederos adquieren derecho a la *masa hereditaria* como a un patrimonio común...”; la fracción IV, del artículo 1549 bis (derogado) disponía: “...en la proporción que el valor del legado represente en la totalidad del *acervo hereditario* de los bienes del autor de la sucesión...” y; finalmente, el artículo 1373 establece: “Cuando el caudal hereditario no fuere suficiente para dar alimentos...”.

² El término “derecho a la masa hereditaria” también puede ser entendido como “derecho a la herencia”, tal y como lo hace el artículo 2047 del CCDF: “El que cede su *derecho a una herencia*... sólo está obligado a responder de su calidad de heredero”. Por otro lado, este derecho no debe ser confundido con el *ius delationis*, es decir, con la facultad que otorga la ley a los herederos legítimos (solo tiene cabida en la sucesión legítima) para exigir una porción hereditaria. De acuerdo con Rojina Villegas, este derecho tiene un doble aspecto: por un lado, es la facultad que tiene el heredero legítimo para que se le asigne su porción hereditaria y; por otro, es el derecho de aceptar o repudiar la herencia, mismo que tiene un carácter patrimonial y que se transmite por herencia. Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho civil*, t. II, 29a. ed., Editorial Porrúa, México, 1998, pp. 477 y 478.

De esa disposición se deduce: *i*) en cuanto al tiempo, que los herederos adquieren en el momento mismo en que muere el *de cuius* (no antes,³ ni después);⁴ *ii*) en cuanto al objeto, que los herederos adquieren un derecho a la masa hereditaria y; *iii*) en cuanto al modo, que solo tiene lugar en aquellos casos en que dos o más personas sean las llamadas a suceder a otra, que los herederos adquieren un patrimonio común, mientras no se haga la división.

De las anteriores consideraciones la que ahora nos interesa es la segunda en lo que se refiere a determinar el sentido jurídico de la expresión “derecho a la masa hereditaria”; es decir, sostener que los herederos adquieren un derecho real sobre la masa hereditaria y, por tanto, que el patrimonio común al que alude el precepto transcrito es una copropiedad o comunidad de bienes o, por el contrario, afirmar que los herederos adquieren un derecho personal y, en consecuencia, a tener una participación en caso de liquidación.

Este problema también tiene cabida en tratándose de la sociedad conyugal en razón de lo prescrito por el artículo 172 del CCDF:

Los cónyuges mayores de edad tienen capacidad para administrar, contratar o disponer de sus bienes propios y ejercitar las acciones u oponer las excepciones que a ellos corresponden, sin que para tal objeto necesite uno de los cónyuges el consentimiento del otro, salvo en lo relativo a los actos de administración y de dominio de los *bienes comunes*.

Como fácilmente puede advertirse la expresión “masa hereditaria”, en materia sucesoria, es equivalente a la de “bienes comunes”, en el ámbito matrimonial.⁵

Al respecto, la doctrina está dividida. Hay quienes opinan que en virtud de la sociedad conyugal los cónyuges son titulares de un derecho real y, por tanto, que existe una copropiedad entre ellos, tal es el caso de Domínguez

³ Artículo 1665 CCDF: “Ninguno puede renunciar la sucesión de persona viva, ni enajenar los derechos que eventualmente pueda tener a su herencia”. Artículo 1826 CCDF: “Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato. Sin embargo, no puede serlo la herencia de una persona viva, aun cuando ésta preste su consentimiento”.

⁴ Artículo 1660 CCDF: “Los efectos de la aceptación o repudiación de la herencia se retrotraen siempre a la fecha de la muerte de la persona a quien se hereda”.

⁵ Son varias las disposiciones del CCDF que, al referirse a la sociedad conyugal, utilizan la expresión “bienes comunes”, tales como los artículos: 188 “Puede también terminar la sociedad conyugal durante el matrimonio... I. Si uno de los cónyuges por su notoria negligencia en la administración de los bienes, amenaza arruinar al otro o disminuir considerablemente los *bienes comunes*...”; 194 “El dominio de los bienes comunes reside en ambos cónyuges mientras subsista la sociedad conyugal...”; 206 Bis “Ningún cónyuge podrá, sin el consentimiento del otro, vender, rentar y enajenar, ni en todo, ni en parte los bienes comunes...”; y 261 “Declarada la nulidad del matrimonio, se procederá a la división de los bienes comunes...”.

Martínez,⁶ Lozano Noriega⁷ y Sánchez Medal.⁸ Cabe apuntar, además, que esta postura es compartida por los tribunales.⁹

Por otro lado, están quienes consideran que se trata de un derecho crédito en el sentido de que solo el cónyuge que participó en el acto adquisitivo es el titular de un derecho real. Aquí podemos mencionar a De la Mata Pizaña y Garzón Jiménez.¹⁰

⁶ “...son varios los factores para fincar la esencia de la sociedad conyugal en una participación común de los cónyuges en la propiedad de los bienes sobre los que recaen los efectos del régimen. En primer término, una razón meramente lógica, es que esa copropiedad se opone a la separación de bienes...”. “...En suma, el régimen de sociedad conyugal, tal como está previsto en el Código Civil, se traduce en una copropiedad de los cónyuges respecto de los bienes sujetos a dicho régimen...”. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, “Derecho Civil. Familia”, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 2011, pp. 249 y 250.

⁷ “...los textos citados —refiriéndose a diversas disposiciones de los códigos de 1870 y 1884, y al artículo 194 del código de 1928— demuestran plenamente que hablar de sociedad conyugal equivale a hablar de copropiedad, pero esta copropiedad no es una simple indivisión amorfa y transitoria como la que se establece entre los herederos y como la copropiedad ordinaria sino que, fundada en la idea de asociación, pierde su carácter transitorio y adquiere permanencia. Por tanto, no pueden aplicarse de manera invariable a esta copropiedad las reglas de la común, sino que tienen reglas propias...”. LOZANO NORIEGA, Francisco, “Cuarto curso de Derecho Civil. Contratos”, 6a. ed., Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 2001, p. 467.

⁸ “...el Código Civil vigente no comprende simplemente los frutos o productos, sino también el mismo dominio, por lo que en realidad se trata de una verdadera copropiedad (art. 194) disciplinada con normas propias (art. 941)”. SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, “Bienes de la esposa en la quiebra del marido. La presunción muciana en el Derecho mexicano”, *Jus. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, México, 1942, pp. 68 y 69.

⁹ A modo de ejemplo: “Sociedad conyugal. Legitimación del tercerista si se demuestra que el bien embargado pertenece a dicha sociedad, correspondiéndole al cónyuge la parte proporcional respectiva”, Tesis Aislada, T.C.C., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XV, abril de 2002, p. 1348. “Sociedad conyugal. Constituye una limitación al derecho de propiedad de los cónyuges”, Tesis Aislada, T.C.C., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, diciembre de 2008, p. 1086. “Bienes muebles embargados pertenecientes a la sociedad conyugal. Cuando no existen capitulaciones matrimoniales y no se han dividido judicialmente, ambos cónyuges mantienen, en copropiedad, el dominio sobre aquéllos, en igual proporción (legislación del Estado de Chihuahua), Tesis Aislada, T.C.C., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIX, marzo de 2009, p. 2694.

¹⁰ “Consideramos que la sociedad conyugal forma una universalidad jurídica que comprende los bienes que la conforman, donde los cónyuges tienen un derecho de crédito sobre esa universalidad para hacerlo efectivo en el momento de la liquidación, y donde el titular del derecho real sobre cada bien que forma parte de la sociedad conyugal es del cónyuge que lo adquirió”. “Los cónyuges tienen un derecho de crédito en el porcentaje pactado sobre esa masa común, mismo que no se puede transmitir y que les da derecho a exigir una cuota de

Toda vez que el objeto de nuestra investigación es el derecho de los herederos a la masa hereditaria, no analizaremos lo relativo a la sociedad conyugal, lo cual no significa que las conclusiones a las que arribemos y que la solución que se proponga al problema planteado no puedan ser aplicadas también a dicho régimen patrimonial.

En este orden de ideas, este trabajo tiene como objetivo, en primer lugar, estudiar las tesis doctrinarias más relevantes acerca de la naturaleza jurídica del derecho que tienen los herederos —legítimos o testamentarios— a la masa hereditaria llegada la muerte del causante de la sucesión para, en segundo lugar, proponer una alternativa novedosa y coherente en relación a esta cuestión que permita abonar en la solución de la problemática que hasta nuestros días parece irresuelta, evidenciando en todo caso las deficiencias tanto teóricas como prácticas de las tesis referidas. Para ello hemos de exponer descriptivamente las teorías que comparan los derechos reales y los derechos personales para, posteriormente, desarrollar algunas ideas que permitan comprender de mejor manera los derechos subjetivos privados, así como sustentar la propuesta proyectada.

La determinación que se tome, en uno o en otro sentido, tendrá consecuencias jurídicas importantes no solo desde el punto de vista teórico, sino también del eminentemente práctico, sobre todo en el caso de llegarse a dar una transmisión de tales derechos, pues, ¿qué formalidad deberá observarse?, ¿se le debe dar publicidad?, ¿cuáles serán las implicaciones fiscales?, ¿cuál será la intervención y responsabilidad del notario?, etcétera.

II. TEORÍAS ACERCA DE LA COMPARACIÓN ENTRE DERECHO REAL Y DERECHO PERSONAL

Como lo indica García Maynez, paralelamente a la distinción entre derecho privado y derecho público *objetivos*, se habla de dos categorías de derechos subjetivos: los privados y los públicos. Dentro de los primeros están, de acuerdo con Jellinek, los derechos de libertad, de pedir la intervención del Estado y los políticos y, dentro de los segundos, están los derechos reales y los personales.¹¹

liquidación en ese porcentaje establecido. Lo más técnico es considerar que un cónyuge, al disponer de su derecho real, requiera del consentimiento del otro, en virtud de que el derecho de crédito de este último pueda ser afectado con la transmisión”. DE LA MATA PIZAÑA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto, *Derecho Familiar*, 3a. ed., Editorial Porrúa, México, 2006, p. 145.

¹¹ Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio de Derecho*, 57a. ed., Editorial Porrúa, México, 2004, p. 201.

A propósito de la distinción entre derechos reales y personales, la doctrina ha formulado diversas teorías las cuales expondremos muy brevemente solo para obtener algunos elementos que sirvan para el objetivo propuesto en este trabajo, sin referirnos en este momento a las críticas de que han sido objeto.¹²

La primera sostiene una irreductible oposición entre esos derechos. Esta teoría tiene dos variantes: una propia de la escuela de la exégesis francesa, cuyos principales exponentes son Audry, Rau y Baudry-Lacantiniere; y la otra, encabezada por Bonnetcase.

Para Audry y Rau, el derecho real es el poder jurídico que se ejerce en forma directa e inmediata sobre un bien para su aprovechamiento total o parcial, siendo este poder oponible a terceros. En consecuencia, los elementos del derecho real son: *a)* la existencia de un poder jurídico; *b)* que el titular lo ejerce de manera directa e inmediata sobre cosa; *c)* en razón de la naturaleza económica de ese poder, permite un aprovechamiento total o parcial de la cosa y; *d)* es un derecho absoluto, es decir, valedero *erga omnes*.

Baudry-Lacantiniere, por su parte, sostiene que el sujeto se relaciona de manera directa e inmediata con la cosa, es decir, existe una relación entre el titular del derecho y el objeto sobre el que recae. Además, establece que en esa relación también interviene un número indefinido de sujetos pasivos obligados a respetar su ejercicio, pero en razón de que no puede ser estimada pecuniariamente —nadie la reporta en el pasivo de su patrimonio— se considera irrelevante.

De lo anterior fácilmente se puede deducir la oposición habida entre los autores citados. Mientras que Audry y Rau señalan que el poder jurídico se ejerce de manera directa e inmediata sobre cosa, Baudry-Lacantiniere llega al extremo de sostener que existe una relación entre el titular y el objeto.

El derecho personal, en cambio, es una relación jurídica que otorga al acreedor la facultad de exigir del deudor una prestación o una abstención de carácter patrimonial o moral. Por tanto, sus elementos son: *a)* una relación jurídica entre dos personas, *b)* en virtud de dicha relación jurídica nace una facultad exigir y, *c)* el objeto de esa relación puede ser una prestación o una abstención de carácter patrimonial o simplemente moral.

Según Baudry-Lacantiniere, los derechos personales entrañan una relación más compleja en la que intervienen un acreedor o sujeto activo, un deudor o sujeto pasivo y el objeto de la obligación. A diferencia del derecho real en que existe una relación directa con la cosa, en el derecho personal la

¹² Para esta exposición nos hemos ceñido a los estudios hechos por García Máynez y Rojina Villegas en la obra anteriormente citada, y en el Compendio de Derecho Civil de Rafael Rojina Villegas.

relación entre acreedor y deudor es directa, mientras que la relación del acreedor y el objeto es indirecta o mediata.

Siguiendo los postulados de la escuela clásica podemos advertir lo siguiente:

1) El derecho real entraña un poder jurídico que implica un señorío, potestad o dominio del titular sobre la cosa para satisfacer sus necesidades ya sea de manera total o parcial; en tanto que el derecho personal, se trata de una facultad que tiene una persona de obtener o exigir de otra una prestación o una abstención.

2) El objeto del derecho real es un bien, una cosa individualmente determinada; a diferencia del derecho personal cuyo objeto es la conducta positiva o negativa del deudor.

3) El derecho real es absoluto, es decir, oponible a terceros pues nadie puede perturbar al titular en el aprovechamiento económico de la cosa; por ende, el derecho concede una serie de acciones para perseguir y recuperar la cosa. Situación que no se presenta en los derechos personales, ya que su objeto no es una cosa.

4) En el caso de los derechos reales existen reglas para determinar la preferencia entre ellos,¹³ planteamiento que no tiene cabida en los derechos personales,¹⁴ pues todos los acreedores independientemente de la fecha de la constitución de sus créditos tienen la misma participación en la prenda tácita constituida sobre el patrimonio del deudor. Los acreedores ordinarios sin garantía real son pagados a prorrata sin alguna preferencia en razón del tiempo.

Bonniecse también sostiene la distinción entre derecho real y derecho personal. Él suscribe los postulados de la escuela clásica, pero indica que estos deben fundamentarse en razones económicas; por tanto, se propone investigar cuál es el contenido económico de los derechos reales a efecto de determinar si ese contenido es distinto del que constituye el objeto de los derechos personales. En este sentido, señala que hay dos fenómenos económicos primarios de toda colectividad: la apropiación de la riqueza (el capital) y

¹³ Las reglas para determinar la preferencia entre derechos reales son las siguientes: 1. Primero en tiempo, primero en derecho; siempre y cuando se trate de derechos de la misma categoría (por ejemplo, diversas hipotecas o diversos usufructos). 2. El derecho real de mejor categoría es preferente a otro de inferior categoría aun cuando sea constituido con anterioridad (por ejemplo, la copropiedad tiene preferencia frente al usufructo). *Cfr. Ibidem*, pá. 22. *Vid. BONNECASE, Julien, Elementos de Derecho Civil*, tomo II, trad. José M. Cajica, editorial José M. Cajica, México, 1945, pp. 42-45.

¹⁴ No obstante de que esta es una posición propia de la teoría clásica, nosotros podemos afirmar que sí hay una graduación entre los derechos personales en razón de su fuente, es decir, hay créditos que por disposición de la ley se pagan antes que otros.

la prestación de servicios (el trabajo). Respecto del primero, indica que en el momento en que la norma jurídica organiza la apropiación de la riqueza de tal manera que esta no sea arbitraria nace el derecho real; por consiguiente, tiene como contenido la apropiación, el aprovechamiento y la regulación de la riqueza, ya sea propia o ajena. En cambio, el derecho personal no es otra cosa que la organización jurídica del servicio. Las obligaciones de dar, hacer o no hacer son las tres formas típicas como el hombre puede servir a otro hombre.

La segunda es una teoría monista al equiparar el derecho real con el personal, la cual también presenta dos variantes: una que se ha denominado tesis personalista, conformada por Ortolan, Planiol y Demogue; y la segunda, designada tesis objetivista, impulsada por Gaudemet, Jallu, Gazin y Saleilles.

Los autores que apoyan la tesis personalista sostienen que es inexacto que exista una relación jurídica directa e inmediata entre una persona y una cosa. Todo derecho es un vínculo entre personas. Este es un axioma inquebrantable en el que se funda toda la ciencia del derecho. Consecuentemente, en el derecho real, como en toda relación jurídica, hay necesariamente un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto.

Planiol, a partir de la noción oponibilidad de la escuela clásica, afirma que el sujeto pasivo se compone de todas las personas a quienes la ley les impone la obligación de abstenerse de cualquier acto que impida o estorbe al acreedor o derechohabiente el ejercicio de las facultades de que dispone. En el caso del derecho personal, éste es correlativo a una obligación con uno o varios sujetos individualmente determinados. Dicho autor concluye que la naturaleza del derecho real es idéntica en su esencia a la del derecho personal, que son dos especies del mismo género, aunque con características específicas diversas.

Por lo que hace a la tesis objetivista, ésta se presenta en sentido inverso a la tesis personalista. Esta tesis surge en virtud de lo propuesto por Polacco en el sentido de que en las obligaciones, más que existir una voluntad vinculada con otra, existe un vínculo entre patrimonios considerados como personalidades abstractas; es decir, un patrimonio es el que le debe a otro y que las personas son simples representantes orgánicos. Gaudemet adopta esta postura y trata de fundamentarla en el cambio experimentado del derecho romano —en el que la obligación era estrictamente personal y, por ende, no admitía cambiar de acreedor ni de deudor —al derecho moderno— en el que se despersonaliza la obligación, pues tanto el acreedor como el deudor pueden ser sustituidos sin que se extinga la obligación—. De ahí la idea rectora de Gaudemet según la cual el derecho de crédito se ha despersonalizado para patrimonializarse: en la actualidad lo que le importa al acreedor es un patrimonio responsable mas no la persona del deudor. El derecho de crédito resulta así de un *ius ad rem*, es decir, una facultad sobre los bienes.

Según Gazin y Jallu, la única diferencia entre el derecho real y el derecho personal está en la naturaleza individual o universal del objeto, porque en ambos casos son facultades sobre los bienes. En el derecho real el objeto es determinado, por consiguiente, individual. La propiedad, el usufructo, la hipoteca o la prenda recaen sobre un bien determinado. En cambio, en el derecho personal el objeto es universal, se trata de un patrimonio, de una universalidad jurídica. El deudor tiene como garantía el patrimonio de su deudor, presente o futuro.

La tercera teoría es ecléctica en tanto que reconoce una identidad entre el derecho real y el derecho personal, pero solo en su aspecto externo y; a la vez, defiende una separación entre ellos en su aspecto interno. Esta teoría es sostenida por Planiol y Ripert.

De acuerdo con esos autores, el derecho real es el poder jurídico que de manera directa e inmediata ejerce una persona sobre un bien determinado, para aprovecharlo total o parcialmente, siendo oponible dicho poder a un sujeto indeterminado que tiene la obligación de abstenerse de perturbar al primero en el ejercicio de su derecho.

Como se advierte de la definición anterior, se admiten las conclusiones de la escuela personalista y de los exégetas, ya que define a los derechos reales como poderes jurídicos que en forma directa e inmediata ejerce una persona sobre bienes determinados para su aprovechamiento económico, total o parcial. Esto es lo que los autores en comento han denominado “aspecto interno” por cuanto atiende a su naturaleza intrínseca, o sea, al poder jurídico que ejerce el titular que no se presenta en otros derechos subjetivos. Pero, además del aspecto interno, reconocen la existencia de un aspecto externo caracterizado por un sujeto pasivo indeterminado al cual le es oponible el derecho real. En consecuencia, el derecho real tiene dos manifestaciones: un poder jurídico que se ejerce sobre un bien determinado y la existencia de una relación jurídica entre el titular y los terceros en general.

III. APORTACIONES PARA EL ESTUDIO Y COMPRENSIÓN DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS PRIVADOS

En este apartado del trabajo pretendemos desarrollar algunas ideas¹⁵ que consideramos fundamentales para comprender los elementos esenciales tanto de los derechos reales como de los personales, con el afán de proponer algunos

¹⁵ Por razones metodológicas solo desarrollaremos cuatro argumentos con el propósito apuntado. Otras más que también consideramos importantes las dejaremos para un estudio posterior.

criterios definitorios que permitan distinguirlos claramente y con ello poder abordar nuestro objeto de estudio.¹⁶

Para tales efectos, tomamos como punto de partida dos premisas elementales: por un lado, como ya quedó dicho, hay dos clases de derechos subjetivos privados, los reales y los personales y; por otro lado, sí existe una diferencia tanto de índole teórica como práctica entre ellos. Con la intención de facilitar la exposición dividiremos el contenido de este apartado en los siguientes rubros:

A. EL DERECHO REAL COMO PODER JURÍDICO Y EL DERECHO PERSONAL COMO FACULTAD

Los exégetas franceses definen al derecho real como el *poder* jurídico que una persona ejerce sobre la cosa y, al derecho personal, como la *facultad* que tiene una persona para exigir de otra algo. Esta misma posición adoptó Bonnetcase, aunque con un fundamento económico; así como los autores que conforman la teoría ecléctica.

Estas notas definitorias subsisten en la doctrina contemporánea, pero con una salvedad importante: los conceptos “poder” y “facultad” son utilizados en muchos casos indistintamente, a modo de sinónimos, al definir los derechos en comento. Así, por ejemplo, Aguilar Carvajal y García Máñez utilizan el término facultad para definir a uno y a otro;¹⁷ mientras que Barbero, De la Mata Pizaña, De Pina Vara y Gazón Jiménez, definen al derecho real como una facultad.¹⁸ Y, Bonnetcase y Domínguez Martínez se refieren al derecho real como poder jurídico.¹⁹

¹⁶ Algunos otros estudios a propósito de la distinción entre tales derechos pueden verse en: CASTÁN ROBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. II, vol. 1, 11a. ed., Reus, Madrid, 1971, pp. 24 y ss; DE IBARROLA, Antonio, *Cosas y Sucesiones*, 15a. ed., Porrúa, México, 2006, pp. 62-64; ALESSIO ROBLES, Miguel, *Temas de Derechos Reales*, 3a. ed., Editorial Porrúa, México, 2012, pp. 16 y ss; entre otros.

¹⁷ AGUILAR CARVAJAL, Leopoldo, *Segundo Curso de Derecho Civil. Bienes, Derechos Reales y Sucesiones*, 4a. ed., Editorial Porrúa, México, 1980, p. 33., y GARCÍA MÁÑEZ, Eduardo, *op. cit.*, p. 214.

¹⁸ Vid. BARBERO, Domenico, *Sistema del Derecho Privado*, t. II, trad. Santiago Sentis Melendo, ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967, p. 207. DE LA MATA PIZANA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto, *Bienes y Derechos Reales*, 6a. ed., Editorial Porrúa, México, 2013, p. 501. DE PINA VARA, Rafael, *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1985, p. 59. En *Idem*.

¹⁹ Vid. BONNETCASE, Julien, *Tratado elemental de Derecho Civil*, trad. Enrique Figueroa Alfonso, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1997, p. 466. Colección Clásicos del Derecho. Y DOMÍNGUEZ, MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, 4a. ed., Editorial Porrúa, México, 1994, p. 323.

Rojina Villegas, por su parte, sigue, inicialmente, la distinción conceptual de la teoría dualista al señalar que el poder jurídico que caracteriza a los derechos reales se manifiesta en la posibilidad normativa de crear diferentes tipos de relaciones jurídicas, a diferencia del derecho personal en el cual el acreedor tiene una serie de facultades que se ejercen a través de la cooperación del deudor, ya sea mediante el cumplimiento espontáneo y voluntario de sus obligaciones, o a través de la ejecución forzosa. Sin embargo, dicho autor con posterioridad refiere que el aspecto activo de los derechos reales está constituido por un conjunto de facultades jurídicas que tiene el titular para usar, gozar, disponer o afectar de un bien.²⁰

En cuanto a esta distinción conceptual conviene tener presente lo siguiente. En primer lugar, la definición de derecho subjetivo que proporciona Windscheid: “el poder o señorío de la voluntad reconocido por el orden jurídico”.²¹ Según ese autor, el derecho subjetivo suele emplearse en dos sentidos: como la facultad de exigir determinado comportamiento, positivo o negativo, de la persona o personas que se hallan frente al titular. Tal facultad aparece cuando el orden jurídico prescribe que en determinadas circunstancias se haga o se omita alguna cosa, y pone a disposición de otro sujeto el imperativo que contiene dicha orden. O bien, como el acto de voluntad que se requiere para que nazcan, se modifiquen o se extingan las facultades del primer tipo. De la voluntad de la persona depende en tal coyuntura la existencia o determinación de imperativos jurídicos como, por ejemplo, cuando se dice que el propietario tiene el derecho de enajenar sus propiedades.²²

Y, en segundo lugar, la noción de derecho subjetivo de Duguit. De acuerdo con ese autor, el derecho subjetivo implica siempre dos voluntades una frente a otra, una voluntad que se impone a otra voluntad porque es superior. Así, por ejemplo, la libertad es un derecho, pues tengo la posibilidad jurídica de imponer a otro el respeto a la voluntad que tengo de desenvolver libremente mi actividad física, intelectual y moral. De igual manera, la propiedad es un derecho, toda vez que tengo el poder jurídico de imponer a otro el respeto a mi voluntad de usar como me parezca de las cosas que poseo a título de propietario.²³

²⁰ Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho civil*, t. II, *op. cit.*, p. 45.

²¹ WINDSCHEID, Bernard, *Diritto delle Pandette*, trad. Fadda y Bensa, Torino, 1925, p. 108; citado por GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *op. cit.*, p. 187.

²² *Idem.*

²³ Cfr. DUGUIT, León, *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*, trad. Carlos González Posada, Edeval, Chile, 1987, pp. 23-25.

Estas reflexiones resultan muy reveladoras, ya que ambas explican la noción de derecho subjetivo relacionando los términos de “poder” y “voluntad”. De ahí la razón que el derecho real sea concebido como un poder jurídico, pero ¿qué sucede en tratándose del derecho personal? Nosotros consideramos que los conceptos “poder” y “facultad” están íntimamente relacionados, sin que ello signifique que sean sinónimos ni que esta sea la única diferencia entre derecho real y derecho personal.

Efectivamente, el derecho real, sea cual sea, implica un poder que una persona ejerce sobre una cosa. Ese poder es jurídico, es decir, abstracto; pues el poder material o de hecho en este caso es irrelevante. Además, ese poder puede estar ligado a la voluntad de su titular o no, en razón de que la existencia de aquél no depende de la manifestación de esta, es decir, la ausencia de una manifestación de voluntad por parte del titular no provoca la extinción del derecho;²⁴ por ejemplo, los derechos reales no se extinguen por prescripción.²⁵ Pero cuando sí hay una manifestación de voluntad esta debe ser legítima, es decir, reconocida por el orden jurídico. A esa legitimación o reconocimiento se le llama facultad; así, según afirma Rojina Villegas, se tienen las facultades de usar, gozar, disponer o afectar de un bien. En este sentido, lo que diferencia un derecho real de otro no es el poder, ya que es mismo, sino la legitimación que se tiene para actuar, es decir, las facultades que se pueden ejercitar, se pueden tener todas o solo alguna y ello no modifica la naturaleza del derecho. En suma, el derecho real conlleva un poder jurídico y una manifestación de voluntad, siendo el primero esencial y, la segunda, accidental.

²⁴ Esta afirmación podría objetarse en el caso de la servidumbre, ya que la fracción II, del artículo 1128 del CCDF establece como causa de extinción de ese derecho su no uso. Al respecto, consideramos que el propietario del predio dominante al no beneficiarse físicamente (usar) del predio sirviente sí está manifestando su voluntad, la cual consiste, precisamente, en no usar.

²⁵ La misma estructura lógica de nuestro razonamiento en relación a que el poder jurídico propio de los derechos reales puede ir seguido de una manifestación de voluntad o no, lo encontramos en la crítica que hace Rojina Villegas a la teoría ecléctica solo que él en lugar de referirse a la manifestación de la voluntad habla del poder económico de aprovechamiento: “No obstante que en esa doctrina se evita el error en que incurre la escuela de la exégesis, al omitir precisar la naturaleza de la relación jurídica que se crea entre el titular de un derecho real y todos los terceros... se continúa cometiendo el error de considerar que el aspecto interno o contenido de los derechos reales, es un poder económico de aprovechamiento... El dato económico constituye el contenido posible o contingente de los derechos reales, pero no puede caracterizarlo, dado que aun cuando no exista el resultado relativo al aprovechamiento, la facultad jurídica se mantiene incólume...”. ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho civil*, t. II, op. cit., pp. 35 y 36.

En los derechos personales sucede lo contrario, lo esencial es la voluntad. Algunos opinan que la existencia de aquéllos depende de la manifestación de esta y encuentran sustento en uno de los principios que rigen el Derecho de las obligaciones: “nadie puede ser acreedor en contra de su voluntad”; sin embargo, hay casos de excepción como el derecho de orden público de recibir alimentos o los que derivan de la responsabilidad civil. Por esta razón nosotros consideramos que la voluntad es esencial pero no para su existencia, sino para su exigibilidad. En este sentido, los derechos reales se diferencian de los derechos personales en que en los primeros no tiene sentido escindir nacimiento o existencia y exigibilidad y; como consecuencia de lo anterior, de que en los segundos la ausencia de una manifestación de voluntad por parte del titular sí provoca la extinción del derecho, los derechos personales sí se extinguen por prescripción. No obstante, la manifestación de voluntad en la exigibilidad de los derechos personales sigue las mismas reglas que en los derechos reales, es decir, debe ser legítima o reconocida por el orden jurídico. De ahí precisamente que el derecho personal se defina como la facultad de exigir.

B. PODER QUE SE EJERCE DE MANERA DIRECTA E INMEDIATA SOBRE LA COSA

La manera en que se ejerce el poder jurídico en los derecho reales ha dado lugar a diversos posicionamientos en la doctrina, desde quienes la presentan simplemente de modo enunciativo como una característica de tales derechos (Audry y Rau y; consecuentemente Planiol y Ripert) pasando por quien sostiene que ello implica una relación entre el titular y el objeto (Baudry-Lacantiniere), hasta quienes niegan una relación jurídica directa e inmediata entre una persona y una cosa (Ortolan, Planiol y Demogue).

Estando conformes en que el derecho real es el poder jurídico que una persona ejerce de manera directa e inmediata sobre una cosa, indagemos ahora qué debe entenderse por directa e inmediata.

En primera instancia negamos rotundamente que entre el titular del derecho y el objeto sobre el que recae existe una relación jurídica. En este tópico nos adherimos por completo a la tesis personalista en el sentido de que las relaciones jurídicas solo pueden entablarse entre personas.²⁶

²⁶ Como lo refieren Garza Bandala y Rico Álvarez las relaciones jurídicas solo pueden entablarse entre personas y el ámbito que mejor lo refleja es el de Derecho de obligaciones. Cfr. RICO ALVAREZ, FAUSTO, GARZA BANDALA, PATRICIO y COHEN CHICUREL, MISCHEL, *Tratado teórico-práctico de Derecho de Obligaciones*, Editorial Porrúa, México, 2013, p. 1.

Como se lee en las definiciones citadas, cuando se define el derecho real como un poder jurídico se hace especial énfasis al ejercicio de este. Aunque esto no ha sido previamente aclarado por la doctrina, parece que está implícita la diferencia entre el nacimiento del derecho y su ejercicio. Esto es de suma importancia para comprender la cuestión, pues si los autores hicieran referencia al nacimiento del modo siguiente: "...es el poder jurídico que nace de manera directa e inmediata...", esta noción no serviría para diferencia entre derechos reales y personales, ya que ambos nacen de manera directa e inmediata; es decir, en términos generales,²⁷ no se requiere la autorización del Estado para que nazca —y, consecuentemente, se transmita, modifique o extinga— cualquiera de esos derechos. Pero en lo relativo al ejercicio el escenario es distinto.

Ciertos autores²⁸ tienen el cuidado de distinguir entre la facultad de recibir y la facultad de exigir al momento en que definen el derecho personal, o bien la obligación; justificando tal distingo en que la segunda, a diferencia de la primera, habitualmente implica la intervención de Estado. En otras palabras, la única forma de obtener el cumplimiento forzoso de la obligación ante la negativa del deudor es a través de la intervención del Estado mediante los mecanismos jurídicos previamente establecidos.²⁹

En cambio, en los derechos reales la única injerencia legítima que podría tener el Estado se presenta en el caso de que terceros lleven a cabo actos que perturben el ejercicio del poder o aprovechamiento de la cosa por parte del titular del derecho.

Al respecto, podría objetarse que en realidad el elemento que ahora ocupa nuestra atención no permite diferenciar claramente un derecho real de uno personal, en virtud de que en ambos interviene el Estado al existir una conducta ilícita, ya sea de incumplimiento o de perturbación; pero en esencia sí hay un contraste y radica en que en el segundo sí hay una relación jurídica.

²⁷ Nuestra afirmación, al ser general, no contradice ni desconoce la normativa que rige ciertos casos especiales, tales como: la situación de los extranjeros en cuanto al dominio de tierras o aguas en términos de lo dispuesto por la fracción I del artículo 27 constitucional o, también tratándose de extranjeros, en cuanto a su participación en el capital social de sociedades mexicanas de acuerdo con la Ley de Inversión Extranjera, etcétera.

²⁸ Vid. MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, *Teoría de las Obligaciones*, 6a. ed., Editorial Porrúa, México, 1999, p. 5. Y ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho civil*, t. III, 21a. ed., Editorial Porrúa, México, 1998, p. 6.

²⁹ De acuerdo con el primer párrafo del artículo 17 constitucional: "Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho".

A reserva de profundizar en este tema en el último inciso de este apartado, el acto de perturbación —entendido este como cualquier acto que impida o estorbe al acreedor o derechohabiente el ejercicio de las facultades de que dispone, utilizando la terminología de Planiol— por parte de un tercero, no es propio y exclusivo de los derechos reales. También el acreedor puede ser perturbado en el ejercicio de sus facultades por parte de un tercero pudiendo, obviamente, pedir la intervención del Estado. Ya sea en el caso de la propiedad o de un crédito, o de cualquier otro bien jurídicamente protegido como la vida, la honra, la libertad, etcétera el propietario o titular puede acudir al Estado en el contexto planteado. Consecuentemente, sí es posible distinguir entre la facultad de exigir, propia y exclusiva de los derechos personales y el derecho genérico a pedir la intervención del Estado. De tal modo que, la expresión “de manera directa e inmediata” debe ser entendida en el sentido de que el titular del derecho real no requiere la participación, aceptación o autorización de persona alguna (no hace falta intermediario alguno) ni de legitimación extraordinaria para ejercer el poder sobre la cosa mediante algunas de las facultades que ya hemos mencionado y, de igual manera, que no puede ser obligado o coaccionado para ejercerlas.³⁰

³⁰ En lo que se refiere a esta cuestión Castán Tobeñas señala que los derechos reales son derechos de exclusión, pues su función se reduce a conceder al titular el poder de no ser perturbado por nadie; en cambio, los derechos personales son derechos de unión que sirven a la cooperación social. En razón de lo sostiene, señala el autor, se suele decir que el derecho real se ejerce sobre la cosa directamente y sin ningún intermediario; sin embargo, ello sólo es claro en la propiedad y en el usufructo, mas no en otros derechos reales como la hipoteca, en los censos consignativo y reservativo, y en las servidumbres negativas. *Cfr.* CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. II, vol. 1, 11a ed., Reus, Madrid, 1971, pp. 25 y 26. A nuestro juicio, la objeción que postula el autor citado, si bien tiene tintes de verdad, no es del todo cierta. La posición que defendemos alude a la posibilidad de ver satisfecho un interés jurídico o material de parte del titular del derecho en forma directa e inmediata en relación a la cosa. En el caso de la hipoteca y de la servidumbre podemos afirmar que el acreedor hipotecario puede ver satisfecho su interés jurídico consistente en tener garantizado la responsabilidad derivada del incumplimiento de su deudor con un bien determinado y específico que le permite tener una preferencia en relación a otros acreedores. Si bien no puede disponer de forma inmediata del bien, sí puede acudir a las instancias judiciales correspondientes para ver satisfecha la responsabilidad derivada de la deuda, de una manera que le permite recuperar su crédito cuando se enajena en pública subasta y con el producto de dicha venta es pagado, o bien el poder adjudicarse la propiedad del bien que era objeto de la garantía, conforme a los requisitos y procedimientos respectivos. De igual manera, el titular del derecho de servidumbre ve satisfecho su interés jurídico y material en relación al predio sirviente toda vez que puede aprovecharse del mismo en términos del título constitutivo de la servidumbre.

C. EL OBJETO DEL DERECHO REAL ES UNA COSA INDIVIDUALMENTE DETERMINADA, MIENTRAS QUE EL OBJETO DEL DERECHO REAL ES UNA PRESTACIÓN O UNA ABSTENCIÓN

La doctrina contemporánea —siguiendo los postulados de la escuela clásica— suele referirse al objeto del derecho para diferenciar el real del personal. Así, por ejemplo, Castán Tobeñas sostiene que el objeto del derecho real es una cosa corporal, específica y determinada, mientras que el derecho de crédito tiene siempre por objeto directo una prestación o un acto del deudor.³¹ En el mismo sentido, Aguilar Carvajal, apunta que el derecho real solo puede recaer sobre bienes corpóreos, generalmente; pero siempre específicamente determinados.³²

Rojina Villegas, por su parte, afirma que es un error considerar que el objeto directo e inmediato de los derechos reales es la cosa o el bien sobre los cuales se ejerce el poder jurídico. En realidad, el objeto directo es la conducta, como en todo derecho subjetivo; siendo la cosa o el bien, el objeto indirecto. Toda facultad jurídica implica una obligación a cargo de otro que, en el caso de los derechos reales, es la conducta específica del sujeto pasivo determinado o indeterminado. Además, existe la conducta jurídica del sujeto activo que se manifiesta en el conjunto de facultades jurídicas para realizar actos de dominio o de administración sobre bienes determinados. En definitiva, explica el autor, tenemos que admitir que en tales derechos hay un objeto indirecto consistente en el bien corporal o incorporeal al cual habrá de referirse los actos jurídicos que constituyen el objeto de las facultades en el sujeto activo y de las obligaciones reales en el sujeto pasivo.³³

Nosotros no encontramos objeción alguna en la postura de Rojina Villegas. En todo caso lo que ahora corresponde cuestionarnos es si el derecho real forzosamente debe recaer sobre cosas específicamente determinadas, o también puede tener como objeto una universalidad jurídica.

La *universitas iuris* o la universalidad de derecho, apunta De Ibarrola, no responde a la idea de un bien *strictu sensu*, más bien es una masa de bienes que permanecen distintos los unos de los otros y, por ende, son susceptibles de conservar su fisonomía propia.³⁴ El conjunto de bienes, derechos, obligaciones y cargas de una persona apreciables en dinero constituye una universalidad jurídica la cual integra, precisamente, el patrimonio. De

³¹ CASTÁN ROBEÑAS, José, *op. cit.*, p. 26.

³² AGUILAR CARVAJAL, Leopoldo, *op. cit.*, pp. 45 y 46.

³³ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho civil*, t. III, *op. cit.*, pp. 46 y 47.

³⁴ DE IBARROLA, Antonio, *op. cit.*, p. 48.

tal modo que si el conjunto no forma una universalidad jurídica, no es un patrimonio.³⁵

Una universalidad de derecho es un conjunto de bienes que forman un activo y reportan un pasivo el cual, desde el punto de vista de una relación jurídica abstracta, es distinto de los elementos que lo componen. Los elementos que componen el patrimonio son fungibles, varían constantemente; es decir, pueden desaparecer y ser sustituidos por otros, pero ello no altera la naturaleza de la universalidad que están componiendo.³⁶

Si la universalidad jurídica es una noción abstracta, entonces esta solo tiene cabida en dos ámbitos concretos: por un lado, en la necesidad de responder de un pasivo determinado,³⁷ lo que suele denominarse “prenda general tácita” o “principio de responsabilidad patrimonial de la deuda”,³⁸ que tiene su fundamento en el artículo 2964 del CCDF, que dispone: “El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes...” y; por otro lado, la masa hereditaria,³⁹ de acuerdo con el artículo 1281, que señala: “Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por su muerte”.

De este modo, a la cuestión que hemos planteado consideramos que no es posible que el derecho real tenga como objeto una universalidad jurídica o, dicho en otros términos, el patrimonio escapa a la noción de derecho real. En todo caso, las diversas universalidades de hecho que en su conjunto componen el patrimonio son las que sí son susceptibles de ser objeto de un derecho real. Si este se concibe como un poder abstracto, no puede predicarse a una universalidad también abstracta.

Si, como lo indica Rojina Villegas, enajenar la universalidad jurídica sería tanto como enajenar la personalidad;⁴⁰ en el mismo orden de ideas, la universalidad jurídica, es decir, el patrimonio tendría que dejar de ser un atributo de la persona para poder ser objeto de un derecho real. Esto es inconcebible.

Por lo anterior, el lector podría asumir que estamos dando una respuesta a la pregunta planteada en la introducción de este trabajo, es decir, que si

³⁵ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *op. cit.*, p. 10.

³⁶ DE IBARROLA, Antonio, *op. cit.*, p. 48.

³⁷ *Idem.*

³⁸ DE LA MATA PIZAÑA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto, *op. cit.*, pp. 13 y 401.

³⁹ DE IBARROLA, Antonio, *op. cit.*, p. 49. Y DE LA MATA PIZAÑA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto, *Bienes y Derechos Reales, op. cit.*, p. 13.

⁴⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *op. cit.*, p. 12.

la masa hereditaria es una universalidad jurídica, entonces los derechos que adquieren los herederos no son derechos reales sino de crédito. En lo relativo a este tema pedimos no hacer conjeturas anticipadamente, pues aún estamos obtenido los elementos epistemológicos necesarios para formular nuestra postura al respecto.

D. EL DERECHO REAL ES ABSOLUTO, ES DECIR,
OPONIBLE A TERCEROS (*ERGA OMNES*)

Atendiendo a los postulados de la escuela clásica —citados en el apartado segundo de este trabajo— el derecho real es absoluto, es oponible a terceros; pues nadie puede perturbar al titular en el aprovechamiento económico de la cosa. En tal caso, el Derecho concede una serie de acciones para perseguir y recuperar la cosa, situación que no se presenta en los derechos personales.

Como quedó dicho en el numeral 2) de este apartado, el acto de perturbación por parte de un tercero no es propio y exclusivo de los derechos reales, ya que también el acreedor —en tratándose de un derecho personal— puede ser perturbado en el ejercicio de sus facultades. En aquél momento hicimos esta precisión para distinguir entre el derecho que tiene el acreedor de pedir la intervención del Estado ante el incumplimiento del deudor —lo que técnicamente se denomina facultad de exigir— y el derecho, también de pedir la intervención del Estado, que tiene toda persona ante la perturbación de cualquier bien jurídicamente protegido. Si bien en ambos casos se trata de una acción, en el primer caso, el objeto de la misma está determinado *prima facie* por los sujetos, pues el acreedor solo podrá exigir el cumplimiento de aquello a lo que se obligó el deudor y, en ciertos casos, el pago de daños y perjuicios; en cambio, en el segundo caso, dependerá, por un lado, del tipo de bien sobre el cual se lleva a cabo el acto de perturbación —por ejemplo, el tipo de acción varía si se trata de un derecho real o de un derecho personal— y; por otro, del tipo de acto de perturbación —que puede ser una simple obstrucción como la que alude el artículo 1942 del CCDF, o una privación total o parcial de la cosa en términos de lo dispuesto por el artículo 2119 del mismo ordenamiento.

De tal suerte se concluía, en términos generales, que la expresión “de manera directa e inmediata” debía ser entendida en el sentido de que el titular del derecho real no requiere acto alguno de otro sujeto para ejercitar sus facultades de uso, goce y disfrute; a diferencia del derecho personal, en que el acreedor, por una parte, tiene que esperar a que su crédito sea exigi-

ble y, por otra, está expectante de un acto del deudor consistente en el pago voluntario.

Una explicación similar ha sido dada por Rojina Villegas, pero él la formula con base en la existencia de una obligación general de carácter negativo en los siguientes términos.

Sostiene que el deber general de respeto, como obligación pasiva universal, que se traduce en la abstención de todo mundo para no perturbar el derecho ajeno no es ni puede ser el deber correlativo específico de los derechos reales, pues esa obligación general y negativa existe no solo en los derechos absolutos, sino también en los derechos relativos ya que en definitiva no se expresa otra cosa que la necesidad indiscutible de respetar el derecho ajeno.⁴¹

En razón de estas consideraciones el derecho real es *erga omnes* no porque el titular del mismo pueda pedir la intervención del Estado ante un acto de perturbación, ni por el hecho de que exista una obligación del tipo que apunta Rojina Villegas; pues en uno y en otro caso, no habría diferencia alguna con el derecho personal. El derecho real es oponible a terceros porque el titular del derecho, ante una perturbación en el ejercicio de su poder jurídico, puede accionar los mecanismos jurisdiccionales mediante dos acciones concretas que no tiene el titular de un derecho personal, nos referimos a la acción persecutoria y a la acción de preferencia.

Precisamente porque el objeto del derecho real es una cosa individualmente determinada es que tienen cabida esas acciones. De no aceptar esta premisa por lógica se tendría que admitir alguna de estas posiciones: ya sea la tesis de Polacco en el sentido de que existe un vínculo entre patrimonios, de tal modo que uno le debe al otro y; en consecuencia, que las acciones de persecución y de preferencia se pueden ejercitar en contra de una universalidad jurídica; o bien que el carácter *erga omnes* de los derechos reales tiene un fundamento distinto al planteado o; inclusive que los derechos reales no son *erga omnes*. A nuestro juicio ninguna de estas posiciones es correcta.

Finalmente, cabe tener presente que la oponibilidad frente a terceros tiene lugar cuando se inscribe en el registro público correspondiente tanto la constitución, modificación o extinción del derecho real de que se trate, como la titularidad y características del mismo.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 37 y 38.

IV. EL DERECHO A LA MASA HEREDITARIA O DERECHO A LA HERENCIA

El análisis que hemos hecho hasta ahora nos ha permitido obtener los elementos epistemológicos necesarios para abordar de mejor manera el objeto de estudio de este trabajo y con ello formular nuestra propuesta que permita abonar en la solución acerca de la naturaleza del derecho a la masa hereditaria o a la herencia.

A modo introductorio, conviene establecer algunas ideas generales. De acuerdo con Cicu: *a)* existe comunidad hereditaria cuando deferida la herencia a varios causahabientes todos la aceptan o; inclusive, independientemente de la aceptación, la adquieren por disposición de ley; *b)* la manera en que una persona es llamada a la sucesión, es decir, por ley o por testamento, no tiene importancia alguna; *c)* si se abre la sucesión legítima en virtud de que el testador no dispuso de todos sus bienes no hay dos comunidades distintas, una entre herederos testamentarios y otra entre herederos legítimos; sino una sola y; *d)* si el testador realizó una división testamentaria —por ejemplo, dispuso de sus bienes mediante legados o dispuso la forma en que sus causahabientes participarían de los bienes—, solo forman parte de la comunidad los bienes sobre los que no hay disposición particular o que no fueron divididos por el testador.⁴²

Para dicho autor, el *universum ius defuncti* no puede ser concebido como una *universitas iuris*, ya que el testador que ha dispuesto a título particular ha dejado fuera de la comunidad hereditaria los legados. En el caso del legado de bienes determinados la propiedad se transmite al legatario *ipso iure* a la muerte del testador: los bienes pasan *recta vía* del difundo al legatario. Al respecto, él mismo hace una salvedad: los herederos subentran (sustituyen) al difunto en todas las relaciones jurídicas transmisibles que, en tratándose del legado, se limita exclusivamente a la posesión.⁴³

⁴² Cfr. CICU, Antonio, *Derecho de Sucesiones. Parte general*, trad. José Manuel González Porras, Bosh, Barcelona, 1964, p. 665.

⁴³ *Ibidem*, p. 667. Respecto de la posesión de los bienes podemos señalar las siguientes reglas: 1.—Por regla general, la posesión de los bienes se transmite al heredero y al albacea (artículos 1704 y 1730 CCDF). 2.—El *cónyuge superviviente* tiene la posesión de los bienes en tanto se hace la partición, siempre que el matrimonio se haya celebrado en sociedad conyugal (artículo 205 CCDF). 3.—Si a la muerte del autor de la sucesión el legatario tiene la posesión del bien legado, este podrá retenerla (artículo 1409 CCDF). 4.—Si a la muerte del autor de la sucesión el legatario no tiene la posesión del bien legado, este podrá pedirla al albacea en cualquier momento (artículo 1408 CCDF).

Sobre esta cuestión nosotros ratificamos lo dicho en el apartado anterior, o sea, que la masa hereditaria —o la comunidad hereditaria como la denomina Cicu— es una auténtica universalidad jurídica aun en el caso de que el testador haya dejado legados.⁴⁴ La noción de *universitas iuris* no queda desdibujada por dos razones: en primer lugar, porque forman parte de esta los derechos posesorios sobre los bienes legados; es decir, si a la muerte del autor de la sucesión el legatario no tiene la posesión del bien legado a su favor, atendiendo las reglas citadas a pie de página, por regla general, la posesión se transmite a los herederos y; en segundo lugar, en el supuesto de que los bienes de la masa hereditaria no alcancen para cubrir las deudas del *de cuius* los legados responden subsidiariamente a la herencia, como lo dispone el artículo 1285 del CCDF.⁴⁵ La primera, se fundamenta en el principio de que “ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma”, reconocido por el artículo 17 constitucional; ya que el legatario deberá pedir la posesión de los bienes al heredero o albacea poseedor y; la segunda, en el principio de que “nadie puede enriquecerse sin justa causa en detrimento de otra persona”; es decir, sería a todas luces injusto que ante la insolvencia hereditaria por parte de los causahabientes a título universal no concurrieran a hacer frente del pasivo hereditario los otros causahabientes, los que lo son a título particular.⁴⁶

⁴⁴ A propósito de esta cuestión, Rojina Villegas señala que el patrimonio hereditario constituye una universalidad jurídica que, aun cuando sea de menor alcance que el patrimonio ordinario en razón de que ciertos derechos y obligaciones se han extinguido por la muerte de su titular, los herederos se reputan causahabientes a título universal. Cuando toda la masa hereditaria se distribuye en legados podrían considerarse que el activo se pierde; sin embargo, en este caso, los legatarios serán considerados herederos como lo dispone la ley. Consecuentemente, la responsabilidad proporcional en las deudas de la sucesión sobre los citados legatarios permite mantener la unidad de la herencia como una verdadera universalidad. *Cfr. op. cit.*, p. 482.

⁴⁵ En este punto podría argumentarse que los legados se transmiten bajo una condición resolutoria negativa que consiste en la insolvencia hereditaria, es decir, que la herencia no alcance para cubrir las deudas del *de cuius*. De tal modo que si se pagan todas las deudas del difunto no se cumple la condición y, por tanto, no se resuelve la adquisición o; a la inversa, si se cumple la condición se resuelve el legado pudiendo los acreedores disponer del bien para el pago de sus créditos. Sin embargo, aun cuando este planteamiento es técnicamente correcto la misma situación se presenta en relación con los herederos, aun cuando sea en distinto grado. Por tanto, este razonamiento técnico no explica la esencia misma del legado ni su participación en la masa hereditaria.

⁴⁶ Este principio rector del Derecho de las obligaciones es de tal importancia que podríamos afirmar que tiene aplicación en todo tipo de relación jurídica. Consideramos que este principio es el fundamento no sólo de la parte final del artículo 1285 del CCDF que dispone la responsabilidad subsidiaria de los legatarios, sino también de otras disposiciones sucesorias como bien puede ser el propio artículo 1286 del mismo ordenamiento. Piénsese ¿qué sucede-

Aclarada la cuestión, como lo hemos propuesto en el objetivo de nuestro trabajo, analicemos ahora las tesis doctrinarias más relevantes acerca de la naturaleza jurídica del derecho a la masa hereditaria o derecho a la herencia, haciendo hincapié que son pocos los autores que abordan el tema.

En primer lugar, abordaremos la postura del tratadista alemán Theodor Kipp.⁴⁷ Él parte de la premisa fundamental que ya hemos apuntado: si el causante deja varios herederos surge necesariamente entre ellos una comunidad jurídica, a la cual le atribuye la naturaleza de *sui generis*. Sostiene que está organizada como una comunidad jurídica que tiene el caudal relicto en *mano común* y que subsiste mientras quede alguna parte del caudal que no haya sido liquidada. El caudal relicto pertenece a la propiedad mancomunada de los coherederos, cuya conservación está asegurada por el principio de subrogación real.

Esa idea se materializa de diversas maneras, por ejemplo: 1) las prestaciones que pertenecen al caudal relicto son consideradas como indivisibles, aunque sea posible su división; es decir, el obligado debe cumplir con su prestación a favor de todos los coherederos conjuntamente. Cada coheredero puede demandar por sí solo, pero la prestación solo puede hacerse a favor de todos los herederos. 2) El uso y posesión del caudal relicto compete a todos los coherederos. Los coherederos tienen derecho a usar los objetos hereditarios dentro de los límites de no perjudicar los mismos. 3) Los frutos corresponden a cada uno de los coherederos según su participación hereditaria. La división de los frutos tiene lugar al verificarse la partición, pero si esta no es posible por tiempo superior a un año cada coheredero puede reclamar al final de todos los años la división del producto neto. 4) Los gravámenes de la herencia han de ser soportados por todos los coherederos en relación a sus porciones hereditarias. Esto se refiere tanto a los gravámenes de la herencia como un todo, como a los gravámenes de un objeto heredi-

ría si el testador hubiera dispuesto a título particular de todos o de la mayor parte de sus bienes a modo de mantenerlos ajenos del principio de responsabilidad patrimonial contenido en el artículo 2964 del CCDF? Por una parte, tal propósito se conseguiría si los bienes de la herencia fueren suficientes para pagar a los acreedores pero, de no ser así, el código anticipa la solución en el referido artículo 1285. Por otra parte, si dispuso de todos sus bienes mediante legados, precisamente, para que esto no se hubiese hecho en un posible fraude de acreedores, es que los legatarios asumen en carácter de herederos. Esto se debe, precisamente, a que disponer de todos los bienes a título particular hace entrar a estos en una comunidad.

⁴⁷ KIPP, Theodor, *Derecho de Sucesiones*, trad. Blas Pérez González y José Alguer, Bosch, Barcelona, 1976, pp. 237 y ss. En ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, *Tratado de Derecho Civil*, t. V, trad. Blas Pérez González y José Alguer, Bosch, Barcelona, 1976.

tario singular. 5) El derecho de disposición sobre los objetos singulares del caudal relicto solo lo tienen todos los herederos en común. La disposición sobre un objeto del caudal relicto presupone el consentimiento de todos los coherederos; por el contrario, una resolución por mayoría solo puede dar lugar a una disposición dentro de los límites de la administración. Por otro lado, así como el coheredero no puede disponer de objetos hereditarios singulares tampoco puede disponer sobre su participación en los mismos. 6) Cada coheredero solo puede disponer total o parcialmente de su participación en la herencia considerándola como un todo. Y 7) Únicamente puede ser embargada la porción hereditaria, no las participaciones singulares.

Estas consideraciones propuestas por Kipp, como una estructura jurídica especial para la comunidad de herederos —una comunidad de mano común— son totalmente aplicables a nuestro derecho. No obstante, serán objeto de nuestros comentarios más adelante.

En segundo lugar, presentamos el planteamiento del jurista español Albaladejo.⁴⁸ Refiere que la comunidad hereditaria se da cuando son varias las personas que adquieren la herencia al no dejárseles bienes concretos. Todos pasan a ser titulares conjuntamente de la masa hereditaria que les pertenece globalmente por cuotas (a cada uno por la cuota a la que fue llamado). Por ejemplo, en el caso de que sean tres personas las llamadas a heredar cada uno de ellos no adquiere un tercio de cada bien singular de los que componen la herencia, sino que cada uno tiene un tercio de todo, tercio que se fijará en los bienes concretos que se le adjudiquen cuando se practique la partición. En este sentido, la comunidad se rige, en primera instancia, por los preceptos jurídicos especialmente aplicables en materia sucesoria; en segunda, por lo que haya podido disponer el causante y; en tercera, por las reglas aplicables a la copropiedad. Dicho autor no aporta más elementos adicionales; sin embargo, se aprecia que concibe a la masa hereditaria como una modalidad o especie de la copropiedad, una que se basa no por partes alicuotas, sino por un sistema de cuotas.⁴⁹

En tercer lugar, es preciso citar al jurista mexicano Rojina Villegas.⁵⁰ Para él, la herencia da lugar a una copropiedad entre los herederos la cual,

⁴⁸ ALBALADEJO, Manuel, *Manual de Derecho de Familia y Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1974, pp. 223 y 224.

⁴⁹ Cicu, aunque dedica varios capítulos a temas relacionados con la comunidad hereditaria, no aborda en particular la naturaleza de los derechos de los coherederos respecto de esa comunidad. Sin embargo, se advierte con facilidad que la postura que adopta es la que hemos expuesto de Albaladejo, es decir, que es una comunidad bajo el sistema de cuotas.

⁵⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *op. cit.*, pp. 483-485.

por recaer sobre una universalidad jurídica, se distingue de la copropiedad ordinaria que se refiere a bienes determinados.

Aun cuando en la copropiedad ordinaria cada parte alícuota tiene un valor positivo, o sea, representa un activo y; en la copropiedad hereditaria, las partes alícuotas de los herederos están integradas simultáneamente por un activo y un pasivo, ello no afecta la esencia de esta modalidad de la copropiedad. Además, esta copropiedad especial se caracteriza por tener un órgano de representación que recae, precisamente, en el albacea.

Según su explicación, los artículos 1288 y 1289 del CCDF reconocen expresamente la existencia de la copropiedad hereditaria. Se acepta que la masa hereditaria es un patrimonio que pertenece en común a los herederos y que justamente sus derechos consisten en ser copartícipes de esa universalidad jurídica. Por ese motivo, el artículo 1289 establece que cada heredero puede disponer del *derecho* que tiene a la masa hereditaria, sin que ello signifique disponer de los *bienes* que forman parte de la sucesión. Se trata de la misma norma que en la copropiedad ordinaria prohíbe a los copartícipes enajenar la cosa común o ejecutar cualquier acto de dominio si no existe un consentimiento unánime para ese efecto.

Finalmente, como parte de su argumentación el autor en comentario refiere que tanto en la copropiedad ordinaria como en la copropiedad hereditaria se establece el derecho del tanto. Ahí aprovecha la ocasión para analizar las consecuencias jurídicas ante la violación del mismo concluyendo que en tal caso la venta no produce efectos, es decir, que el acto es inoponible no solo entre particulares, sino también respecto de los órganos del Estado.⁵¹

Con las anteriores alusiones hemos expuesto las posturas doctrinarias más representativas acerca de la naturaleza jurídica del derecho a la masa hereditaria. Ahora corresponde evidenciar las deficiencias tanto teóricas como prácticas de las mismas y proponer una alternativa novedosa y coherente en relación a esta cuestión. Para estar en condiciones de cumplir cabalmente con este propósito hemos de recurrir al estudio de un tema sumamente técnico propio del Derecho de las obligaciones, nos referimos al de las obligaciones

⁵¹ Si bien el derecho del tanto en sí mismo no constituye el objeto del presente trabajo, estimamos conveniente exponer muy brevemente la postura de la inoponibilidad esgrimida por Rojina Villegas para explicar las consecuencias jurídicas por la violación de tal derecho. De acuerdo con su planteamiento, en caso de violación del derecho del tanto sucede exactamente lo mismo cuando un acto que debiendo inscribirse en el Registro Público de la Propiedad no se escribe; es decir, en ambos casos no es necesario un juicio que declare la inoponibilidad. La acción judicial sólo será necesaria cuando se le prive al copropietario o al heredero la posesión, o bien para declarar ineficaz el registro de la venta que indebidamente se hubiere hecho. *Cfr. op. cit.*, pp. 484 y 485.

naturales, el cual abordaremos haciendo particular énfasis a la Teoría de la Obligación Natural, de Bonnecase.⁵²

V. TEORÍA DE LA OBLIGACIÓN NATURAL

El Derecho romano utilizó distintos criterios para clasificar las obligaciones. Uno de ellos, el que ahora nos interesa, las divide en: civiles, naturales y morales. En las primeras, el acreedor tenía una acción en caso de incumplimiento; consecuentemente, revestían un carácter coactivo que incluso podía tener efectos sobre la persona, libertad y vida del deudor. En la categoría intermedia, aun cuando su juridicidad era indiscutible, estaban aquellas obligaciones que no crean un derecho procesalmente eficaz; es decir, no se contemplaba una acción en caso de incumplimiento, no obstante de que su pago producía plenos efectos liberatorios ya que, por un lado, no se podía exigir la restitución (*condictio indebiti soluti*) por no tener esta la naturaleza de un pago de lo indebido que diese lugar a un enriquecimiento sin causa y; por otro, no se consideraba como un acto de liberalidad. El acreedor gozaba de la *retentio soluti*, o sea, del derecho de retener lo pagado. Además, existía la posibilidad que esta clase de obligaciones pudiera ser garantizada con prenda, fianza o hipoteca; o bien que se convalidaran mediante novación o compensación. Las últimas, a contrario de las dos anteriores, escapaban del mundo del derecho.⁵³

En la doctrina son varios los autores que han analizado detalladamente este tema. Así, por ejemplo, podemos citar en primer lugar a Aubry y Rau⁵⁴ quienes afirman que los deberes *lato sensu* se dividen en jurídicos y morales. Dentro de los primeros están las obligaciones en sentido jurídico que, a su vez, se dividen en civiles y naturales, estas últimas admitiendo dos categorías.

De acuerdo con la explicación dada por dichos autores, las obligaciones civiles son aquellas que se encuentran sancionadas de una manera total por el derecho positivo mediante una acción, es decir, mediante el derecho que se le concede al acreedor para exigir su cumplimiento por las vías legales. En cambio, las obligaciones naturales son, por una parte, aquellas que legítima y racionalmente podrían ser susceptibles de llegar a ser objeto de una coacción

⁵² Son varios los tratadistas mexicanos que han escrito acerca de las obligaciones naturales; sin embargo, por razones metodológicas sólo haremos referencia a la doctrina francesa y, dentro de ella, de manera especial, a la teoría de Bonnecase.

⁵³ Cfr. MARGADANT S., Guillermo Floris, *El Derecho privado romano*, 7a. ed., Editorial Porrúa, México, 1977, pp. 311-313. Y ROJINA VILLEGAS, Rafael, *op. cit.*, pp. 20 y 21.

⁵⁴ Citado por BONNECASE, Julien, *op. cit.*, pp. 737 y ss.

exterior, pero que el legislador no ha juzgado conveniente reconocer como obligaciones civiles y; por otra, aquellas que en un momento estuvieron provistas de una sanción, pero que por motivos de utilidad social el propio legislador le retiró la coacción.

Si bien la diferencia entre unas y otras está en que las primeras están provistas de una acción, ello no significa que las segundas carezcan de toda eficacia jurídica. Para demostrarlo citan diversos ejemplos del Derecho francés llegando a la conclusión de que una obligación natural no se transforma en civil por un simple acto de confirmación ya sea expreso o tácito.

Planiol y Ripert,⁵⁵ por su parte, sostienen que la obligación natural se distingue de la obligación civil en que la primera no confiere al acreedor ningún medio coercitivo contra el deudor. Todos los procedimientos de ejecución quedan suprimidos, por lo que el cumplimiento solo puede ser voluntario.

Dichos autores hacen referencia, por un lado, a la teoría de la obligación civil degenerada que se inspira en la tradición romana transmitida por Domat y recogida por la mayoría de los juristas del siglo XIX. Según esta teoría, la obligación natural es, por su origen, una obligación civil pero imperfecta, ya que se halla desprovista del principal atributo de la obligación ordinaria, o sea, la facultad de constreñir al deudor a su cumplimiento. La imperfección radica en que al nacer se ha visto privada de sanción subsistiendo en todo lo demás. Por otro lado, también aluden a la teoría de la obligación natural fundada en el deber de conciencia. En este sentido, citan a Pothier quien señala que la obligación natural es un deber moral al que el derecho le reconoce cierto valor sin que ello implique dotarla de sanción. Es un deber de conciencia que invade el dominio del derecho, al menos solo en sus fronteras. Donde el derecho pone fin a la obligación entra la moral que exige más que eso y sus pretensiones son en ocasiones reconocidas por el mismo derecho, pero de modo imperfecto. Las anteriores consideraciones podrían llevar a considerar que existe una completa identificación entre la obligación natural y deber moral; sin embargo, no es así, pues todo deber de conciencia constituye una obligación natural, pero no toda obligación natural supone un deber de conciencia; esto dependerá de lo que el legislador o el juez consideren conforme al interés general.

Para Planiol y Ripert, la manera más decisiva de reconocer la existencia de una obligación natural consiste en investigar si el individuo se ha sentido determinado a actuar como lo hizo por un sentimiento de deber, o bien de manera libre enteramente libre. Así, el cumplimiento de una obligación

⁵⁵ PLANIOL, Marcel y RIPERT, George, *Tratado práctico de Derecho Civil Francés*, t. VII, Trad. Mario Díaz Cruz, editorial Cultura, La Habana, 1945, pp. 291 y ss.

de este tipo, que solamente puede hacerse de manera voluntaria y espontánea, debe sujetarse al régimen del pago y no al de las liberalidades.

Podemos abundar más en el tema citando a otros autores; sin embargo, hemos de concentrar nuestra atención únicamente en la “Teoría de la Obligación Natural” de Bonnecase⁵⁶ por ser esta la que nos ofrece los elementos necesarios para formular nuestra propuesta.

Bonnecase sostiene que la obligación natural es una obligación civil imperfecta o condicional, o bien una obligación civil virtual de doble grado. En este sentido, señala que la obligación natural no debe confundirse con el deber moral.

Aun cuando el propio autor se deslinda de aquellos que limitan la elaboración del Derecho civil a las leyes vigentes, afirma que cuando existe ley hay que inclinarse ante ella; es decir, que el punto de partida de una teoría de la obligación natural debe ser, precisamente, el examen de los textos del código civil que hagan referencia a ella. De este modo, cita diversos preceptos del Código Civil francés dentro de los cuales, quizás el más representativo, sea el artículo 1235 que establece:

“Todo pago supone una deuda: todo aquél que fuere pagado sin ser debido, estará sujeto a repetición.

La repetición no se admite en relación con las obligaciones naturales que hayan sido pagadas voluntariamente”.

Con base en esto refuta las ideas de Ripert y asegura que sí hay —en el sistema jurídico francés— una noción técnica de obligación natural o, dicho en otras palabras, una teoría de la obligación natural.

Para Bonnecase, el legislador instauró una jerarquía en el mundo de las obligaciones civiles: en primer lugar, están las *civiles perfectas* o *simplemente obligaciones* en las que tan pronto tiene lugar el acto o hecho jurídicos aquellas son viables al estar provistas de todos los órganos indispensables para su existencia y para la realización de sus fines, es decir, está dispuesto todo el andamiaje jurídico para que la plenitud de sus efectos se convierta en una realidad. Y, en segundo lugar, están las *obligaciones naturales* que no son más que *obligaciones civiles virtuales* que “aspiran” llegar a la vida civil. Para explicar la dinámica jurídica de este tipo de obligaciones el autor en comentario las califica como obligaciones civiles de doble grado. El primer grado se da en el momento en que surge la obligación natural ya sea mediante la previsión que de ella haga el legislador, o bien por la intención que tengan los interesados para crearla; mientras que el segundo grado, tiene lugar en el

⁵⁶ BONNECASE, Julien, *op. cit.* pp. 745-749.

instante mismo en que el deudor la reconoce pagándola o confirmándola. De darse este supuesto la obligación natural muere para que tenga cabida el nacimiento de una obligación civil o, si se prefiere, la obligación natural muere y resucita como obligación civil.

Es así como el nacimiento —civil— de una obligación natural está sujeto a un acto que depende del propio deudor, el pago. Mismo fenómeno que se presenta en los contratos reales en el entendido de que estos únicamente nacen como tales a la vida jurídica si el deudor entrega la cosa objeto del mismo. Por ello, Bonnecase, aplicando la técnica jurídica, sostiene que la obligación natural no es más que una obligación bajo condición potestativa: es condicional, porque el pago por parte del deudor es un acontecimiento incierto; de tal manera que si este no se realiza —como en toda obligación bajo condición suspensiva— no llega a nacer el derecho del acreedor y; es potestativa, porque legalmente el deudor no está constreñido a hacerlo, es decir, es un acto con efectos jurídicos que queda bajo su estricta discreción.

Nadie dudará de que una vez realizada la condición la obligación será perfecta, tampoco de que antes de que esta se realice no se trata de un deber moral, sino de una noción técnica que sigue el mismo proceso de convalidación de las obligaciones anulables.⁵⁷

Esto se demuestra, dice el autor de referencia, con la prescripción del citado artículo 1235 que no admite la repetición respecto del pago de una obligación natural, bajo la lógica de que si el pago es válido es porque aquella existe.

VI. PROPUESTA ACERCA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA MASA HEREDITARIA

Para comenzar hemos de precisar que consideramos incorrectas aquellas posiciones que sugieren un punto intermedio entre derechos reales y derechos personales, atribuyéndole al derecho a la masa hereditaria una naturaleza *sui generis*. La lógica y estructura del Derecho civil contemporáneo están ideadas bajo una concepción bipartita. Quizá la dicotomía más emblemática, en cuanto a los destinatarios de la norma, sea: persona/bien. Estos son elementos irreductibles, es decir, no hay otra categoría jurídica que pueda ser objeto de regulación por el Derecho común que esté por debajo de ellos, lo cual no es impedimento para que los mismos puedan ser clasificados y subclasificados. En otras palabras, los destinatarios últimos del Derecho

⁵⁷ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *op. cit.*, p. 27.

civil son las personas y los bienes, no hay más realidades jurídicas que esas: se es persona, o se es bien. De tal modo que sería absurdo postular, por un lado, una categoría intermedia, algo así como una *semipersona* o un *semi-bien*; que en todo caso se podría justificar bajo la expresión *sui generis* y; por otro, que en determinadas situaciones la persona se puede convertir en bien, o a la inversa. Como ejemplo de estos absurdos estaría el alegar que el concebido no nacido —por su estatus jurídico particular—, o que los animales —por la novedosa efervescencia de su protección— son *semipersonas* o; de igual manera, que los bienes futuros —por las previsiones legales particulares—, o que la expectativa de derecho que tiene un heredero sobre la herencia son *semibienes*. Lo anterior realmente es ridículo.

Esta explicación también cabida en tratándose de las fuentes de las obligaciones. La dicotomía más ilustrativa en este sentido es: acto/hecho. Aun cuando reconocemos, como Bonnetcase, que la fuente última de las obligaciones es la ley —precisamente porque ella es quien establece las consecuencias de derecho—, no cabe duda que el legislador se vale de esos elementos concretos e irreductibles para encuadrar todo tipo de relaciones jurídicas. De esta forma, lo que se ha dicho antes tiene plena vigencia en este punto, en términos generales: no hay una categoría jurídica inferior a esas, ni una que pueda estar en medio. En suma, en el Derecho de las obligaciones no hay más realidades jurídicas que los actos y los hechos jurídicos.

La misma lógica y estructura bipartitas tiene lugar en los derechos subjetivos privados. La dicotomía irreductible en este caso es: derecho real/derecho personal. Si retomamos la definición de derecho subjetivo de Windscheid —a la que nos hemos adherido metodológicamente— ese poder o señorío de la voluntad de que habla se predica, sin otra opción jurídicamente viable, sobre los cuatro elementos ya mencionados: si es sobre bienes, toma el nombre de derecho real y; si es sobre personas, se le denomina derecho personal; siendo la fuente o causa jurídicas en uno y otro caso, ya un acto, ya hecho jurídicos. De tal suerte que no hay un derecho intermedio —*sui generis*— que sea parte real y parte personal, ni tampoco una causa o motivo jurídico que verdaderamente dé lugar a la transformación de real a personal, o a la inversa. Consecuentemente, no hay más realidades jurídicas que las ya mencionadas, es decir, no hay una categoría diferente que sea inferior o intermedia y; es posible su clasificación y subclasificación.

Lo anterior nos obliga a definir la naturaleza del derecho a la masa hereditaria como derecho real o como derecho personal sin ambigüedades.

Una primera aproximación, de tipo lingüístico, puede ser la siguiente. Si el artículo 1288 del CCDF dispone que: "...los herederos adquieren derecho a la masa hereditaria como a un patrimonio común...", entonces debe en-

tenderse que se trata de un derecho personal toda vez que la expresión utilizada por el legislador es *derecho a* y no *derecho sobre*. A nuestro juicio, esta interpretación subsana el hecho de que —como lo hemos postulado en el numeral 3) del apartado tercero de este trabajo— no es posible que el derecho real tenga como objeto una universalidad jurídica; sin embargo, al mismo tiempo plantea un cuestionamiento: ¿por qué está previsto en el artículo 1292 del CCDF a favor de los coherederos un derecho preferencial que es propio y exclusivo de los derechos reales?⁵⁸ En este escenario caben dos posibilidades: que el legislador refiriéndose al derecho a la herencia como un derecho personal haya querido revestirlo con el derecho del tanto (un derecho personal con característica del real) —en este caso sería la única excepción prevista en el código— o; por el contrario, que esta aproximación lingüística sea equívoca y que en realidad se trata de un derecho real.

La misma situación se presenta, casi a modo de espejo, en relación a la sociedad conyugal con la salvedad de que esta no es una universalidad jurídica.⁵⁹ Si se acepta que los bienes que forman parte de dicho régimen comportan una *universitas iuris*, entonces por coherencia se tendría que aceptar que una persona tiene dos patrimonios: uno, que comprende los bienes adquiridos antes del matrimonio o, incluso aquellos que se adquieren durante el mismo pero que por disposición legal, al no haber pacto en contra, no forman parte de él (artículo 182 Quintus del CCDF) y; otro, que se integra por todos los demás bienes adquiridos dentro del matrimonio. Fácilmente se deduce que esta idea no es compatible con la teoría del patrimonio-personalidad que adopta nuestro ordenamiento civil. De tal modo que la sociedad conyugal al no ser una universalidad jurídica, sí cabe afirmar que los cónyuges son copropietarios de los bienes específicos y determinados que la integran. Pero en este supuesto surge una disyuntiva: ¿por qué no se prevé el derecho del tanto? Las posibilidades de igual manera son dos: que el legislador considere que los cónyuges son copropietarios de los bienes adquiridos durante el matrimonio, pero que no haya querido dotarles del derecho del tanto (un derecho real con característica de personal) —en este caso también sería la única excepción prevista en el código— o; por el contrario, que esta interpretación no sea la correcta y que en realidad se trata de un derecho personal.

⁵⁸ Cfr. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil. Parte General*, op. cit., pp. 380 y 383. Vid. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil. Contratos*, 3a. ed., Porrúa, México, 2007, p. 299.

⁵⁹ De la Mata Pizaña y Garzón Jiménez consideran que la sociedad conyugal forma una universalidad jurídica. Vid. cita 10, *supra*.

Así, el problema a resolver en este trabajo ha quedado expuesto.

La solución aparentemente menos problemática sería la de considerar que el derecho a la herencia es un derecho personal. El factor determinante para tomar esta postura radica en el hecho de que la masa hereditaria es una universalidad jurídica, es decir, esta situación descarta la posibilidad de que se trate de un derecho real. Argumentativamente es más fácil demostrar que el legislador estimó pertinente establecer el derecho del tanto para los coherederos —sobre todo cuando la fuente de ese derecho solamente puede serlo la ley—, que defender la idea de predicar el derecho real de propiedad sobre una universalidad jurídica. En este orden de ideas, el derecho de los coherederos consiste en tener una participación en caso de liquidación, lo que jurídicamente se denomina cuota. Así, llegada la liquidación del acervo hereditario cada coheredero deja de tener derecho a esa universalidad en función de su cuota para adquirir un derecho real sobre bienes determinados. Hemos de confesar que esta solución es atractiva —por simple—, pero no es del todo técnica. Como ya quedó dicho no concebimos la posibilidad de que un derecho personal se transforme —por cualquier motivo y, en este caso, en virtud de un acto jurídico denominado liquidación— en un derecho real. Y, por otro lado, si los herederos en principio son titulares de un derecho personal ¿quién es el deudor? ¿Contra quién o quiénes puede ejercitar la facultad de exigir de la que tanto hemos hablado?

Otras alternativas, como considerar que la masa hereditaria es una comunidad de bienes en mano común y, por tanto, tiene una naturaleza *sui generis* (Kipp); o que se trata de una comunidad que se rige tanto por las normas particulares en materia sucesoria y por las normas generales de la copropiedad y; por ende, es una modalidad de la copropiedad (Albaladejo) o; incluso que es un tipo de copropiedad especial (Rojina Villegas), tampoco las estimamos viables.

De las anteriores, quizá la más que pudiésemos considerar con mayor viabilidad es la segunda, es decir, que se trata de una modalidad de la copropiedad. Sin embargo, hay dos argumentos contundentes que la descartan. En primer lugar, las modalidades de la propiedad las establece —expresamente— la ley (artículos 27 párrafo cuarto de la Constitución y 830 del CCDF), y si esto es así para la propiedad, con mayor razón para los demás derechos reales, si es que las hay. En este sentido, no encontramos disposición legal que nos permita asegurar que la masa hereditaria tiene ese carácter. Y, en segundo lugar, las modalidades de la propiedad hoy conocidas, por ejemplo, el régimen de propiedad y condominio, y la copropiedad no entrañan una situación: a) permanente —ello no indica que sea perpetua, pues en ambos casos se puede dar por terminada, en el primer caso, por extinción y, en el

segundo, por disolución—; b) sobre bienes determinados y; c) consecuentemente, protegidos por las acciones persecutoria y de preferencia. Por tanto, descartamos esta posibilidad.

Otras opciones, más del tipo técnico-legal, son: a) aquellas que considerar que es un derecho personal, ya que el CCDF no le reconoce el carácter de derecho real;⁶⁰ b) que es un derecho personal, en razón de que el CCDF regula la cesión del derecho a la herencia en el capítulo de cesión de los derechos de crédito;⁶¹ c) que es un derecho real, ya que el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal la acción de petición de herencia es una acción real⁶² y; d) es un derecho real, pues si fuera personal estaría sujeto a la regla general de prescripción negativa de los derechos personales;⁶³ entre otras.

Visto lo anterior, ha llegado el momento que tenemos que develar nuestra propuesta y para ello hay que reconocer la semejanza que, desde la estructura lógica-jurídica, existe entre la obligación natural y el derecho a la masa hereditaria.

⁶⁰ Desde nuestro punto de vista, la tesis de *numerus clausus* en tratándose de derechos reales tiene mayor fuerza que la postura contraria —de *numerus apertus*—; sin embargo, si aceptáramos esta postura nos obligaría a cuestionarnos lo siguiente: ¿quién sería el deudor en esta relación jurídica? Como sabemos, cualquier relación de crédito está constituida por un deudor y un acreedor, ya sea determinado o determinable, pero siempre deben existir estos sujetos en la relación jurídica para que se considere como tal, además del vínculo jurídico de la relación. No consideramos adecuado explicar que “la sucesión” es el deudor, pues es sabido que la sucesión no tiene personalidad. Entonces, ¿son los herederos? Estimamos que no, ya que no se explicaría que los herederos fueran deudores y a la vez acreedores en la relación jurídica, daría lugar un modo de extinción de las obligaciones llamado confusión. ¿Pudiera ser entonces el albacea? Tampoco lo es, ya que este ejerce un cargo que tiene, entre otras funciones, la de administrar el patrimonio en liquidación.

⁶¹ Al respecto, consideramos que atribuir la naturaleza de este derecho atendiendo a la ubicación topográfica en el cual se encuentra regulado algún aspecto del mismo nos parece muy aventurado. Para determinar la naturaleza del mismo debemos atender a su contenido y no propiamente a lugar en que se encuentra regulado, ya que muchas de las veces nuestra legislación no es del todo sistemática en cuanto a su regulación y el lugar en donde se ubican sus disposiciones.

⁶² ¿Podríamos determinar el carácter de derecho real o personal desde el punto de vista procesal? Desde nuestro punto de vista no. Además, parece que el propio artículo 3 del citado código hace una sutil distinción respecto de las acciones reales consientes en lo relativo a la herencia y los derechos reales; es decir, que no las equipara, sino que por el contrario reconoce que no son propiamente lo mismo.

⁶³ La prescripción es una de las diferencias principales entre los derechos de crédito y los derechos reales. Aceptando este criterio diferenciador, que puede ser objeto de crítica, ¿sería suficiente este argumento para sostener la naturaleza real del derecho a la herencia? Nos parece que si bien el argumento es interesante, no es del todo contundente para determinar la naturaleza jurídica de la figura que cuyo objeto nos compete.

Un primer punto de contacto estriba en que la primera está desprovista de *acción*, es decir, no confieren ningún medio coercitivo al acreedor que pueda emprender en contra del deudor y; en el segundo, no hay *disposición* particular, es decir, los herederos no tienen el derecho de disposición sobre los bienes o derechos que integran la masa hereditaria. Veamos a detalle en qué consiste la semejanza apuntada. En el primer caso, lo que distingue la obligación civil de la obligación natural es, efectivamente, la previsión legal de una acción. Lo más importante para el acreedor, además de obtener el cumplimiento espontáneo del deudor en la forma y términos convenidos, es que pueda acudir al Estado en caso de incumplimiento de aquél. Y, en el segundo caso, lo que permite distinguir un derecho subjetivo de otro es la posibilidad de disposición sobre el objeto. Lo más importante para el propietario de un bien es que pueda disponer de él. En suma, en la obligación natural no hay acción y, en la masa hereditaria, no hay disposición.

Al respecto, la pregunta que de inmediato se presenta es: ¿qué relación existe entre acción y disposición? ¿Por qué relacionar obligación natural y masa hereditaria?

La exposición que hemos hecho en el apartado quinto del presente trabajo se justifica en esta parte, pues nos ha permitido conocer y comprender la obligación natural. Como se advirtió en su momento, de todas las teorías que se han esgrimido la que realmente nos puede ayudar para responder las preguntas planteadas es la teoría de Bonnecase.

Recordemos que él afirma que hay dos tipos de obligaciones: a) las civiles perfectas, llamadas así porque están provistas de todos los órganos y mecanismos jurídicos indispensables para su existencia y eficacia y; b) las civiles virtuales, consideradas de este modo porque “aspiran” llegar a la vida civil. A estas últimas —las obligaciones naturales— les da un tratamiento de obligaciones civiles imperfectas o condicionales, pues dependen de un acto del propio deudor, el pago.⁶⁴

En este sentido, nosotros sostenemos que el derecho que tienen los herederos a la masa hereditaria es un *derecho real imperfecto* que “aspira” a ser un derecho real en plenitud, de igual manera en que una obligación natural

⁶⁴ A propósito de ello, vale la pena volver a citar lo siguiente: Bonnecase, aplicando la técnica jurídica, sostiene que la obligación natural no es más que una obligación bajo condición potestativa: es condicional, porque el pago por parte del deudor es un acontecimiento incierto; de tal manera que si este no se realiza —como en toda obligación bajo condición suspensiva— no llega a nacer el derecho del acreedor y; es potestativa, porque legalmente el deudor no está constreñido a hacerlo, es decir, es un acto con efectos jurídicos que queda bajo su estricta discreción.

“aspira” a ser civil. Así como la obligación natural está sujeta a la conducta del deudor (condición), el derecho pleno de los herederos está sujeto a la liquidación y adjudicación (término).

Para explicar nuestra propuesta primero presentaremos los argumentos de por qué se trata de un derecho real:

Primero.—Desde el momento en que fallece el autor de la sucesión los herederos tienen un poder jurídico sobre la masa hereditaria, el cual no se modifica en ningún momento. Si, como ha quedado dicho, la diferencia entre un derecho real y otro no radica en el poder jurídico, pues en todo caso es el mismo (un poder abstracto); de igual manera, el poder de los herederos sobre la herencia no se modifica posteriormente en virtud de la liquidación y adjudicación.⁶⁵

Segundo.—Las facultades de usar, gozar y disponer que derivan de ese poder jurídico son las que nos permiten establecer las diferencias entre derechos reales, ya que se pueden tener todas o solo alguna de ellas, sin que ello modifique la naturaleza del derecho.

En este sentido, lo que sí varía en tratándose de los herederos es el tipo de facultades que pueden ejercitar. A la muerte del autor de la sucesión, de acuerdo con las previsiones legales correspondientes, pueden usar y gozar; pero no pueden disponer. Esta facultad la adquieren una vez que ha tenido lugar la adjudicación en razón de la masa hereditaria es una universalidad jurídica, y hasta que no se adjudiquen los bienes, es decir, se determine lo que le corresponde a cada heredero, no tienen cabida los actos dispositivos particulares.

Tercero.—Para la existencia del poder jurídico de los herederos a la masa hereditaria no depende ni queda sujeto a la manifestación de la voluntad de estos. Es un derecho que no se extingue por prescripción.⁶⁶

Cuarto.—El derecho de los herederos a la masa hereditaria es oponible a terceros. En relación con los bienes inmuebles, la misma protección ofrece que el Registro Público al titular registral (*de cuius*) con motivo de la inscripción de su derecho es la que tienen todos los herederos, de tal modo que

⁶⁵ Al respecto, podría pensarse que la repudiación sí afecta o modifica el poder adquirido. En realidad, en todos los casos, independientemente a que se trate de derechos reales o personales, los herederos adquieren la herencia de la siguiente manera: la adquiere bajo condición resolutoria negativa; es decir, si se da la no aceptación —el repudio— se cumple la condición y se resuelve retroactivamente la condición de heredero.

⁶⁶ En este punto vale la pena recordar lo que hemos afirmado en nota a pie de página: el derecho a la herencia no debe ser confundido con el *ius delationis*. Este, por ejemplo, sí se extingue por prescripción (artículo 1652 del CCDF).

estos no pueden ser perturbados en el aprovechamiento de los bienes que componen la masa hereditaria; por tanto, pueden ejercitar —a través del albacea— las acciones necesarias para perseguir y recuperar los bienes. Lo anterior sin perjuicio de que hecha la partición y adjudicación, cada heredero deba de inscribir su derecho sobre los bienes adjudicados.

En tratándose de bienes muebles que no requieren publicidad alguna, el albacea también pueden ejercitar las acciones ya mencionadas.

En este sentido podría pensarse que hay una contradicción entre lo dicho en el numeral 4) del apartado tercero con lo aquí apuntado, pues en aquél momento se dijo que precisamente porque el objeto del derecho real es una cosa individualizada es que tienen cabida las acciones persecutoria y de preferencia; sin embargo, véase que antes de la adjudicación esas acciones —que forzosamente se refieren a bienes determinados— deben ejercitarse por el albacea en razón de su obligación de defender los bienes y derechos que componen la masa hereditaria, pero una vez adjudicados los bienes esas acciones únicamente pueden emprenderse por el titular del derecho.

Ahora explicaremos por qué es imperfecto:

Primero.—Los herederos no son ni están llamados a ser usufructuarios de la masa hereditaria.⁶⁷ Es decir, que a la muerte del *de cuius* no puedan disponer de la herencia, no los convierte en una especie de usufructuarios, ni significa que no *estén llamados* a adquirir esa facultad.

De este modo, la adjudicación no es el acto que transforma un derecho real usufructo en un derecho real de propiedad, pues aquél nunca existió, a diferencia de este que siempre ha estado presente, aunque de manera incompleta.

Segundo.—El poder jurídico no lo ejercen los herederos de manera directa e inmediata sobre la masa hereditaria, sino que requieren de la participación de un tercero, el albacea. Como ejemplos podemos citar diversos artículos del CCDF: 1408, en lo relacionado con la posesión de los bienes; 1705, en cuanto al ejercicio de las acciones; 1706, fracción VII, por lo hace a la defensa de la herencia; 1707, en lo que se refiere a la distribución de los productos de la herencia; etc.

Tercero.—El objeto del derecho real es una cosa individualmente determinada, en tanto que la masa hereditaria es una *universitas iuris*; sin embargo, es una universalidad con vocación de determinación, es decir, es una

⁶⁷ En materia sucesoria cuando el legislador le quiere dar el carácter de usufructuario a los causahabientes así lo ha dejado expresamente establecido. El único caso previsto está en el artículo 1366 del CCDF para el legado sujeto a término.

universalidad transitoria, no permanente como la llamada “prenda general tácita” o “principio de responsabilidad patrimonial”.

Todo lo anterior nos permite concluir puntualmente que el derecho que tienen los herederos a la masa hereditaria es un *derecho real imperfecto* y, más concretamente que es un derecho real de propiedad imperfecto; pues si el testador —en caso de ser testamentaria— o la ley no disponen en particular que se trate de otro derecho real, será entonces el de la propiedad. La imperfecto que afecta el derecho, la cual ha quedado ya expuesta, es del todo subsanable. Todo acervo hereditario tarde que temprano será liquidado, por ende, es una imperfección transitoria. Así como el pago en la obligación natural, según Bonnacase, hace que una obligación imperfecta se perfecciona; en el derecho a la herencia, la liquidación y adjudicación de los bienes subsana el derecho de los herederos.

LA PARTICIPACIÓN DE LOS COLEGIOS E INSTITUCIONES NOTARIALES EN LA DEONTOLOGÍA

Javier Pérez Almaraz



Escribir un breve ensayo como parte de los trabajos que se han preparado para hacer un merecidísimo reconocimiento al doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, es para mí un gran honor.

Ser amigo de Jorge Domínguez, notario cuya disciplina, preparación, ética y orden, están fuera de toda duda, es un privilegio del que algunos gozamos.

Por ello, me pareció conveniente hacer en este trabajo algunas referencias a la ética y más concretamente a la deontología en el medio notarial, elementos tanto o más importantes que el conocimiento y el dominio de los aspectos técnicos de la ciencia notarial.

Agradezco mucho al notario Ángel Gilberto Adame López, coordinador de estos trabajos, por haberme incluido en este reconocimiento, desde luego justo y merecido.

I. BREVES REFERENCIAS A LA ÉTICA Y A LA MORAL

Es frecuente escuchar y leer que en todas las profesiones la capacitación y la actualización son primordiales, algo que desde luego es cierto y que en la actividad notarial se hace imperioso, pues no solo hablamos en este caso del mero ejercicio profesional, que ya de suyo es importante y útil para la sociedad, sino, en nuestro caso, de una función pública que se traduce en un servicio público, en el que va implícita la coadyuvancia notarial con muy diversas instituciones y autoridades, además de la consecuente responsabilidad y necesidad de estar preparados.

Sin embargo, no debe soslayarse otro aspecto que, en mi opinión, si se reflexiona, resulta tanto o más importante que el del ejercicio técnico de la función notarial, que es, en pocas palabras, el del correcto y limpio desempeño del notario, deontológicamente visto.

Efectivamente, la labor notarial no está completa solo por decir que un notario hace bien sus escrituras, porque calcula y entera correcta y oportunamente los impuestos o porque presenta los avisos y declaraciones y maneja ordenadamente su oficina.

Se requiere, además, y ese es el objeto de este breve ensayo, que su actuación esté alejada de ambición desmedida pero cercana a la prudencia, al conocimiento y a la técnica jurídica; alejada de la competencia desleal con sus pares, pero cercana a los solicitantes de sus servicios que requieren de su asesoría y de su consejo.

Ahora bien, aun cuando en el lenguaje coloquial con frecuencia se consideran sinónimos las palabras ética y moral, es conveniente precisar que tienen diferencias, no obstante que están estrechamente vinculadas. Bien dice el maestro Adolfo Sánchez Vázquez que “La moral solo puede surgir —y surge efectivamente— cuando el hombre deja atrás su naturaleza puramente natural, instintiva, y tiene ya una naturaleza social; es decir, cuando ya forma parte de una colectividad (*gens*, varias familias emparentadas entre sí, o tribu, constituida por varias *gens*) ...”.¹

Cuando hablamos de conciencia, inevitablemente tenemos que hacer referencia a la calificación o a la valoración de los vicios o defectos y de las cualidades o virtudes.

Socialmente, reconocemos, exaltamos y elogiamos el valor, la disciplina, el amor y la honestidad, entre otros valores de índole moral y condenamos y despreciamos el egoísmo, la hipocresía y la ambición desmedida. Recordemos que:

A diferencia de los problemas práctico-morales, los éticos se caracterizan por su generalidad. Si al individuo concreto se le plantea en la vida real una situación dada, el problema de cómo actuar de manera que su acción pueda ser buena, o sea, valiosa moralmente, tendrá que resolverlo por sí mismo con ayuda de una norma que él reconoce y acepta íntimamente. Será inútil que recurra a la ética con la esperanza de encontrar en ella lo que debe hacer en cada situación concreta.²

Recordemos, como señala el propio maestro Sánchez Vázquez que “Los problemas éticos se caracterizan por su generalidad, y esto los distingue de los problemas morales de la vida cotidiana, que son los que nos plantean las situaciones concretas...”.³

¹ SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo, *Ética*, Grijalbo, México, 1974, p. 29.

² *Ibidem*, p. 11.

³ SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo, *op. cit.*, p. 13.

Decía la actriz francesa Jeanne Moreau que “la moral es lo que nos permite ser fieles a nosotros mismos”.

Así pues, tomemos en cuenta que:

las reglas morales son concebidas como aquello que tiene su razón de ser en la justificación de nuestro actuar; y se deducen de la naturaleza racional y espiritual del hombre. Por lo mismo propician su recto obrar, que consiste en la rectitud de la voluntad y en la claridad de los principios. Al mismo tiempo, son criterios que refuerzan los juicios de valor que se externan sobre la realización de ciertas acciones. Sin embargo, igual que la moral, son algo cambiante, y de hecho han cambiado; pero en el fondo se mantiene una aspiración común: la aspiración al bien...⁴

Un buen concepto de lo que debemos entender por moral, lo da brevemente Sánchez Vázquez: “...la moral es un conjunto de normas aceptadas libre y conscientemente, que regulan la conducta individual y social de los hombres”.⁵

Ahora bien, ¿existen diferencias entre la ética y la moral? Parece imprescindible, antes de tratar aspectos de la deontología notarial señalar que la ética es la ciencia del comportamiento moral de los hombres en la sociedad y que la moral no es ciencia, sino objeto de la ciencia, de tal manera que la mayoría de los tratadistas coinciden en que la ética es la ciencia de la moral.

Al efecto dice Miguel Villoro que:

la ética sería, pues, de acuerdo con el sentido etimológico, una teoría de las costumbres. Pero no de cualquier costumbre, sino solo de aquellas que un determinado pueblo considera obligatorias por ser las conductas que están de acuerdo con la moralidad positiva imperante en ese mismo pueblo en una época determinada.⁶

Si de acuerdo con el autor, la ética es una teoría o ciencia de las conductas que determinada sociedad considera son compatibles con la moralidad positiva, entonces es importante tener un concepto de ésta última: “La moralidad positiva sería la moral que se practica, que se vive en un determinado tiempo, no los ideales elevados de que se habla, sino las conductas que de hecho se exigen”.⁷

⁴ RUIZ RODRÍGUEZ, Virgilio, *Ética y Deontología Jurídica*, Editorial Porrúa, México, 2013, p. 126.

⁵ SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo, *op. cit.*, p. 49.

⁶ VILLORO TORANZO, Miguel, *Deontología Jurídica*, Universidad Iberoamericana, México, 1987, pp. 9 y 10.

⁷ VILLORO TORANZO, Miguel, *op. cit.*, p. 10.

La moral, en cambio, tiene por objeto de estudio las conductas que idealmente debe seguir el ser humano si se quiere desarrollar íntegramente como tal. La moral señala ideales de perfección. No es una disciplina empírica, pues esos ideales no pueden ser conocidos por la mera experiencia. Tampoco es descriptiva, pues no se concentra en lo que pasa, sino en lo que debe pasar.⁸

Es muy importante, entonces, tomar en cuenta estos conceptos, especialmente desde una perspectiva social, es decir, cuando estamos en presencia de la relación profesional o no, de unas personas con otras, que desde luego, respecto de una misma situación y en la misma época pueden calificar de manera distinta determinados acontecimientos o conductas, en ciertos casos como progreso y en otros, como decadencia moral.

Dice al efecto Sánchez Vázquez que:

el progreso moral se mide, en primer lugar, por la ampliación de la esfera moral en la vida social. Esta ampliación se pone de manifiesto al ser reguladas moralmente relaciones entre los individuos que antes se regían por normas externas (como las del derecho, la costumbre, etc.).⁹

El progreso moral se determina, en segundo lugar, por la elevación del carácter consciente y libre de la conducta de los individuos o de los grupos sociales y, en consecuencia, por la elevación de la responsabilidad de dichos individuos o grupos en su comportamiento moral. ...Una sociedad es tanto más rica moralmente cuanto más posibilidades ofrece a sus miembros para que asuman la responsabilidad personal o colectiva de sus actos; es decir, cuanto más amplio sea el margen que se les ofrece para aceptar consciente y libremente las normas que regulan sus relaciones con los demás.¹⁰

II. REFERENCIAS A LA DEONTOLOGÍA PROFESIONAL

Al citar al filósofo inglés Jeremías Bentham, señala Miguel Villoro que la palabra deontología, etimológicamente viene del griego *deon* que significa deber y *logos* que es el razonamiento, la ciencia, o el tratado; consecuentemente la deontología es la ciencia o la disciplina que estudia los deberes.

Asociamos entonces necesariamente, el término deontología, con los deberes no regulados en las leyes, que deben cumplirse en determinada profesión.

Por supuesto, son las leyes y reglamentos los que describen o tipifican los delitos, las faltas y los abusos, sancionando al infractor de la norma en

⁸ *Idem.*

⁹ SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo, *op. cit.*, p. 45.

¹⁰ *Idem.*

función de la gravedad de su conducta, pero lo que en realidad tiene relevancia, para mejorar de manera evidente esta última, es decir, la conducta, es la deontología profesional que generalmente es ideada y aplicada por los propios profesionales en una primera instancia y si esa conducta indebida es además, violatoria de normas legales, entonces será la autoridad quien deba intervenir en un segundo momento o segunda etapa.

Señala Bernardo Pérez Fernández del Castillo, que:

las obligaciones éticas o morales de los profesionales se han sintetizado en forma simplificada en los llamados juramentos (Hipócrates), decálogos (Couture) o códigos de conducta, como el de la Barra de Abogados o del Colegio de Notarios del Distrito Federal. En todos ellos se ha buscado regular el comportamiento ético y las obligaciones de los profesionistas; sin embargo, la deontología es una ciencia que no solo se apoya en la ética, sino también en las leyes que un país ha promulgado sobre las obligaciones jurídicas de las distintas profesiones.¹¹

Un aspecto que es importante destacar, pues el presente ensayo está dirigido al ejercicio profesional del notario, es que no obstante que la obra citada del maestro Sánchez Vázquez está orientada a la ética y a la moral más que a la deontología profesional, dicho autor reconoce que el ámbito jurídico es el más estrechamente ligado a la moral, cuando afirma que “De todas las formas de comportamiento humano, el jurídico o legal (derecho) es el que se relaciona más estrechamente con el moral, ya que ambos se hayan sujetos a normas que regulan las relaciones de los hombres”.¹²

Contrario a lo que ocurre con la ética como la ciencia de la moral y así se señala en el apartado anterior, la deontología profesional tiene un origen distinto al de los estudios o la investigación científica; dice al efecto Villoro Toranzo “las deontologías profesionales no han nacido de las mentes de filósofos o de moralistas, sino que han sido elaboradas por asociaciones de profesionales para regular las conductas de sus miembros. Solo después han llegado filósofos y moralistas a explicarlas y ampliarlas”.¹³

La deontología profesional no debe de ninguna manera ser considerada de forma despectiva, como un mero catálogo de buenas intenciones al que le ponemos un marco para colgarlo en nuestro despacho, tampoco como un reglamento o estatuto de alguna asociación que afilia a personas que tienen algún interés común.

¹¹ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Deontología Notarial. Ética del notario y del aspirante*, Editorial Porrúa, México, 2008, p. IX.

¹² SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo, *op. cit.*, p. 77.

¹³ VILLORO TORANZO, Miguel, *op. cit.*, p. 8.

Dice Villoro que:

las Deontologías profesionales están inspiradas por los ideales propios de la respectiva profesión, ideales de servicio social que inevitablemente tienen un alto contenido moral. Pero, en general, las Deontologías profesionales se presentan como válidas a sus miembros, no por ser parte de una Moral, sino por ser las reglas que hay que acatar para militar dignamente en una profesión...¹⁴

Para entender de mejor manera la justificación de la deontología y la creación y puesta en vigor de códigos de ética o códigos de conducta en distintos ámbitos profesionales, es necesario recordar que esos ordenamientos deben siempre ajustarse y actualizarse en función de varios factores: el tipo de profesión de que se trate, el lugar del mundo en que se practique y la forma de ser, más estricta o más relajada, de la comunidad en la que se desempeña el profesional, pues de otro modo esos ordenamientos pueden convertirse en documentos inaplicables y obsoletos a los que ningún profesional dé importancia y mucho menos respete.

Es así que, nuevamente citando a Villoro Toranzo, es necesario tomar en cuenta, no únicamente a la moral como un ideal de perfección en el plano personal e íntimo, sino a lo que dicho autor denomina la moralidad positiva. “La moralidad positiva sería la moral que se practica, que se vive, en un determinado tiempo, no los ideales elevados de que se habla, sino las conductas que de hecho se exigen...”¹⁵

En efecto, las deontologías profesionales se alimentan antes que nada de las moralidades positivas de los respectivos subgrupos profesionales, así como de la moralidad en vigor en todo el grupo social. Pero no únicamente. También tienen como fuente la Moral predominante tanto en los subgrupos profesionales como en el grupo social.¹⁶

La Deontología no constituye una disciplina aparte, sino que, según los casos, es Ética o es Moral. Si se distingue de ellas, no es por el contenido de sus reglas, sino por la finalidad muy clara de servirse de esas reglas para establecer un modelo de conducta que deben acatar los miembros de una profesión.¹⁷

Si pensamos entonces en la profesión notarial como la concebimos en México, no podemos soslayar que el notario, además de ser un profesional

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ *Ibidem*, p. 10.

¹⁶ *Ibidem*, p. 12.

¹⁷ *Idem.*

del derecho, conlleva en su actividad una responsabilidad adicional de suma trascendencia en nuestro sistema jurídico, que es el ejercicio de la fe pública.

Dicho de otro modo, ese ejercicio de la fe pública tiene, entre otras consecuencias, la de considerar verdadero todo documento redactado y autorizado por el notario, en tanto no se demuestre lo contrario ante un tribunal y así lo resuelva éste.

Aunada a esa presunción de verdad jurídica, la actividad notarial implica el hecho de que el notario es un profesional del derecho que ejerce una función pública al fungir como coadyuvante de la administración o, mejor dicho, de la impartición de justicia y ser además un auxiliar de la autoridad en muchos rubros, sin que ello implique costos para el erario público ni genere burocracia, con el consecuente gasto público.

No puede despreciarse de todos modos, que la profesión notarial implica siempre estar situado en un lugar notorio de la actividad jurídica del país, que muchos notarios no solo se dedican a lo que es estrictamente su actividad, sino también son profesores en universidades y escuelas de derecho, son escritores de libros, ensayos y artículos jurídicos, son consejeros profesionales y participan, a veces de manera intensa, en la vida social, altruista y política de muchas regiones de la República.

Ello no debe implicar nunca la estrecha relación que tiene la actividad notarial, por ser una actividad pública y por las responsabilidades que conlleva, con la moral y dicho de manera coloquial, con el ejercicio correcto de la profesión.

Al efecto dice Pérez Fernández Del Castillo: “El notariado se encuentra unido tan estrechamente a la moral, que no puede entenderse aquel sin ésta. Así se ha reconocido hasta nuestros días en todos los pueblos de tradición grecorromana y las legislaciones notariales”.¹⁸

Señala también el propio autor: “Los ataques a la institución han existido siempre, a veces en forma justificada, otras han sido producto de envidia. También ha sido motivo de alabanza y consideración”.¹⁹

Si bien es cierto que los ataques de que habla Bernardo Pérez Fernández Del Castillo son una constante, también lo es que en aras de la autocrítica debe reconocerse que en muchos casos existe ambición desmedida, falta de vocación profesional y competencia desleal, para conseguir clientes y asuntos que en buena lid no se concretarían, pero que en la realidad prosperan, no solo con un servicio eficiente y profesional, sino además con prácticas

¹⁸ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *op. cit.*, p. X.

¹⁹ *Ibidem*, p. XI.

corruptas y con constantes violaciones al arancel que rige el cobro de los honorarios.

A propósito de esa autocrítica que nunca debe perderse, señala Pérez Fernández Del Castillo:

No obstante, debemos reconocer que hoy en día el comportamiento de algunos notarios no corresponde a esa tradición. En aras de un beneficio personal, en ocasiones se olvidan del respeto que ella merece y traicionan los principios que la acrisolan, usufructuando el esfuerzo y empeño histórico de múltiples generaciones y personalidades que la cimentaron.²⁰

Sucede también, que concedores de su posición, otros más se llenan de soberbia, menospreciando los conocimientos de otros profesionales como si el prestigio logrado resultase producto de su actuación y no del constante esfuerzo de colegas que con humildad y sabiduría lo construyeron.²¹

Por ello bien dice el autor citado que los grupos profesionales se han organizado y actúan para defender la actividad y procurar el buen comportamiento, apegado a la moralidad positiva en el actuar cotidiano.

“Los colegios y asociaciones de profesionales, que tienen orígenes antiquísimos y de noble tradición, han respondido invariablemente a una necesidad de unión, defensa y mejoramiento científico, práctico y ético de sus asociados”.²²

Sabemos entonces, que, para cualquier grupo profesional, no solo es conveniente, sino que se vuelve necesario darle importancia a la deontología para preservar el prestigio y para calificar la actuación de los compañeros de profesión.

Si esta premisa de contar con principios y códigos deontológicos la llevamos al campo jurídico, son de tomar en cuenta de manera fundamental, los análisis de Villoro Toranzo, cuando afirma por ejemplo que “... la finalidad principal de la deontología jurídica es informar lo que es lícito o ilícito en la práctica de la profesión del abogado al servicio de la justicia”.²³

Añade también el propio autor: “El fin principal de toda deontología profesional consiste en aclarar los compromisos de servicio que se adquieren al abrazar una profesión, precisar el alcance de los mismos y, cuando

²⁰ *Ibidem*, p. 12.

²¹ *Idem*.

²² *Ibidem*, p. 65.

²³ VILLORO TORANZO, Miguel, *op. cit.*, p. 19.

éstos son violados, reprochar y hasta sancionar a aquel profesional que demostró no estar a la altura de su misión social”.²⁴

Aunque el presente trabajo no tiene la finalidad de tratar el tema relativo a si la colegiación obligatoria es positiva y conveniente o si, por el contrario, coarta la libertad de los profesionales, es innegable que, en el ámbito notarial en México, la gran mayoría de los notarios forman parte de los colegios o consejos estatales e integran también el Colegio Nacional del Notariado Mexicano, que afilia a notarios de todas las entidades federativas.

A propósito de la colegiación profesional, dice Villoro: “Cuando hay colegiación obligatoria, las normas deontológicas adquieren obligatoriedad jurídica; cuando la colegiación es voluntaria, son normas meramente morales”.²⁵

En el caso del notariado del Distrito Federal (hoy Ciudad de México) la ley de la materia dispone:

Artículo 248.—El Colegio de Notarios del Distrito Federal, Asociación Civil, es un medio necesario para el cumplimiento de la garantía institucional del notariado. Por lo anterior, y por desempeñar una función de orden e interés público y social, los notarios del Distrito Federal estarán agrupados en un único Colegio, que es el Colegio de Notarios del Distrito Federal, Asociación Civil, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que ejercerá para el notariado y para las autoridades correspondientes, las facultades de representación, organización, gestión, intervención, verificación y opinión que esta ley le otorga.

Así también, la siguiente disposición del mismo ordenamiento, establece:

Artículo 249.—El colegio coadyuvará al ordenado y adecuado ejercicio de la función notarial, para lo cual tendrá las facultades y atribuciones siguientes:

I. Vigilar y organizar el ejercicio de la función notarial por sus agremiados, con sujeción a las normas jurídicas y administrativas emitidas por las autoridades competentes y conforme a sus normas internas, con el fin de optimizar la función notarial;

[...]

XXVIII. Vigilar la disciplina de sus asociados en el ejercicio de sus funciones, y aplicar medidas disciplinarias y sanciones a los mismos, de conformidad con su normatividad interna;

[...]

A la luz de las disposiciones legales transcritas, muy cierta resulta entonces la reflexión de Villoro, en el sentido de que las normas deontológicas adquieren obligatoriedad jurídica.

²⁴ *Ibidem*, pp. 20 y 21.

²⁵ *Ibidem*, p. 23.

Resulta interesante también, respecto de la colegiación, la reflexión que hace Ruíz Rodríguez:

Un punto que me preocupa en particular es el desempeño personal e individual de la abogacía al margen de la ética, porque de aquí resultan las orientaciones y caminos que después pueden tomar los abogados: sea como juez, sea como notario. Pero la base de cualquiera de los dos caminos es ser un abogado bueno, caracterizado porque su vida personal y profesional es guiada por los principios éticos y normas morales. Por esta razón, insisto en la necesidad de la colegiación obligatoria. No porque la considere como la panacea que todo lo cura; sino, porque entre las muchas ventajas de vivirla, por un lado está el no sentirse solo en algún momento, sino apoyado y acompañado, y sabedor de que en cualquier momento, puede consultar a sus compañeros y colegas en alguna situación difícil; y, por otro, que sea consciente de que también le pueden llamar la atención en el momento que se presente alguna anomalía o se dé alguna desviación de su parte en desdoro de la función que realiza.²⁶

III. LA INTERVENCIÓN DE LOS COLEGIOS Y CONSEJOS NOTARIALES EN LA DEONTOLOGÍA

Es evidente que, así como se dan de manera vertiginosa los cambios en la tecnología y en prácticamente toda la ciencia, se dan también esos cambios en el comportamiento humano; así lo apreciamos todos los días en la relación, por ejemplo, entre padres e hijos o entre profesores y alumnos, que algunos califican como más abierta y espontánea y otros como irrespetuosa y cínica.

Otros ejemplos los tenemos en los tatuajes en el cuerpo que antes no eran bien vistos por la generalidad de las sociedades o bien las uniones entre parejas del mismo sexo que siempre han existido, pero antes de manera discreta y ahora reguladas jurídicamente y hasta fomentadas por ciertos sectores de la sociedad.

Desde luego, si esos cambios tan rápidos que se dan en las comunidades, los trasladamos al campo profesional, debemos referirnos a diversos factores que influyen para modificar el comportamiento, uno de ellos muy importante, el económico; al efecto, afirma Sánchez Vázquez, a propósito de la vinculación entre la ética y la economía política:

En cuanto que las relaciones económicas influyen en la moral dominante en una sociedad dada. Así, por ejemplo, el sistema económico en el que la fuerza

²⁶ RUIZ RODRÍGUEZ, Virgilio, *op. cit.*, p. 216.

de trabajo se vende como mercancía y en el que rige la ley de la obtención del máximo beneficio posible, genera una moral egoísta e individualista que responde al afán de lucro.²⁷

Situación similar se ve con frecuencia en el notariado pues hay quienes dan mucha más importancia al aspecto económico que al servicio social y público que brindan a la sociedad, que cuando es bien entendido y desempeñado, lleva a la postre a la obtención de un beneficio económico para quien lo presta.

Estimo importante reflexionar, si las situaciones cambiantes de manera general en las sociedades, hacen que también la concepción de la moralidad se modifique, así parece, pues el propio Sánchez Vázquez señala:

el progreso moral, como movimiento ascensional en el terreno moral, se manifiesta a sí mismo como un proceso dialéctico de negación y conservación de elementos de las morales anteriores. Así, por ejemplo, la venganza de sangre que constituye una forma de la justicia de los pueblos primitivos deja de valer moralmente en las sociedades posteriores. El egoísmo característico de las relaciones morales burguesas es dejado atrás por una moral colectivista socialista. En cambio, valores morales admitidos a lo largo de siglos —como la solidaridad, la amistad, la lealtad, la honradez, etc.— adquieren cierta universalidad, y por tanto dejan de ser exclusivos de una moral en particular, aunque su contenido cambie y se enriquezca a medida que rebasan un marco histórico particular.²⁸

Parece claro entonces, que en el ámbito profesional se ejerza la deontología y que la vigilancia o supervisión que deben practicar las organizaciones sobre sus agremiados sea indispensable y que además esa supervisión se ejerza tomando en cuenta los cambios sociales de que hablábamos.

Bien dice Villoro, que, entre las profesiones, las de los médicos y los abogados no gozan de gran prestigio en la opinión pública y ello es cierto, pues baste recordar que la mayoría de los chistes y bromas que se hacen sobre las profesiones, se refieren a las dos mencionadas.

Si tomamos en cuenta que la profesión notarial puede considerarse una especialidad en el ámbito jurídico, los notarios debemos preocuparnos porque se materialice y se precise la supervisión sobre los agremiados para, con ellos, enaltecer la profesión y evitar su deterioro y decadencia.

Quizá la principal finalidad de la función notarial, sea la de dar certeza a los actos y hechos que pasan ante su fe, brindando con ello seguridad jurídica

²⁷ SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo, *op. cit.*, p. 25.

²⁸ *Ibidem*, p. 47.

a las personas de toda índole, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, morales o físicas, que requieren los servicios del notario.

Dice Jorge Domínguez Martínez que:

a propósito, precisamente el orden jurídico ha asignado al notariado como institución jurídica la importante misión de buscar por todos los medios procedentes esa perfección del documento notarial para colaborar con ello a la seguridad y certeza que deben campear irrestrictamente en todos los actos de los particulares para reglar sus conductas en lo jurídico y especialmente en lo jurídico patrimonial.²⁹

Así pues, al margen de si en las profesiones, la colegiación obligatoria es positiva o negativa y si está o no apegada a la Constitución Política, debemos aprovechar en el notariado la circunstancia de que la gran mayoría de los notarios del país están afiliados a los Colegios o Consejos de sus entidades y además integran el Colegio Nacional del Notariado Mexicano.

Ese provecho debe traducirse, como ya ocurre, en actualización y preparación constantes, mediante los cursos, conferencias, jornadas, congresos, y seminarios que se imparten sin descanso todos los años, sobre aspectos técnicos de la función notarial.

Pero debe traducirse también, en crear conciencia de manera más decidida, de que el desempeño de la profesión debe ser limpio y apegado a la deontología, no solo insistiendo en estos aspectos cuando se imparten cursos y se dan conferencias, sino con la elaboración de códigos de ética o deontológicos, que sean aplicables a los notarios de toda la República.

La escasez de este tipo de ordenamientos en las distintas entidades federativas, sigue siendo mayoría, es decir, los más de los estados no cuentan con códigos de conducta, de manera que cuando un notario actúa contra la ética profesional, los órganos directivos no pueden y, a veces no quieren, intervenir para reprobar esas conductas.

El caso del Distrito Federal en este ámbito es significativo; durante muchos años se discutió si era necesario y era conveniente contar con un código de ética y cuando se llegó a la conclusión de que sí lo era, la discusión se centró en si ese ordenamiento debía contar, no solo con un catálogo de conductas buenas y malas, sino también con un capítulo de procedimiento para *sancionar* al infractor de las buenas conductas.

Se acordó finalmente que era imprescindible que se incluyera un capítulo de procedimiento para que el código no quedara solo como un listado de

²⁹ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *El Notario. Asesor Jurídico Calificado e Imparcial, Redactor y Dador de Fe*, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 19.

buenas intenciones y que ese procedimiento concluyera con una resolución del Consejo Directivo del Colegio de Notarios del Distrito Federal, constituido en un mero tribunal de conciencia, en que se reprobaran la o las conductas del infractor, o bien se le exonerara por no haber sido demostrada una actuación contraria a la ética profesional.

Hasta donde está regulado todo este tema, no podría ser de otro modo, es decir, la sanción en estos casos no puede implicar multas o entregas de dinero y mucho menos privación de la libertad, pues las instituciones notariales no son autoridades.

Se decía, antes de la entrada en vigor del Código, que se volvería un instrumento muy peligroso para los notarios, que no había nadie impoluto o por lo menos calificado moralmente para juzgar las conductas de sus pares y que sería muy grave que los notarios se convirtieran en policías o en jueces de los propios notarios.

Se señalaba también, el peligro de que el Código se convirtiera en un instrumento de venganzas para que el presidente del consejo pudiera actuar contra un notario solo por no coincidir con su forma de pensar o actuar o para saldar diferencias personales.

La experiencia ha mostrado que, en el notariado de la capital de la República, ha sido un instrumento eficaz para combatir las malas prácticas y las malas conductas.

El Código de Ética del Notariado del Distrito Federal fue aprobado en asamblea celebrada el 8 de diciembre de 2005, para entrar en vigor el año siguiente y en un personal punto de vista, no ha sido utilizado como instrumento de venganza, sino más bien como elemento de cohesión y de supervisión interna, pues además de que es todo el consejo directivo, integrado por diez notarios, el encargado de aplicarlo, se toma en cuenta la opinión que rinden los ex-presidentes del colegio, que conforman la junta de decanos, antes de dictar cualquier resolución.

En todos los órdenes de la vida, la autocrítica es fundamental y en el notariado no puede ser la excepción; la soberbia no es una virtud, sino un gran defecto que muchos pasan por alto sin tomar en cuenta que el conocimiento, por muy avanzado y actualizado que sea, no es suficiente, es más, ni siquiera resulta digno de elogio si no va acompañado de una dosis generosa de humildad y de actuación correcta.

Con todo lo dicho, podemos concluir que la elaboración y la puesta en vigor de códigos deontológicos en el notariado, resulta imperiosa y que éstos no deben ser motivo de temor o de molestia.

Resulta más vergonzoso en cualquier profesión, observar que algunos de sus integrantes estén siempre más preocupados por sus ingresos que por sus servicios y que consecuentemente confundan la ética con la aritmética.

En los ámbitos profesionales y desde luego con mayor énfasis en el notarial, por implicar una función pública, será siempre positivo estar pendientes de la vigilancia y de la supervisión interna, que ejerzan las autoridades.

Es deseable que las organizaciones notariales sean fuertes, siempre en la capacitación y en la actualización jurídica, pero con mayor atención, en la supervisión de sus agremiados.

Hace falta también, y ello depende solo de los notarios, mayor independencia y autonomía de los colegios y consejos en cada entidad, sin intervención gubernamental y con la conciencia de ser nosotros, antes que cualquier tercero, quienes seamos capaces de conducirnos por el camino del bien, que desde luego sabemos cuál es.

LA VOLUNTAD APTA PARA PRODUCIR UN ACTO JURÍDICO

José Luis Quevedo Salceda



I. PLANTEAMIENTO

Nadie puede negar que la complejidad de la regulación jurídica se ha multiplicado exponencialmente en las últimas décadas a causa de diversos factores, tales como la existencia de varios periodos legislativos al año, la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo ejercida de forma desmedida, una sociedad cada vez más litigiosa que lleva al límite de sus capacidades a los poderes judiciales, local y federal, así como la multiplicación, en número y en extensión, de convenios particulares que pretenden preverlo todo. Conscientes de todo ello, las escuelas, facultades y departamentos de derecho han incluido en sus programas y planes de estudio disciplinas jurídicas altamente especializadas, restándole atención y tiempo —quiero pensar que sin intención—, al estudio del derecho civil como fundamento de nuestra ciencia.

En efecto, los alumnos de derecho están ávidos de conocer las disposiciones más sofisticadas y especializadas del derecho fiscal, ambiental, bancario, financiero y de propiedad intelectual, así como las relativas a la regulación de las telecomunicaciones y la energía, perdiendo de vista que para poder entender y dominar tales materias, hay que hacer lo propio con el derecho mercantil y administrativo, no sin antes asimilar a cabalidad la teoría del derecho, esto es el derecho civil. A esta disciplina el aquí homenajeado ha dedicado la mayor parte de su vida académica y en todos los foros se ha referido a ella, con toda autoridad y conocimiento de causa, como “derecho fundamental”.

En este orden de ideas, los que hemos tenido el privilegio de ser alumnos del doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, tenemos esa rara tendencia a analizar cualquier situación jurídica que se nos es planteada desde la perspectiva del derecho civil, es decir, desde la óptica más fundamental, esencial, básica y técnica posible. Siendo el de la voz uno de aquellos, he querido

aprovechar esta magnífica oportunidad para compartir con el lector algunas ideas aprendidas del doctor Domínguez, a propósito de lo que a él también le apasiona: el acto jurídico.

Si nos detenemos a pensar que, por un lado, el derecho es la ciencia encargada del estudio de la regulación de la conducta humana en sociedad (si se me permite exponerlo así de simple), y por el otro, que no hay nada más humano y socialmente relevante que el acto jurídico, debemos concluir que mucho, muchísimo de lo jurídico puede ser entendido, explicado e interpretado a través del análisis del acto jurídico. En efecto, tanto es acto jurídico el contrato o el convenio celebrado entre particulares, como lo es la sentencia dictada por un juez o tribunal, o el acto realizado por cualquier entidad de la administración pública, federal o local, y aun la propia ley es sin duda un acto jurídico. A saber, el primero es la manifestación de voluntad o acuerdo de voluntades, según lo unilateral o bilateral que sea el convenio, capaz de producir consecuencias de derecho para quien lo otorga. Las sentencias judiciales son el acto de voluntad del Estado, en su competencia jurisdiccional, por el que se crea, modifica o extingue una situación jurídica concreta en la persona de quien o quienes sometieron a dicha autoridad una situación controvertida, generalmente causada por dos pretensiones opuestas, o la incertidumbre sobre la interpretación, alcance o aplicación de una ley o de una situación jurídica dudosa. La ley es el acto de voluntad también estatal por el que se crea una situación jurídica permanente, general, abstracta, impersonal y coercible. Finalmente, por el acto administrativo que emana de la autoridad ejecutiva del Estado, se crea, reconoce, modifica o extingue una situación subjetiva concreta para la satisfacción del interés general.

Toda conducta humana impulsada por voluntad adquiere trascendencia jurídica cuando es contemplada como un supuesto normativo, ya sea que dicha voluntad la emita el Estado o los particulares. Cuando de los actos del Estado se trata (en la esfera legislativa, administrativa o jurisdiccional), dicho supuesto normativo es indispensable, pues como de todos es sabido la autoridad solo puede hacer lo que expresamente le está permitido por la ley. En cambio, la conducta de los particulares se despliega libremente y puede constituir o no un supuesto normativo para la producción de consecuencias de derecho.

En fin, contrato, convenio, resoluciones judiciales, acto administrativo o ley, son sin duda conductas humanas jurídicamente relevantes; de hecho, las más relevantes en derecho. Analicémoslas, pues, como lo que son: actos jurídicos, particularmente desde su elemento existencial más importante a mi juicio, la voluntad.

Este trabajo está dedicado y tiene como principal destinatario al recién iniciado en el estudio del derecho, que en lo individual es visto por el doctor Domínguez como lo más parecido a un hijo.

II. COGNICIÓN

Todo acto jurídico comienza en el fuero interno de las personas con un proceso de cognición. El conocimiento de una realidad concreta es siempre el inicio de cualquier acto jurídico, pues siempre es “esa” realidad la que se busca modificar, bien en el ámbito patrimonial o extra patrimonial, pero como quiera que sea, es a partir de la realidad conocida cuando y cuanto se desea crear, transmitir, modificar o extinguir la propia situación personal en relación a aquella.

Conocer es hacer inmanente lo trascendente sin que lo trascendente pierda su esencia; es entender la situación que uno guarda en relación con otras personas o cosas frente a la posibilidad de relacionarnos o aprovecharnos de ellas. Conocer es aceptar, entender, asimilar. El conocimiento tiene diversas fuentes: puede ser empírico, directo, de la práctica cotidiana de la persona; o bien, puede ser indirecto, científico, que requiera ser acreditado por expertos en esa realidad. Es decir, puede uno entender la realidad o puede que requiera uno de otros para hacerlo, dada la complejidad de ésta, de los conocimientos técnicos o especializados que uno tenga o no para poder dimensionarla en relación a uno mismo.

Si bien es cierto que este proceso cognitivo, en principio, es irrelevante para el derecho cuando de individuos se trata, también es cierto que cualquier alteración en él, generadora de una distorsión en la representación interna de esa realidad, puede llevarnos a la esterilidad del acto. Así, el artículo 1813 del Código Civil, por cuyos términos es nulo el acto celebrado si alguno de los contratantes (otorgantes del acto), tiene una falsa representación de la realidad, y ello ha sido expresado cuando la celebración del acto o cuando dicha falsedad puede probarse a través de las circunstancias que rodearon su otorgamiento. También, por ejemplo, el testamento, uno de los actos jurídicos más sensibles al error, según el artículo 1301 del mismo Código: es nula la disposición testamentaria cuando se funda en una causa expresa si resulta errónea; o es nulo el testamento entero cuando su otorgamiento se ha obtenido por dolo (conducta provocadora del error), como lo dispone el artículo 1487.

Por otro lado, cualquier alteración en la inteligencia de las personas, por enfermedad, adicción a drogas o enervantes, o cualquier otra similar que

impida el conocimiento de la realidad en ese sujeto, lo hace inhábil para otorgar actos jurídicos por sí solo. Se debe poder conocer para otorgar. Solo quien tiene la posibilidad de conocer la realidad y entenderla, puede alterar su esfera jurídica voluntariamente. Cuando la redacción original del artículo 450 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, en materia común y para toda la República en materia federal, era más fácil entender que la imposibilidad de conocer el entorno impedía al sujeto afectado, permanente o transitoriamente, según la causa de su afección lo fuera, otorgar actos jurídicos por propio derecho, cuando establecía que tenían incapacidad natural y legal los “mayores de edad privados de la inteligencia...”, facultad ésta que precisamente permite a las personas conocer y entender la realidad, aprehenderla y procesarla adecuadamente.

Este proceso cognitivo se hace evidente cuando de las personas morales se trata, ya sean de derecho privado (mercantiles, civiles), del derecho social (sociedades y comunidades agrarias, ejidos, sindicatos, federaciones y confederaciones), o de entidades de la administración pública dirigidas por órganos colegiados; pues, ese fuero interno se manifiesta tangiblemente en las asambleas o reuniones de accionistas, socios, patronos, consejeros, gerentes administradores, etcétera. En todos los casos, las reuniones son convocadas para discutir asuntos concretos señalados en un orden del día (que no en una orden del día, pues no se trata de un mandamiento sino de un turno), respecto de los cuales, en ocasiones, las correspondientes disposiciones legales exigen se proporcione la información necesaria a los participantes de la reunión, para poder discutir y decidir al respecto. De cualquier forma, esa información será proporcionada en la propia reunión para que previa la deliberación y voto correspondientes, se tome la decisión a la cual me referiré más adelante. No podemos entender el desarrollo de este tipo de reuniones sin que los deliberantes conozcan los asuntos a cuya deliberación y decisión han sido convocados.

En lo público, las sentencias dictadas por un juez o por un tribunal, deben basarse en todos los hechos narrados y probados por los litigantes, denunciante o promovente, los cuales quedan expresados por el juzgador en los llamados “considerandos” de su sentencia, de acuerdo con el artículo 81 del Código de Procedimientos Civiles. En efecto, estos hechos conocidos por el juzgador fueron proporcionados y probados por los involucrados en el procedimiento jurisdiccional respectivo, y a partir de ellos debe resolverse lo que conforme a la ley es conducente.

En el ámbito legislativo, por ejemplo, la fracción segunda del artículo 78 del Reglamento de la Cámara de Diputados, exige entre los requisitos de las iniciativas de ley, que éstas deban contener el “planteamiento del problema

que la iniciativa pretende resolver”, amén de que el propio reglamento, en la fracción novena de su artículo tercero, define a la iniciativa como “El acto jurídico por el cual da inicio el proceso legislativo”; en el inciso 1, fracción segunda de su artículo 80 precisa que el dictamen es “un acto colegiado a través del cual, una o más comisiones facultadas presentan una opinión técnica calificada, por escrito para aprobar o desechar... iniciativas de ley o decreto...”. Todo ello, se replicará enriquecido con lo que se produzca con la discusión parlamentaria en la exposición de motivos de la ley resultante donde se exhibirá con puntualidad la realidad histórica así conocida por el legislador y la solución justa que con su trabajo pretende dar a los problemas surgidos de aquella. Lo mismo respecto del decreto o reglamento cuando se trate de actos formalmente administrativos, pero materialmente legislativos.

En los actos administrativos ocurre algo semejante a los otorgados dentro del ámbito privado o de los particulares, cuando el artículo tercero de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, en su fracción octava, prevé la posibilidad de que aquel sea expedido mediante error, cuando exige expresamente entre sus requisitos la ausencia de este vicio, lo cual supone, como ya expusimos, este proceso de cognición. Todo acto administrativo se forma con la conducta voluntaria del titular del órgano investido de las funciones del mismo (competencia), por lo que dicha voluntad debe estar libre de vicios.

III. VALORACIÓN

Conocida la realidad con base en y alrededor de la cual se otorgará el acto, viene a continuación necesaria e irremediamente un juicio de valor. La ponderación entre realizarlo o no, a menos que su otorgamiento sea necesario, es solo el comienzo. En caso afirmativo, viene en seguida la identificación del objetivo que se pretende, de la consecuencia útil que se quiere alcanzar; viene también la reflexión sobre si se tienen los medios, recursos, habilidades o competencias para alcanzar ese objetivo; así como la cuantificación del costo que significa (no necesariamente económico); en suma, si se desean o no sus consecuencias.

En los individuos esta experiencia es tan humana y tan cotidiana que la explicación no es necesaria para entenderla. Como se ha señalado, solo adquiere relevancia cuando el error se presenta, pero también cuando como causa o motivo se expresa en la celebración del acto jurídico.

Como se señaló arriba, el 1813 del Código Civil para el Distrito Federal establece que son nulos los actos celebrados bajo el imperio del error, cuando éste recae en el motivo determinante de la voluntad de sus otorgantes,

siempre y cuando pueda constatarse cuál ha sido ese motivo, bien por señalamiento expreso o porque pudiera desprenderse de las circunstancias que lo rodearon.

¿Cuál es ese motivo? ¿En qué momento se formó? ¿Quién lo conoce? ¿Qué importancia tiene?

La manifestación de voluntad que significa otorgar un acto jurídico suele contener, cuando se expresa, parte de este proceso valorativo o del cognitivo previo ya comentado. Clara y determinantemente, o vaga e indirectamente, se arrastran hasta la conclusión de este proceso de formación de voluntad en la expresión. Como señalamiento en los antecedentes, mediante indicación de las motivaciones que lo impulsaron o de las cualidades esperadas de los objetos o sujetos involucrados, pueden estar presentes en la expresión de voluntad del otorgante, quien, habiendo experimentado el proceso completo, según la importancia que les dé a algunos elementos involucrados en el mismo, los marcará o no expresamente en esa manifestación de su voluntad.

Incluso los aspectos desconocidos, por inexistentes en el momento de la celebración del negocio, pueden formar parte las etapas cognitiva y valorativa del proceso formativo de voluntad y llegar hasta su conclusión, con la decisión de efectivamente llevarlo a cabo, pero siempre y cuando dichos aspectos inexistentes se realicen en el futuro, cuando entonces las consecuencias de su querer habrán de ser producidas. Es decir, como se sabe, legalmente es posible suspender la producción de los efectos esperados y hacer que su existencia dependa de la realización de situaciones ideales para el otorgamiento del acto y sin las cuales su creador no desearía realizarlo. Así son los actos jurídicos sujetos a condición.

Como lo señalamos respecto de la etapa cognitiva en la formación de la voluntad apta para crear un acto jurídico, en aquellas reuniones que los órganos deliberativos de las personas jurídicas llevan a cabo, se discuten los asuntos del orden del día previo a la votación. Sin duda, ninguno de los argumentos de los participantes en la discusión tendrá trascendencia, pues no sirven más que para convencer a los demás a sumarse a la decisión que uno pretende al respecto; nada más.

En cambio, en los actos de autoridad no ocurre lo mismo, judiciales o administrativos, los actos del Estado deben estar fundados y motivados como lo ordena el artículo 14 constitucional, en cuya concordancia ordenan los artículos 82 del código adjetivo vigente en la Ciudad de México y fracción quinta de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo. Esto es, deben expresar claramente el antecedente o las circunstancias que provoca y funda su realización; la relación inmediata de causalidad lógica entre los efectos que producirán y las razones que la impulsan; así como el señalamiento

de las disposiciones legales en que apoyan esa determinación y el ámbito de su competencia, la cual les permite invadir la esfera jurídica de los destinatarios de dichos actos.

Las sentencias deben ser transparentes en este sentido. Es decir, como arriba señalamos en cumplimiento del artículo 81 del Código procesal local, deben siempre basarse en lo expuesto y probado por las partes, apoyarse en las disposiciones legales y jurisprudencias invocadas por ellas, salvo que se les permita o exija la suplencia de la queja.

Los actos administrativos deben alcanzar y fundarse en la finalidad propia de la función administrativa del órgano que los emite, siempre de interés público, normalmente señalado en la ley de donde emana su competencia. Lo contrario constituiría el llamado “desvío de poder”, que en términos de la doctrina es el hecho del agente administrativo que, realizando un acto de su competencia y respetando las formas impuestas por la legislación, usa su poder en casos, por motivos y para fines distintos de aquellos en vista de los cuales este poder le ha sido conferido.

Sin duda, en el acto legislativo el proceso valorativo en la formación de la voluntad estatal es el más evidente y pródigo. El turno de las iniciativas a las comisiones especializadas, las primeras discusiones en el seno de éstas, el fruto de ello presentado al pleno de la cámara correspondiente y su discusión final, amén de las observaciones que pueden ser hechas y revisadas en la cámara revisora, en su caso, son evidencia de la existencia de este proceso. A saber, entre los elementos que los dictámenes (parlamentarios) deben contener, en términos de las fracciones VI a IX del artículo 85 del Reglamento de la Cámara de Diputados están el “Contenido del asunto o asuntos, destacando los elementos más importantes, entre ellos el planteamiento del problema; ... Proceso de análisis, señalando las actividades realizadas, como entrevistas, comparencias, audiencias públicas o foros, con el fin de tener mayores elementos para dictaminar; ... En su caso, valoración de impacto presupuestal, regulatorio u otro; ... Análisis y valoración de los argumentos del autor que sustentan el asunto o asuntos...”. De todo ello se toma registro y es fuente de interpretación para cuando el resultado final de él, la ley, deba ser aplicada.

IV. DETERMINACIÓN

Conocido y valorado el entorno frente a la posibilidad de celebrar un acto jurídico, no hay más que dos caminos, celebrarlo o no. Si la conclusión es ésta última, nada habrá pasado en lo jurídico. En cambio, si la decisión es

en sentido afirmativo, ambos procesos (cognitivo y valorativo), trascienden y cobran importancia en lo que, de primera instancia, es lo visible jurídicamente. La culminación de conocer, entender y justipreciar, en un sí, pone en marcha todo el andamiaje legal en apoyo de las consecuencias producidas por ese querer, maduro y serio, gestado en el interior de la persona, física o moral, privada o estatal.

En el tiempo coincide la determinación con la última etapa del proceso productor de un acto jurídico, la expresión; pero, a mi parecer, en la lógica debemos distinguirlos. Lo que llamo la determinación es el hecho fecundo amalgamador de todo lo previamente explicado con un propósito claro y concreto: las consecuencias jurídicas deseadas por su autor. El entendimiento y el querer se suman para producir algo nuevo en la esfera jurídica de quien los ha experimentado.

Quien otorga un acto jurídico sin esta determinación, no puede tener más causa para hacerlo que el miedo provocado por violencia. Así es la violencia, como empleo de fuerza o amenazas ejercidas por una persona sobre otra, para que ésta celebre un acto respecto del cual aquella, la provocadora, tiene un interés, impele u obliga a dicho otorgamiento sin su querer, sin determinación. Al igual que el error, el miedo enturbia el proceso de entendimiento y ponderación en el fuero interno del sujeto creador del acto jurídico. La violencia provocadora del miedo elimina toda idea de determinación, de decisión; impulsa sin su querer al que la sufre a expresar lo que no quiere, sea que lo entienda o no. Esa expresión supone estar determinado a asumir las consecuencias jurídicas resultantes, que en realidad no se desean. Cuando sí, dichas consecuencias se producen con plenitud.

Tratándose de las personas morales, nuevamente, gestada la voluntad en el seno de los órganos deliberativos, es en la votación cuando se manifiesta este elemento de la voluntad. Apoyado en lo expuesto, conocido, discutido y valorado, se vota. Si el voto es en sentido afirmativo, habrá voluntad para otorgar un acto, con registro de lo que se conoció, entendió, ponderó y determinó producir en la esfera jurídica de la persona moral en cuestión. El proceso estará casi completo, listo para la creación de un acto jurídico.

En el ámbito estatal, la conclusión no siempre puede ser en sentido negativo. Por un lado, la competencia de la autoridad administrativa debe ser ejercida; una vez que dicha autoridad es impulsada para hacerlo, debe concluir mediante el otorgamiento de un acto de la especie, concediendo o negando, fundada y motivadamente, lo que el particular solicita. Sin embargo, es frecuente que la ley conceda efectos jurídicos al silencio de la autoridad, atribuyendo consecuencias a la solicitud hecha en tiempo y forma por un particular, en sentido afirmativo o negativo. Esto es la afirmativa o negativa ficta.

La ley, en la esfera administrativa, asume la determinación de conceder o negar para el caso de silencio de la autoridad ejecutiva requerida por el gobernado.

Por otro lado, los jueces no pueden dejar de sentenciar. La autoridad judicial, en términos de lo dispuesto por el artículo 18 del Código Civil para el Distrito Federal, nunca podrá dejar de resolver. No hay opción. Debe pronunciarse frente a la controversia o frente a la incertidumbre que se le plantea.

La cotidianidad de los actos administrativos y judiciales nos hace perder de vista que el ejercicio de estas funciones del Estado es irrenunciable. En efecto, el poder de coacción que asegura a la sociedad de los perjuicios que pudiera causar la libre actividad humana; la actividad estatal que se impone coactivamente a la libertad y propiedad de las personas para mantener el derecho, la seguridad y el orden público, son imposterables. También lo es la satisfacción de necesidades colectivas de manera regular, continua y uniforme, a través de la prestación de los servicios públicos. Dicho de otra manera, los actos judiciales y administrativos del Estado deben realizarse cuando se reúnen las condiciones previstas legalmente para ello. La determinación es, pues, en ellos necesaria.

En el proceso de formulación de la ley, nuevamente, se hace evidente la existencia de la que llamamos determinación en el proceso formativo de la voluntad. Si la iniciativa fue presentada por quien puede hacerlo y si la comisión correspondiente de la cámara a la cual fue turnada y compete su primera discusión, emite un proyecto, éste se discutirá en el pleno y vendrá entonces la votación, estudiada aquí por nosotros como la determinación. La suma necesaria del querer de los legisladores respecto de lo que han conocido, entendido, argumentado y discutido, para producir la voluntad del Estado y así crear la situación jurídica, permanente, general, abstracta, impersonal y coercible, cristalizada en la ley.

V. EXPRESIÓN

Concluido entonces, como hemos narrado, el proceso interno de la persona en miras a producir un acto jurídico con la determinación de llevarlo a cabo, solo hace falta expresar lo que uno se ha fijado producir, libre y conscientemente en la propia esfera jurídica.

Con la expresión nacen a la vida jurídica todas las consecuencias previstas como supuestos normativos, idealmente como fueron concebidas tiempo atrás, pero siempre gestadas en el fuero interno de las personas. No hay expresión capaz por sí sola de producir consecuencias de derecho en forma

definitiva. La expresión resume la esencia del querer soberano, franco, cuerdo y sensato de quien la emite.

En los sujetos humanos, es cierto que es hasta este momento cuando se detonan, soportados por el andamiaje legal, los efectos vinculativos con otros. Antes no hay nada, pero está todo. En el nacimiento de un acto jurídico ocurre lo mismo que en el alumbramiento de una persona. Con la concepción nace ésta, siempre y cuando se concluya exitosamente la gestación completa hasta el nacimiento, vivo y viable, de un nuevo ser humano. Así el acto jurídico, concebido que es en las entrañas de la consciencia, hasta que ve la luz con la expresión produce algo con juridicidad.

La manifestación de esta voluntad, dice el artículo 1803 del Código Civil para el Distrito Federal, puede ser tácita o expresa. Verbal, escrita o por signos inequívocos en el primer caso, o a través de conductas que autoricen presumirla en el segundo. Expresamente es a través de la palabra, verbal o escrita, emitida por aquel de cuya voluntad se trata, tácita por su conducta. De una o de otra manera, la expresión emana de él.

Relevante es el primer caso, pues resulta que cuando por escrito se emite esta voluntad, no significa que el redactor sea su autor; para asumir la autoría de un acto basta la firma en su texto, sea quien sea el que lo redactó, para emitir la expresión de la que estamos hablando.

Firma es el trazo, marca o signo, hecho por un individuo para significar el conocimiento, aprobación, aceptación y obligación del contenido del documento en el que se plasma, para darle autoría de lo que en dicho documento se contiene. Imprimir la huella de cualquier dedo es lo único que sustituye a la firma, siempre y cuando no se pueda o no se sepa firmar, y siempre que a dicha acción se sume la firma de otro a ruego y súplica del otorgante, como lo dispone el artículo 1834 del mismo código.

Merecedora de un estudio por separado está la llamada firma electrónica, que en mi concepto dista mucho, muchísimo, de ser una expresión fiel, auténtica, indubitable y reconocible a simple vista por su autor. Aunque contenga elementos biométricos para el de la voz, la firma electrónica no iguala la firma autógrafa puesta de puño y letra, la cual requiere acción directa de quien la plasma y cuya procedencia es incuestionable y reconocible sin auxilio de elemento alguno. La electrónica, en cambio, es un algoritmo o una cifra que puede ser puesta por cualquiera y no necesariamente por aquel a quien identifica y obliga; el otro puede conocerla porque la adivinó, porque la sustrajo indebidamente o porque la obtuvo por voluntad de su dueño.

Como quiera que sea, a la acción de firmar debe necesariamente sumarse la de manifestar conformidad con el contenido del documento sobre el cual se plasma, para la producción eficaz de efectos jurídicos del acto ahí

comprendido. Así se otorgan los actos jurídicos, mediante la manifestación de conformidad y firma del documento que los contiene, cuando la expresión de la voluntad formalmente se hace. Por ejemplo, de esta manera es como se otorgan los instrumentos notariales, de acuerdo con lo dispuesto el inciso e), de la fracción XX, del artículo 102 de la Ley del Notariado.

En las personas morales, todo el proceso interno creador de la voluntad deja en ocasiones su huella; como ya dijimos, en un acta levantada a propósito de la reunión de socios o de administradores, y en su caso la convocatoria escrita (puede ser que publicada), hasta su conclusión en la que se ordena otorgar, si no es que ahí mismo queda otorgado, el acto jurídico objeto de la propuesta, discusión, aprobación y expresión. Las actas deben ser firmadas por quien, de acuerdo con el estatuto societario, la ley o ambos deben hacerlo, siempre participes en la correspondiente reunión.

En las sentencias judiciales la expresión se da cuando quedan redactadas y firmadas por quien las produce y por quien da fe de dicho acto procesal, en términos del artículo 80 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Deben además ser notificadas a los destinatarios de las mismas.

De acuerdo con la fracción IV del artículo 3 de La Ley Federal de Procedimiento Administrativo, los actos estatales de esta naturaleza deben constar por escrito y ser firmados por el titular del órgano competente que los emite.

Como se sabe, la expresión de los actos jurídicos legislativos se da con su promulgación y publicación en el medio informativo gubernamental (Diario Oficial de la Federación o Gaceta Oficial), curiosamente de la competencia del Poder Ejecutivo.

En todos los casos, la expresión resume lo relevante del proceso interno formador de la voluntad, en cuanto es tomado en cuenta por la ley como supuesto normativo para la producción de efectos jurídicos. Estas etapas del fuero interno, de cognición, valoración y determinación no se pueden obviar; deben existir en todos los casos y solamente trascienden en la medida en que puedan ser conocidas por los demás, bien porque el particular que expresa su voluntad así lo desea o bien porque la autoridad que lo hace deba dejar evidencia de ellas. Esencial es la congruencia entre la expresión y todas las etapas del fuero interno, pues la plenitud de los efectos jurídicos producidos con dicha expresión dependerá de ello.

TEORÍA DE LA CAUSA LA CAUSA DEL PROBLEMA DE LA CAUSA ES LA CAUSA MISMA

Javier Salazar Hernández



PRESENTACIÓN

Para el desarrollo de este tema consideramos necesario partir de su etimología y definición gramatical, con la finalidad de constituir una base conceptual; después abordaremos esquemática y comparativamente la exposición de la doctrina clásica, su evolución jurisprudencial, así como a su contraparte, los anticausalistas. Continuaremos con su inclusión legislativa original en el Código Francés, la postura del legislador mexicano y finalmente plantearemos las tendencias actuales relativas a la causa.

I. ETIMOLOGÍA Y DEFINICIÓN GRAMATICAL

Partir del conocimiento del origen de las palabras y de sus alcances gramaticales es comenzar por el principio. La palabra *causa* proviene del vocablo latín *causa*, calcado de su antecedente griego, y gramaticalmente, según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, su primer significado es “aquello que se considera como fundamento u origen de algo”. Consideramos que la causa (origen) de la problemática telaraña jurídica tejida por los postulantes de la teoría de la causa y sus adversarios, es la diversidad de significados que esta locución ofrece. Su desarrollo histórico, así como la evolución de sus proponentes y sustentadores, de sus detractores e incluso de las actuales, está basado en el carácter polisémico de la palabra *causa*. El diccionario también define la causa dentro de las diferentes acepciones en el ámbito filosófico, respecto de la causa final establece que es, según la teoría clásica, “...el fin con que o por el que se hace algo”. Al sustento de su vertiente moderna, identifica la causa moderna con “la razón o

motivo para obrar o que inclina a hacer algo” e incluso a la causa segunda, la define como:

la que produce su efecto con dependencia de la primera —uno de los elementos de la crítica de Planiol—, y dentro de las dicciones jurídicas, a la causa onerosa la relaciona con “la que implica conmutación de prestaciones —aplicable a los contratos onerosos considerados en la teoría de Domat y en la crítica de Planiol—.

Con la finalidad de complementar los elementos lingüísticos para la presentación de la teoría clásica de la causa, de su evolución y de las ideas de sus opositores, incluiremos tres aportaciones conceptuales, la primera de Josserand, un neocausalista; la segunda de Planiol, el anticausalista por excelencia, y la tercera, una opinión neutra y actual.

Comenzamos con la distinción entre voluntad, intención y móviles, ofrecida por Josserand, así como la clasificación de los últimos en intrínsecos y extrínsecos, y finalmente la distinción de estos últimos en motivos determinantes o previos por una parte y móviles finales o posteriores por la otra. Con ello agregamos el matiz jurídico a esa conceptualización gramatical que permanece para mezclarse con la aplicación en el derecho de los distintos alcances y dimensiones de la voz “causa”.

Para distinguirlos, afirma Josserand, “la voluntad, en el sentido comprensivo de la palabra, es el querer que se concreta en un acto material, la intención que se refiere al objeto, que indica los fines perseguidos; los móviles, resortes de la voluntad, los que la ponen en acción”.¹

Respecto de los móviles, aclara:

en primer lugar hay unos impropriadamente llamados así, que son excepciones y que constituyen un todo con el acto a que se refieren y del cual son elementos orgánicos. Tales son los que se localizan no en la base de ese mismo acto, sino en la de las obligaciones que han originado. Con ellos, se sabe por qué el deudor ha contraído tal obligación, por qué, por ejemplo, el comprador se ha obligado a entregar una suma de dinero al vendedor. Débese a que éste ha prometido, por su parte, transferirle la propiedad de una cosa determinada. Estos móviles son conocidos, ordinariamente, con el nombre de causa, y en este sentido se dice que en los contratos sinalagmáticos las obligaciones de las partes se sirven recíprocamente de causa; sin ellas, no se concebiría la existencia el acto al que se refieren, del que son parte integrante y del que, por consiguiente, son

¹ JOSSERAND L. *Los Móviles en los Actos Jurídicos de Derecho Privado*, trad. de Eligio Sánchez Larios y José M Cájica Jr., México, José M. Cájica Jr., 1946, t. I, p. 16.

contemporáneos: son móviles intrínsecos, móviles constituyentes que tienen valor orgánico y siempre los mismos para una categoría jurídica dada; en realidad, se confunden con la intención misma, tal como la hemos definido y de la cual son únicamente sus diversas afirmaciones y elementos, esto es, son móviles intencionales.²

A partir de estas ideas concluimos que la causa en su acepción de intención, según este autor, se puede identificar con las obligaciones mismas, pues los otorgantes de los actos los llevan a cabo precisamente para la obtención de los correlativos derechos o prestaciones, por lo que éstas forman parte del acto mismo, es decir, la intención es elemento constitutivo del propio acto, y al tener este carácter intrínseco se funde con los actos que integra y consecuentemente adquiere una naturaleza objetiva.

Los móviles, como sinónimos de causa en su significación de motivo, son ajenos al acto otorgado por los sujetos, corresponden a estos últimos y consecuentemente son extrínsecos respecto de los primeros, pues contestan al “por qué” o al “para qué”, según ocupen espacio cronológico antes o después del otorgamiento del acto, es decir, serán motivos determinantes si son antecedente del acto o motivos fines si son su consecuencia.

Los verdaderos móviles son, por el contrario, como hemos indicado, extrínsecos al acto con el que se relacionan, son individuales aun sin ellos. Este acto posee todavía todos sus elementos constitutivos, solo que en este caso presenta un carácter abstracto que lo hace incomprendible para el psicólogo o el jurista; representa un fenómeno aislado de toda causalidad y de toda finalidad. Para darle un sentido y para determinar su valor, es indispensable situarlo en su ambiente intelectual y moral, es decir, descubrir los móviles individuales que lo explican y a cuyo servicio se ha puesto. Estos móviles que, a diferencia de los precedentes, se encuentran en la base, no ya de tal o cual obligación, sino de la operación misma considerada en su conjunto, se dividen a su vez en dos categorías, según que remonten al pasado o que miren al porvenir.³

En este contexto de las diferentes acepciones de la palabra causa, el autor confirma la distinción, primero entre causa en su sentido de “intención” (origen) y causa como equivalente de “móvil”; y después separa en dos los alcances de este último vocablo, inicialmente como sinónimo de motivo determinante para responder a la interrogante ¿por qué?, y finalmente para

² *Ibidem* p. 28.

³ *Ibidem* pp. 28-29.

resolver la pregunta ¿para qué? en los casos que es equivalente a finalidad, al concluir que:

...*lato sensu*, deben distinguirse tres categorías de móviles: 1° El móvil que desempeña el papel de causa directa e inmediata de una obligación, y que forma parte integrante del acto de que es contemporáneo, nada evoca del pasado y de ningún modo prevé el futuro; se le califica ordinariamente de causa: por nuestra parte preferiríamos llamarlo móvil intrínseco u orgánico y también móvil intencional, puesto que es uno de los elementos constitutivos del acto, el cual no podría existir sin él; en realidad, es más bien una parte integrante de la intención, que un verdadero móvil. 2° El móvil que se refiere al pasado, que representa los antecedentes del acto, que ha desempeñado un papel determinante, y en el que se ve, según el lenguaje habitual, el simple motivo; y que preferiríamos llamar causal o determinante. 3° En fin, el móvil que penetra en el porvenir, que revela el fin de la operación y que la condiciona: es el móvil por excelencia, el móvil-fin o móvil teleológico (*causa finalis* de los glosadores). Es fácil discernir estas tres categorías de móviles en un acto jurídico cualquiera, por ejemplo, en el préstamo hecho a un jugador para continuar la partida: el móvil intrínseco y orgánico está representado por la entrega de dinero; ordinariamente se le llama causa de la obligación del mutuuario, quien únicamente se compromete a restituir porque ha recibido; el móvil-fin es, por hipótesis, conocido, ya que la suma estaba destinada al juego; en cuanto al simple motivo, el que determinó al mutuante a entregar el dinero al jugador, puede variar hasta el infinito, residirá en un sentimiento de amistad o de gratitud, en el deseo de obligar al jugador, o en la insistencia que éste ha puesto en obtener el servicio recibido, acaso también, en atención a los intereses del establecimiento, círculo o casino, cuya prosperidad está en función del juego. La donación hecha a un pariente con motivo de su matrimonio o de su establecimiento profesional, se presta a un análisis semejante: el móvil orgánico e intencional reside en la intención liberal (*animus donandi*); el móvil causal (simple motivo) está representado por los lazos de parentesco que unen al donante con el donatario, en tanto que el establecimiento de éste desempeña el papel de móvil fin, de móvil teleológico (*causa finalis* de la operación).⁴

Por su parte, el anticausalista parte de la realidad contundente e indudable de la multiplicidad de significados la causa y de la consecuente imposibilidad de encerrarla en una definición, porque los intentos han resultado infructíferos, pues, afirma Planiol, desde “las costumbres más antiguas que

⁴ *Ibidem* pp. 30-31.

hablaban algunas veces de la causa toman esta palabra en un sentido diferente”⁵ —al dado por Domat— y agrega que es vana la búsqueda de una definición general. Al indicar lo que entendía por causa para las tres categorías de contratos, Domat dio tres reglas diferentes para encontrar la causa, pero no una fórmula única. Los autores modernos han trabajado mucho para encontrar una definición general de la causa, que comprendiese las tres fórmulas de Domat. Sus esfuerzos han sido vanos; más adelante veremos la razón de esto, que es la multiplicidad de las nociones comprendidas bajo el nombre de causa. Es imposible dar una definición única de lo que es heterogéneo⁶ y a diferencia del neocausalista Jossierand, no equipara al motivo o móvil determinante como la causa, sino por el contrario los distingue, pues cuestiona la afirmación de Oudot, profesor de París quien, según relata el propio Planiol:

creyó haber encontrado un medio que por mucho tiempo se ha considerado como satisfactorio para resolver las grandes obscuridades que rodean esta doctrina. ‘Pregunto, dice por qué se ha contratado la obligación; la respuesta que a esta pregunta se dé es la causa’. Este procedimiento puramente escolástico ha tenido su época; no basta con plantear la pregunta ‘*Cur debetur*’, porque para responder, sería necesario saber lo que es la causa y en qué difiere ésta del motivo.⁷

Y concluye esta separación entre causa y motivo al afirmar que la:

investigación sobre la distinción entre la causa y el motivo. Los autores modernos que han estudiado la teoría de la causa se han basado, sobre todo, en esta distinción. Capitant (De la cause, París, 1923, 3a Edic. 1927. N° 111) ve la causa en el fin del contrato, que forma parte integrante de la manifestación de voluntad que crea la obligación, en tanto que el motivo sería la razón contingente y propia a cada contratante. Un motivo llegaría a ser la causa del contrato, cuando ha sido para las dos partes la razón determinante de su acuerdo. La idea de que la causa es el fin perseguido por las partes ha sido aceptada con algunas variantes en varios estudios modernos de la causa, sin embargo, encuentra varias objeciones. Para distinguir el fin del motivo, nos vemos obligados a decir que el fin perseguido es el motivo que ha sido para las dos partes la razón determinante de su acuerdo. En realidad, los motivos son siempre personales a cada una de las partes y puede haber conocimiento recíproco para cada

⁵ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Tratado Elemental de Derecho Civil, Teoría General de los Contratos, Contratos Especiales*, 2a. ed., trad. de José M Cájica Jr., México, Filiberto Cárdenas Uribe, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1991, t. V, p. 42.

⁶ *Ibidem* p. 45.

⁷ *Idem*.

parte de los motivos que hacen obrar al otro contratante, pero nunca hay en ellos un fin común. He aquí, por lo demás, las fórmulas principales que se han propuesto como definiciones de la causa: sería el “motivo jurídicamente suficiente” (Aubry y Rau...), o “el fin inmaterial y directo que el deudor se propone alcanzar al obligarse” (Colmet de Santerre). No emprenderé el trabajo de explicar en que estas fórmulas expresan una idea diferente de la de Toullier: “La causa es el motivo determinante del contrato”, definición que unánimemente se rechaza como falsa.⁸

Finalmente, para concluir con estas diferentes conceptualizaciones jurídicas en materia civil, por su parte, se distinguen por lo general —afirma Cornejo Certucha— los siguientes sentidos de la palabra causa:

- a) Causa final: es el propósito o fin abstracto que se proponen las partes al contratar; es un elemento intrínseco al contrato y es idéntico en cada categoría de contratos;
- b) Causa impulsiva; es el móvil o motivo determinante de la voluntad del individuo que lo lleva a contratar; es un elemento extrínseco al contrato y es variable en cada contrato y en cada persona;
- c) Causa eficiente: es la fuente de las obligaciones, es decir, el contrato, el delito, el cuasicontrato, el cuasidelito, etc...⁹

II. TEORÍA CLÁSICA, SU EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL Y LOS ANTICAUSALISTAS

A partir de estos elementos que constituyen nuestra base conceptual, pasamos a la exposición esquemática y comparativa de la doctrina clásica, de versión moderna determinada por el aspecto jurisprudencial, y de su contraparte anticausalista.

Teoría Clásica	Anticausalista	Teoría Moderna con influencia jurisprudencial
Autor: Domat. Continuator: Pothier. Autores legislativos: Portalis y Bigot-Premeneau. Seguidores: Merlin, Toullier, Demolombe, García Goyena, entre otros.	Precursor: Ernst. Continuadores: Laurent, Braudry-Lacantinerie, y Barde, entre otros. Sistematizador: Planiol.	Bonnecase, Josserand, Capitant, Duguit, entre otros.

⁸ *Idem.*

⁹ SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis *et al.*, *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, t. A-C, México, Porrúa, UNAM-IIJ, 1998, p. 510.

Teoría Clásica	Anticausalista	Teoría Moderna con influencia jurisprudencial
Ideas	Críticas	
1. Contratos sinalagmáticos: La obligación de una parte es la causa o fundamento de la de la otra, son un fundamento mutuo.	1. Es lógicamente imposible que las dos obligaciones nazcan al mismo tiempo. Si cada una es efecto de la otra, la causa y el efecto no pueden ser simultáneos. Ninguna puede nacer como efecto de la otra por ser a su vez su causa.	Surge a partir de la jurisprudencia de la Corte de Casación en el caso de la sucesión testamentaria de la señora Jeanne-Marie Dugourg quien instituyó como heredero a su hijo Francois Ippid Pendaries procreado con su cuñado Francois Pendaries a quien nombró heredero sustituto, mismo testamento que fue impugnado por los herederos legítimos.
2. Contratos reales: La obligación del receptor del bien nace por la entrega de éste, por eso esta prestación previa es su causa o fundamento.	2. Domat confundió causa con la <i>res romana</i> y llamó causa al hecho generador de la obligación por confundirlo con <i>causa obligationis</i> (fuente productora de obligaciones).	Sustituye la palabra causa por fin determinante de la voluntad (razones, móviles, motivos o resortes de la voluntad).
3. Contratos Gratuitos: La causa es el motivo de la intención de la liberalidad, la razón para donar.	3. Domat reprodujo literalmente el significado romano de la palabra causa, pero le agrego una importancia que sus creadores no le concedieron, confundió al motivo con la causa.	Se desarrolla a partir de 1832. Se han propuesto teorías objetivas (la causa es la razón económica de la obligación o la causa es el interés de los contratantes) y subjetivas.
Base conceptual: Causa final: Propósito, fin directo o finalidad inmediata de las partes al contratar, es: intrínseca, objetiva, abstracta, general, impersonal, colectiva, exterior, cierta, esencial (orgánica), inmediata, propia del acto. Responde a la pregunta ¿para qué?	Crítica: Domat dio tres reglas diferentes para encontrar la causa, no una fórmula única. No se puede dar una definición única de tres conceptos heterogéneos, cada significante tiene su propio significado.	Base conceptual: Causa impulsiva y/o determinante: motivo determinante para contratar, es: extrínseca, subjetiva, concreta, particular, personal, individual, interior, contingente, accidental, mediata, (remota) ajena al acto. Responde a la pregunta ¿por qué?
Integración de la causa La causa forma parte del consentimiento, objeto o motivo.	Confusión de la causa Se confundió a la causa con el consentimiento, con el objeto o con el fin.	Autonomía de la causa La causa como sinónimo de motivo es distinta del consentimiento y del objeto.
No se distingue entre la causa de la obligación de la causa del contrato.	La causa de la obligación es distinta de la del contrato.	Sugiere dos conceptos de causa, uno estricto y otro amplio, el primero corresponde a la de la obligación, el segundo a la del contrato.*

* Cfr SÁNCHEZ CORDERO DÁVILA, Jorge, "El Concepto de Causa en el Derecho Positivo Mexicano", <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2119/11.pdf>

Por nuestra parte, no consideramos que la teoría clásica de la causa en sí misma esté equivocada, pero no genera buenos resultados por su pretensión de aplicar una acepción única de esta palabra a los tres diferentes su-

puestos planteados por Domat. No es posible aplicar el mismo significado a esos tres significantes distintos. Esa presentación de una sola causa universal y omnicomprendiva a situaciones disímbolas entre sí, es su parte frágil y fácilmente quebrantable, incluso desde un enfoque apenas lingüístico y meramente conceptual. El mismo *definiens* no puede estar comprendido en tres diversos objetos de definición distintos entre ellos, tal como lo aplicó Domat, a cada *definiendum* le debe corresponder su propio *definiens* para evitar confusiones.

III. SITUACIÓN LEGISLATIVA

A. CODIFICACIÓN ORIGINAL

En el Código Napoleón, la causa está incluida como un requisito para la validez del contrato. Así lo establece su artículo 1108 que es el primero del capítulo II, “De los requisitos esenciales para la validez de los contratos”, que forma parte del Título III, “De los contratos o de las obligaciones contractuales en general”, del Libro Tercero “De los diferentes modos de adquirir la propiedad”, del citado código. El artículo mencionado es del texto siguiente:

Art. 1108.—Cuatro requisitos son esenciales para la validez de una convención:
El consentimiento de la parte que se obliga;
Su capacidad de contratar;
Un objeto cierto que forme la materia del compromiso;
Una causa lícita en la obligación.

Es de hacerse notar que la disposición expresamente se refiere a la causa de la obligación, no del contrato, y además está presentado como condicional para la validez de éste. El propio código le destina los tres artículos de la cuarta y última sección de capítulo II, título III del libro tercero antes citados, mediante los que se confirma que la causa regulada, es la de la obligación, dichas disposiciones son del texto siguiente:

Art. 1131.—La obligación sin causa, o la que se funda sobre una falsa o ilícita, no puede tener efecto alguno.

Art. 1132.—El pacto es válido, aunque no se explique la causa de él.

Art. 1133.—Es ilícita la causa, cuando está prohibida por la ley, y cuando es contraria al orden público o a las buenas costumbres.

En los comentarios al Código Napoleón, y particularmente su comparación con otros códigos europeos, se confirma la confusión y aplicación indiscriminada de la palabra causa por Domat, con sus inconvenientes ya señalados, por lo que:

es preciso no confundir —afirma Aguilera y Velasco— la causa de que hablan los artículos del Código Francés con la causa del derecho romano. En éste, según hemos tenido ocasión de observar en notas anteriores, los pactos no producían obligación, sino figuraban entre los contratos nominados y era preciso entonces que la obligación tuviese causa; y ésta era el cumplimiento de la obligación por parte de uno de los contrayentes. Si el otro no cumplía aquello a que estaba obligado, el primero adquiriría una acción para exigir el cumplimiento, porque habiendo dado causa a la obligación del otro contrayente, y no habiendo éste cumplido por su parte, faltaba causa a su propio compromiso. Esta acción se llamaba *condictio causa data non secuta*. Es indudable que el Código Napoleón no se refiere a la causa de las obligaciones en el mismo sentido que lo hacían los legisladores romanos, y, sin embargo, examinados los textos de los diferentes artículos del código que a la materia se refieren, se observa no poca oscuridad, y realmente no aparece definido a primera vista el verdadero sentido del epígrafe de la sección cuarta que es objeto de nuestro comentario. Es verdad que el artículo 1131, conforme en esto con las disposiciones del 1108, exige para la validez de un contrato que haya una causa en la obligación; lo que parece indicar que el legislador se ocupa en la sección referida de la causa de las obligaciones. Pero la redacción del artículo 1132, supone que no se trata ya de la causa de la obligación, sino de la del contrato. La misma confusión que se nota en los artículos del código se ve también en las doctrinas de Pothier, en que tanto se inspiraron los redactores de aquel y en las exposiciones de motivos y discursos que le preceden. En unos y otros se usan indistintamente las frases causas de las obligaciones, causas de las convenciones y causas de los contratos. En el mismo defecto han incurrido muchos de los autores que han comentado la ley civil francesa, cuando en realidad se trata de conceptos distintos. Es preciso no confundir, pues, la causa de la obligación con el motivo determinante del contrato; cualquiera que haya sido el origen que haya determinado la voluntad de las partes para ponerlas en condición de contratar, en nada influirá en la validez del compromiso, a no ser que los mismos contrayentes les hagan depender de la existencia del motivo. No es lo mismo cuando se trata de la causa de los contratos. Ésta no es la misma en todos ellos, varía según su naturaleza. En los contratos bilaterales, consiste en aquello que uno de los contrayentes tiene que dar o hacer en beneficio del otro. Así, por ejemplo, en el contrato de compra-venta, la causa para el vendedor será el pago del precio por parte del comprador, y para éste consistirá la causa en la trasmisión que aquel le hace de su propiedad. En los contratos gratuitos, llamados en derecho francés y en traducción literal “de Beneficencia”, se encuentra la causa en la voluntad

realizada por uno de los contratantes al procurar al otro un beneficio. La causa de la obligación puede también consistir en una obligación anterior. En resumen, son causas de la obligación convencional o del contrato, el compromiso que se impone el contrayente, la liberalidad y una obligación anterior. A estas causas se refiere la sección 4, título 3, libro 3 del Código Napoleón, que en manera alguna podía hacer relación porque no tenían ya razón de ser a las teorías que en este punto establecía el derecho romano. (DALLOZ, *Repertoire de legislation*).¹⁰

IV. LEGISLACIÓN NACIONAL

A. ANTECEDENTES

El legislador mexicano de 1870 no incluyó a la causa en la regulación contractual específica (libro tercero) ni en el apartado destinado a las obligaciones en general (título segundo) de dicho libro, en el código civil de aquel año. Particularmente, el artículo correlativo es el 1395 del tenor siguiente:

Art. 1395. Para que el contrato sea válido debe reunir las siguientes condiciones:

- 1ª Capacidad de los contrayentes;
- 2ª Mutuo consentimiento;
- 3ª Objeto lícito.

En el resultado legislativo de 1884 en materia civil tampoco se contiene referencia alguna a la causa, pues el artículo equivalente de dicho ordenamiento, el 1279, sí agregó a la forma, pero a la causa no la menciona en su redacción. Su texto es como sigue:

Art. 1279. Para que el contrato sea válido debe reunir las siguientes condiciones:

- I. Capacidad de los contrayentes;
- II. Mutuo consentimiento.
- III. Que el objeto materia del contrato sea lícito;
- IV. Que se haya celebrado con las formalidades externas que exige la ley.

El citado artículo comparte las dos primeras fracciones con su antecedente en el Código Francés (art. 1108), pero a diferencia de éste, en la fracción

¹⁰ AGUILERA Y VELASCO, Alberto, *Código Civil Francés*, Madrid, España, 1875, colección de códigos europeos, primer grupo, primera sección, pp. 193-194.

tercera incluyó una combinación del objeto y su licitud, y particularmente en la cuarta y última fracción, prefirió a la forma sobre la causa.

El contenido de dichas disposiciones gemelas en esos dos ordenamientos nacionales históricos, ha generado en varios autores la afirmación de que ambos, tanto el de 1870 como el de 1884 son anticausalistas, pero desde nuestra perspectiva solo son neutrales o hasta indiferentes ante la teoría de la causa, pues es cierto que no la incluyen, pero tampoco la desconocen expresamente. Tal afirmación sería tanto como concluir que todas las ideas anteriores a la teoría de la causa son anticausalistas, pero no es posible ser opositor de lo desconocido.

B. PREVISIÓN ACTUAL

En el Código Civil de 1928, antecedente inmediato del actual Código Civil Federal y del aplicable en el Distrito Federal, ambos de idéntico contenido en este sentido, sí se regula la causa, pero no la de la propuesta por la teoría clásica francesa. Particularmente en el contenido de sus artículos 1301, 1304, ambos en materia sucesoria, 1795 que enumera las razones de invalidez del contrato, 1813 previsor del error sobre el motivo determinante de la voluntad, 1831 exigente de la licitud en el contrato, y 2225 sancionador de la ilicitud, mismos seis artículos reguladores de la causa, en los términos siguientes:

Artículo 1301.—Las disposiciones hechas a título universal o particular no tienen ningún efecto cuando se funden en una causa expresa, que resulte errónea, si ha sido la única que determinó la voluntad del testador.

Artículo 1304.—La expresión de una causa contraria a derecho, aunque sea verdadera, se tendrá por no escrita

Artículo 1795.—El contrato puede ser invalidado:

I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;

II. Por vicios del consentimiento;

III. Porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito;

IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

Artículo 1813.—El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa.

Artículo 1831.—El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres.

Artículo 2225.—La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley.

Creemos que en todos estos supuestos la causa está entendida y aplicada como motivo determinante de la voluntad, es decir, como causa impulsiva, que es la visión de la corriente francesa basada en la jurisprudencia generada por la ya citada sucesión (originalmente testamentaria y finalmente intestamentaria) de la señora Jeanne-Marie Dugourg. Contundentemente, esa interpretación de equivalencia legal entre motivo y causa se confirma con el contenido expreso de la parte final del artículo 1813, amén de que esa misma aplicación sinónima de dichos términos se puede aplicar en todos y cada uno los demás preceptos.

En conclusión, en la legislación civil mexicana inicialmente no fue incluida la teoría de la causa en su vertiente clásica, es decir, la causa final o causa de la obligación, y en los ordenamientos vigentes sí está incorporada, pero en su versión de causa impulsiva, es decir como móvil o motivo determinante de la voluntad del sujeto que lo lleva a contratar, y que consecuentemente es considerada como causa, pero no de la obligación subyacente en el contrato, sino del contrato mismo.

C. TENDENCIAS ACTUALES

La teoría de la causa, de genética francesa, tanto en su autor, como en sus promotores y defensores, e incluso en su principal opositor, ha evolucionado a partir de la aplicación práctica por los tribunales nacionales de aquel país. Los órganos jurisdiccionales la instrumentaron como medio de control del equilibrio cuantitativo de las prestaciones contractuales, con lo que se inició una tendencia conocida generalmente como “subjetivización de la causa objetiva”. Esta corriente plantea como principal beneficio la justicia contractual, pero representa riesgos para la seguridad y certeza (previsibilidad), fines también fundamentales del sistema jurídico con inclusión de la repercusión negativa en el ámbito contractual.

La tendencia generalizada actual es la supresión de la teoría de la causa por considerar que ya está comprendida en otras figuras jurídicas como el objeto, la lesión o el error, o por lo menos su sustitución por otros conceptos, como el interés, por ejemplo, con sus propias y nuevas inconveniencias de este otro signifiante o *definiendum*.

D. EN EL DERECHO FRANCÉS

Internamente, en el propio derecho en que nació, en dos de los tres proyectos de reforma se abandona a la causa:

a) En el de la Cancillería se sustituye por el concepto de interés, al establecer en su artículo 85 que “cada parte debe tener un interés al contrato que justifique su compromiso”, con la inconveniencia de la ambigüedad de esta palabra;

b) En el de Francois Terré queda comprendida dentro del objeto pues propone que “cuando en un contrato sinalagmático, una de las obligaciones es sin objeto, la obligación correlativa es nula”, y

c) Solo en el proyecto Catalá se conserva.

Algunos autores en favor de la supresión de la causa son: D. Mazeaud, Larroumet, Terré y D. Houtcieff en las obras recientes (2008) *Réforme du droit des contrats, La cause est entendue, De la cause de l'obligation à l'intérêt au contrat, Adde, Pour une réforme du droit des contrats*.

Por su parte, en contra de la supresión de la causa, están los autores P. Catala, R. Cabrillac y A. Ghozi et Y. Lequette, en las respectivas obras: *Deux regards inhabituels sur la cause dans les contrats, Le projet de réforme du droit des contrats, Premières impressions y La réforme du droit des contrats: brèves observations sur le projet de la Chancellerie, también de reciente presentación* (2008 y 2009)

E. EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

a) En el otro gran sistema jurídico basado en los precedentes judiciales, el *common law*, no existe un concepto equivalente a la causa, si acaso, lo más cercano es el de *consideration*, pero con alcances y aplicación distintos.

b) Tampoco está contenida la causa en la Convención de Viena sobre compraventa de mercaderías, ni en el Proyecto de Código Europeo de Contratos, o en los principios unificadores de UNIDROIT.

c) En las legislaciones nacionales de Alemania, Suiza, China o Vietnam, entre otras, también se ha cerrado la puerta del capítulo de la causa.

F. ÁMBITO NACIONAL

Finalmente, en el sistema jurídico mexicano, la causa tampoco tuvo cabida en las Propuestas a un Proyecto de Código Civil para el Distrito Federal presentado en 2001, pues en dicho proyecto:

se concibió al acto jurídico como un concepto compuesto por dos elementos de fondo, la voluntad, o consentimiento en su caso, cuando se trata de actos pluripersonales, y el objeto con sus dos especies, el directo y el indirecto. Se tomó en cuenta además la participación de la solemnidad como un tercer elemento, éste de forma, precisamente en los actos jurídicos solemnes por tratarlos así la ley. Voluntad y objeto deben satisfacer a su vez los requisitos considerados doctrinalmente como elementos de validez. Tales son los casos de la capacidad de ejercicio, de la ausencia de vicios y de la forma para la voluntad, lo cual se traduce en que éstas deben corresponder a personas capaces de ejercicio, es decir, que la ley les reconozca la aptitud para otorgar el acto correspondiente. Deben manifestarse sin vicios, esto es, consciente y libremente, sin error y sin miedo respectivamente y deben, en tercer lugar, manifestarse en observancia de las formalidades establecidas por la ley para ese otorgamiento. El objeto directo, por su parte, además de ser jurídicamente posible debe ser lícito; el indirecto, si es una cosa, deberá ser tanto física como jurídicamente posible, y el hecho, por su parte, también posible y lícito.¹¹

¹¹ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo (coord.), *Propuestas A Un Proyecto de Código Civil Para el Distrito Federal*, Editorial Porrúa, México, 2001, p. 42.

EL CONTRATO DE FIANZA, UN CONTRATO EN EXTINCIÓN

Oscar Solís Arana¹



I. INTRODUCCIÓN

Cuando se habla del contrato de fianza, inmediatamente llegan a la mente las palabras confianza, seguridad, cumplimiento, satisfacción; ya que cuando se celebra una obligación siempre existe la posibilidad de que la misma sea incumplida y ese riesgo se puede ver mitigado por la celebración de un contrato adicional —accesorio, lo llama la ley— que permitirá tener mayor certeza en el cumplimiento de la obligación. A dicho contrato se le denomina “fianza”, mismo que se clasifica dentro de la familia de los contratos de garantía, que en materia civil los podemos identificar como: de garantía personal (la fianza) y de garantía real (la prenda y la hipoteca).

Es conocido por el grueso de la población que el fiador será una persona que deberá cumplir las obligaciones para el caso de que el deudor principal no lo haga y que de alguna manera la dará mayor certeza de que la obligación se cubra debidamente.

El mayor número de contratos de fianza civil que se celebran en nuestro país, tiene una íntima relación con los contratos de arrendamiento, por ser éste uno de los instrumentos más utilizados en nuestro país para transmitir el uso de un bien a cambio de una contraprestación en dinero.

Dentro de las operaciones mercantiles se genera la utilización de la fianza mercantil, que es la que se celebra a través de compañías legalmente autorizadas para llevar a cabo tal función por parte de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Dichas compañías se encuentran debidamente supervisadas tanto por la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (CNSF) como

¹ Profesor, por oposición, de las materias de (I) obligaciones y (II) contratos. Palmas por 25 años de profesor, por oposición. Medalla al mérito académico 2016. Distinguido integrante del Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la UNAM.

por la Comisión Nacional de Protección Para los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF), y que son las que más se utilizan para el ramo del cumplimiento de contratos sobre todo en materia de obra pública, así como para el cumplimiento de las obligaciones ante los tribunales. Este tipo de fianzas se extienden a través de un documento denominado póliza, en el que se establecerá el alcance en el cumplimiento por parte de la compañía afianzadora.

En este último tema centraremos nuestro pequeño estudio, ya que, ¿qué pensaría el lector si le comento que la corte, a través de una resolución emitida por un tribunal colegiado, ha puesto en duda la vida y funcionalidad de las fianzas al determinar que, antes de poder demandar a una afianzadora, primero tendremos que demostrar, con un procedimiento judicial firme, que hemos vencido al deudor principal, y posteriormente podremos entonces dirigir nuestras baterías en contra de la afianzadora? Este tema es verdaderamente trascendente, ya que, en primera instancia, podría pensarse que las compañías afianzadoras gozarían del “privilegio” de no pagar sus obligaciones hasta que se demuestre lo señalado por la corte o, en su caso, que la figura de la fianza mercantil cayera en desuso por la imposibilidad de hacer efectivas las obligaciones garantizas por esta.

II. DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE FIANZA

Para poder entender debidamente el tema que analizaremos, a continuación, me permito señalar la definición que establece la ley del contrato de fianza.

En términos de lo dispuesto por el artículo 2794 del Código Civil Federal, tenemos que la fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor si éste no lo hace.

El maestro Miguel Ángel Zamora y Valencia, en su libro intitulado de los Contratos Civiles, señala:

El contrato de fianza es aquel por virtud del cual una de las partes llamada fiador se obliga ante la otra llamada acreedor, al cumplimiento de una prestación determinada, para el caso de que un tercero, deudor de éste último, no cumpla con su obligación.²

² ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, *Contratos Civiles*, Editorial Porrúa, México, 2007, p. 405.

El maestro Jorge Sánchez Cordero, en el libro realizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, refiere:

La fianza, en términos del artículo 2794, es un contrato por el que una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace. Se hace hincapié en el hecho de que el fiado, no es parte en el contrato de fianza. (artículo 2796 del Código Civil).

El maestro Bernardo Pérez Fernández del Castillo señala:

La fianza es un contrato de garantía en virtud del cual una persona llamada fiador, se obliga a pagar al acreedor si el deudor de la obligación garantizada no lo hace (Art. 2794). Se celebra entre el acreedor y un tercero, independientemente de que el deudor esté o no de acuerdo.³

Los maestros Fausto Rico Álvarez y Patricio Garza Bandala refieren:

La fianza, al igual que los demás contratos de garantía que regula el Código Civil, tiene por objeto asegurar al acreedor el pago de la responsabilidad civil derivada del incumplimiento de una obligación.⁴

De todas estas definiciones en las que el acreedor busca asegurar el pago de la responsabilidad derivada de un incumplimiento en determinadas obligaciones, es que la mayoría de la población busca contar con medios adicionales que le aseguren la satisfacción final, lo que nos lleva a la necesidad de celebrar un contrato de fianza.

Cuando las personas ponen en riesgo sus propiedades o la posesión de sus bienes, están interesadas en contar con un instrumento jurídico que les permita tener una certeza de que las obligaciones relacionadas con dichas propiedades o posesiones serán cabalmente cumplidas con la intervención de un tercero identificado como el fiador, de ahí que sea prácticamente una constante el que se recurra a dicha figura.

Con las definiciones que se han señalado anteriormente, queda debidamente acreditada la utilidad del contrato de fianza, al brindarle al acreedor la posibilidad de que otra persona distinta de su deudor le responda en el cumplimiento de las obligaciones.

³ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Contratos Civiles*, Editorial Porrúa, México, 2014, p. 343.

⁴ RICO ÁLVAREZ, Fausto; GARZA BANDALA, Patricio, *De los Contratos Civiles*, Editorial Porrúa, México, 2015, p. 385.

III. ELEMENTOS DEL CONTRATO DE FIANZA

A continuación, mencionaremos algunos elementos del contrato de fianza para poder entender mejor la figura.

i. *Es un contrato generalmente unilateral* porque una sola de las partes se obliga. La parte que se obliga es el fiador frente al acreedor a responder por la obligación principal en caso de que éste no cumpla. Pudiera de forma excepcional presentarse la bilateralidad en el contrato de fianza, en el caso de que el acreedor pagara cierta suma al fiador para que sea el garante, es decir, cuando el acreedor se obliga a remunerar esta gestión del fiador. Ahora bien, si el que paga por la fianza es el deudor no existe bilateralidad, ya que el deudor no es parte en el contrato de fianza, pues ésta solo se establece entre el acreedor y el fiador.

ii. *Es un contrato consensual*. Como todos los contratos que se establecen en el Código Civil, basta la simple manifestación de voluntad del garante y la aceptación del acreedor para que quede perfeccionado el contrato de fianza. Es un contrato que nace en el momento en que el fiador se compromete con el acreedor a subsanar una obligación principal, en caso de incumplimiento del deudor.

iii. *El contrato de fianza en principio es gratuito*. La fianza nace como un favor que una persona le hace a otra y no presupone remuneración de ninguna especie, pero puede darse el caso de que sea onerosa. Este caso puede darse cuando el acreedor se obliga a remunerar al fiador para su aceptación, por lo cual se convertirá en contrato oneroso.

iv. *Es un contrato conmutativo*, cuando una persona se constituye en fiador, desde el mismo momento en que nace la obligación, sabe a qué está obligado y por qué va a responder en caso de incumplimiento del deudor, es decir, ya sabe hasta dónde llega la obligación por la que tiene que responder.

v. *La característica más importante de este contrato es que es accesorio*, ya que depende para su existencia de una obligación principal válida. Cuando dicha obligación es incumplida el fiador ha de responder por ella ante el acreedor. Si no hay una obligación principal no puede haber fianza. Si la obligación principal es nula, la obligación accesorio también será nula. Si la obligación principal se extingue de igual manera se extingue la fianza.

IV. LA FIANZA MERCANTIL

Así como hemos mencionado que es una práctica usual el que se celebren contratos de fianza para garantizar contratos de arrendamientos civiles, también existe un uso constante de las fianzas mercantiles en el día a día en

nuestro país. En esas condiciones es importante tener un concepto de lo que es la fianza mercantil.

La fianza mercantil es la garantía otorgada por un comerciante a otro, derivada de operaciones mercantiles.

Como subespecie de la fianza mercantil se encuentra la fianza otorgada por compañía legalmente autorizada. Esta fianza es la otorgada por una sociedad anónima, autorizada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para otorgar todo tipo de fianzas y cobrar por este servicio, pudiendo comercializar sus ventas por agentes comisionistas, operando bajo normas técnicas y apegadas a leyes y reglamentos, y teniendo una capacidad de asumir responsabilidades por su solvencia económica y su técnica operacional.

V. PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE LA FIANZA

El objeto de la fianza es el de dar certeza a los acreedores, garantizando las obligaciones de los fiados; sin embargo, por añadidura, las pólizas de fianzas mercantiles o de empresa deben evitar que se desarrollen litigios entre los deudores y acreedores, puesto que al comparecer los beneficiarios ante una institución de fianzas por medio de procesos y procedimientos de índole privada relativamente sencillo, en el que cumpliendo con los requerimientos de la ley se puede obtener el cumplimiento pecuniario de su derecho, que es lo que la gente necesita.

Como se trata de procesos y procedimientos que no son de orden jurisdiccional o administrativo, los mismos pueden revestir características básicas de los procesos que se tramitan ante los tribunales. Incluso la ley reconoce validez legal a los procedimientos privados, pues estos revisten presunción legal en cuanto a las determinaciones y valoraciones de las afianzadoras en los dictámenes por ellas efectuados dentro de los procedimientos de reclamación.

1. Conforme al anterior artículo 93 de la Ley de Instituciones de Fianzas (LIF), hoy 279 de la actual Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas (LISF), el procedimiento es de índole privado, en el cual los beneficiarios particulares de fianzas u organismos del Estado, en su aspecto de particular (no de autoridad), comparecen ante las instituciones de fianzas a requerirlas por el pago de las pólizas de fianzas, adjuntando todos los medios necesarios para acreditar la existencia y exigibilidad de la obligación; procedimiento que concluye con un dictamen de la afianzadora en el cual, antepuesta valoración de los elementos aportados por el beneficiario y en, su caso, del fiado previo aviso del requerimiento, decide si el requerimiento es procedente o no. Dicho procedimiento reviste las características de hecho de un arbitraje, aunque no es considerado como tal.

2. Conforme al artículo 95 de la anterior LIF, hoy 279 y 282 de LISF, existe el procedimiento mixto, es decir, reviste características públicas y privadas, puesto que los beneficiarios de las pólizas, en este caso únicamente autoridades, efectúen actos de ejecución administrativa o fiscal en contra de las instituciones de fianzas, por medio de los cuales requieren a las afianzadoras por el pago, debiendo adjuntar como elementos para fundar y motivar dichos actos de autoridad los elementos necesarios para acreditar la existencia y exigibilidad de la obligación. En dicho procedimiento, los fiados tiene derecho a comparecer ante las afianzadoras a aportar los elementos necesarios para demostrar el cumplimiento de la obligación afianzada. Este procedimiento no concluye con dictamen, sino con el pago conforme al mandamiento judicial, a través del juicio de nulidad del acto de requerimiento en contra de la autoridad administrativa, que en caso de ser improcedente obliga a pagar a la institución de fianzas.

3. Conforme al artículo 94 de la anterior LIF, hoy 279 y 282 de la LISF, se da el procedimiento cuando las afianzadoras, previo agotamiento del procedimiento señalado en el artículo 93 de la anterior LIF hoy 278 de la LISF, se niegan a pagar a los beneficiarios de las pólizas, debiendo llevarse a cabo por medio de un juicio especial de fianzas, donde el beneficiario demanda a la institución de fianzas el pago de la póliza, el cual desde luego concluye con una sentencia en la que se condena o absuelve a la institución de fianzas.

4. Con estos procedimientos se topa cualquier persona que, una vez incumplida la obligación principal, decide hacer efectiva la póliza de fianza en los términos que se han señalado en los artículos de referencia.

VI. INTERPRETACIÓN DE LA CORTE DE LA EJECUCIÓN DE LA FIANZA

1. La Corte ha señalado que la declaración de terminación o rescisión de un contrato principal, garantizado con fianza, corresponde a un diverso contradictorio de la vía especial de fianzas, en el que las partes deben allegar las pruebas necesarias para demostrar que cumplieron con lo que les incumbe, mientras que su contraparte no lo hizo, y en su caso que se haga la declaratoria respectiva que permita advertir el incumplimiento en que incurrió la fiada respecto de ese contrato principal.

2. Que el incumplimiento del contrato principal atribuido a la fiada debe estar previamente resuelto a la fecha de presentación de la demanda en que se exija la garantía en la vía especial de fianzas.

3. Que, previo a la instauración de la vía especial de fianzas, es necesario que el contrato principal garantizado haya culminado, ya sea por voluntad de

las partes o bien por declaración judicial de incumplimiento de la fiada, para poder determinar a partir de ese supuesto la exigibilidad de la fianza y su proporción.

4. Que es hasta el momento en que exista un acuerdo de voluntades de las partes respecto del contrato original garantizado con la fianza, en que se determine la terminación del contrato, o cuando la autoridad judicial declara la rescisión de dicho contrato, en que se está en posibilidad de determinar si existió o no incumplimiento de las obligaciones garantizadas con la póliza de fianza y, por tanto, que ésta es exigible, ya que, previo a que se declare la rescisión del contrato, el beneficiario estará impedido legalmente para exigir a la afianzadora el pago del monto correspondiente, pues no existe dato certero que permita advertir el incumplimiento en que descansa la exigibilidad de la garantía.

5. Que se desconoce si quien incumplió fue la fiada o la beneficiaria de la fianza, razón por la cual se exige la determinación del incumplimiento atribuible a la primera para exigir el pago.

Así se refirió en la siguiente resolución:

FIANZA. EXIGIBILIDAD DE LA OTORGADA ENTRE PARTICULARES. AL SER UN PRESUPUESTO PARA LA VÍA ESPECIAL, EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN QUE LA HACE PROCEDENTE, DEBE ESTAR DETERMINADO JUDICIALMENTE PREVIO A LA INSTAURACIÓN DEL JUICIO, CUANDO EXISTE CONFLICTO DE INTERESES ENTRE AQUÉLLOS.—Cuando cualquiera de las partes incumple con las obligaciones contraídas merced a la celebración de un contrato entre particulares y con motivo de ello, surge un conflicto de intereses, es necesaria la intervención de la autoridad judicial a fin de dirimir la controversia y dar por terminado el contrato fuente de las obligaciones, con la correspondiente declaración de quién de las partes incumplió, o bien, que ambas partes incumplieron y en qué medida, con las consecuencias legales que ello implica. Estimar lo contrario violentaría el estado de derecho, al aceptar que los contratos pueden ser rescindidos unilateralmente, cuando una de las partes estime que la otra ha incumplido con las obligaciones contraídas, lo que implicaría hacerse justicia por propia mano, lo que resulta contrario al artículo 17 constitucional. En este orden de ideas, la acción de rescisión prevista en el artículo 1949 del Código Civil Federal establece, la posibilidad de que la parte que estime que se ha incumplido con el contrato, no obstante el cumplimiento que ella le ha dado, lo exija a su contraria, o bien, solicite la devolución de lo que entregó con motivo de obligaciones asumidas con motivo de aquél, como consecuencia de la rescisión por incumplimiento. Mientras que la vía especial de fianzas, es un procedimiento breve y especial que las partes deben substanciar ante los tribunales competentes a fin de exigir el pago de la fianza, por lo cual, se requiere que ésta sea

exigible a la fecha de su presentación, dado el incumplimiento del fiado, lo cual debe estar determinado previamente. Por tanto, la declaración de terminación del contrato, del que deriva la póliza de fianza base de la acción, que permita advertir el incumplimiento en que incurrió la fiada, no puede ser materia de litis en el juicio especial de fianzas, sino que corresponde a un diverso contradictorio, en el que las partes deben allegar las pruebas necesarias para demostrar que cumplieron con lo que les incumbe, mientras que su contraparte no lo hizo, y en su caso, que se declare la terminación del contrato. Esto es, que el presupuesto en que descansa la exigibilidad de la fianza, no puede ser materia de prueba directa en la vía especial, sino que éste debe estar previamente determinado a la fecha de presentación de la demanda en que se exija la garantía.

Décimo Primer Tribunal Colegiado En Materia Civil Del Primer Circuito.

Amparo directo 4/2010. T.G. Pacífico, S. de R.L. de C.V. 11 de marzo de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: María Concepción Alonso Flores. Secretaria: Rosa Alejandra Magoza y Saucedo.

Época: Novena Época, Registro: 164469, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXI, Junio de 2010, Materia(s): Civil, Tesis: I.11o.C.221 C, Página: 925

FIANZA. OBLIGACIONES DERIVADAS DE CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE PARTICULARES. SU CADUCIDAD DEBE COMPUTARSE A PARTIR DE QUE SE DECLARA JUDICIALMENTE LA RESCISIÓN DEL CONTRATO QUE DA ORIGEN A LA OBLIGACIÓN QUE GARANTIZA.—La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de jurisprudencia de rubro: “FIANZAS PARA GARANTIZAR OBLIGACIONES DERIVADAS DE CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA. SU CADUCIDAD DEBE COMPUTARSE A PARTIR DE QUE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA NOTIFICA LA RESCISIÓN POR CAUSAS IMPUTABLES AL CONTRATISTA”, consideró que la caducidad de la fianza para garantizar obligaciones derivadas de un contrato de obra pública, comienza a computarse a partir de que se notifica la rescisión del contrato por causas imputables al contratista y no del momento en que el contratista incurrió en incumplimiento, o cuando se extinguió la póliza de fianza, pues previamente a dicha notificación, las autoridades estaban impedidas legalmente para exigir a la afianzadora el pago del monto correspondiente. Ese criterio es aplicable por analogía a los contratos celebrados entre particulares, toda vez que el incumplimiento de la obligación que hace exigible la póliza de fianza, cuando existe conflicto de intereses entre particulares, debe estar previamente determinado a la instauración del juicio en la vía especial, al ser un presupuesto de la acción. Consecuentemente, es hasta el momento en que la autoridad judicial declara la rescisión del contrato, en que se está en posibilidad de determinar si existió o no incumplimiento de las obligaciones garantizadas con la póliza de fianza, y por tanto, que ésta es exigible, por lo que la caducidad y en su caso, la prescripción, se computarán a partir de ese supuesto, ya que previo a que se declare la rescisión del contrato, el beneficiario estará impedido legalmente para exigir a la afianzadora el pago del monto correspondiente, pues no existe dato cer-

tero que permita advertir el incumplimiento en que descansa la exigibilidad de la garantía.

Décimo Primer Tribunal Colegiado En Materia Civil Del Primer Circuito.

Amparo directo 4/2010. T.G. Pacífico, S. de R.L. de C.V. 11 de marzo de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: María Concepción Alonso Flores. Secretaria: Rosa Alejandra Macoza y Saucedo.

Nota: La tesis de jurisprudencia citada, aparece publicada con la clave 1a./J. 94/2005 en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXII, octubre de 2005, página 254.

Época: Novena Época, Registro: 164468, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXXI, Junio de 2010 Materia(s): Civil, Tesis: I.11o.C.222 C, Página: 926

VII. CRÍTICA JURÍDICA RELACIONADA CON LA REFERIDA TESIS

1. Con la señalada tesis, el tribunal que la emite se aparta del criterio, hasta la fecha existente, de que la relación jurídica en un contrato de fianza se genera única y exclusivamente entre el acreedor y la empresa fiadora, a luz de la póliza que al efecto expide la compañía afianzadora y en términos de lo dispuesto por el artículo 2794 del Código Civil Federal.

Artículo 2794.—La fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace.

En esa virtud, el artículo 93 de la anterior LIF hoy 279 de la LISF disponen lo siguiente:

Artículo 279.—Los beneficiarios de fianzas deberán presentar sus reclamaciones por responsabilidades derivadas de los derechos y obligaciones que consten en la póliza respectiva, directamente ante la Institución. En caso que ésta no le dé contestación dentro del término legal o que exista inconformidad respecto de la resolución emitida por la misma, el reclamante podrá, a su elección, hacer valer sus derechos ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros o bien, ante los tribunales competentes en los términos previstos por el artículo 280 de esta Ley.

En las reclamaciones en contra de las Instituciones, se observará lo siguiente:

I. El beneficiario requerirá por escrito a la Institución de que se trate el pago de la fianza, acompañando la documentación y demás elementos que sean necesarios para demostrar la existencia y la exigibilidad de la obligación garantizada por la fianza.

La Institución tendrá derecho a solicitar al beneficiario todo tipo de información o documentación que sean necesarias relacionadas con la fianza motivo de la reclamación, para lo cual dispondrá de un plazo hasta de quince días,

contado a partir de la fecha en que le fue presentada dicha reclamación. En este caso, el beneficiario tendrá quince días para proporcionar la documentación e información requeridas y de no hacerlo en dicho término, se tendrá por integrada la reclamación.

Si la Institución no hace uso del derecho a que se refiere el párrafo anterior, se tendrá por integrada la reclamación del beneficiario.

Una vez integrada la reclamación en los términos de los dos párrafos anteriores, la Institución tendrá un plazo hasta de treinta días, contado a partir de la fecha en que fue integrada la reclamación, para proceder a su pago, o en su caso, para comunicar por escrito al beneficiario las razones, causas o motivos de su improcedencia;

II. Si a juicio de la Institución procede parcialmente la reclamación, podrá hacer el pago de lo que reconozca dentro del plazo que corresponda, conforme a lo establecido en la fracción anterior y el beneficiario estará obligado a recibirlo, sin perjuicio de que haga valer sus derechos por la diferencia, en los términos de la fracción III de este artículo. Si el pago se hace después del plazo referido, la Institución deberá cubrir los intereses mencionados en el artículo 283 de esta Ley, en el lapso que dicho artículo establece, contado a partir de la fecha en que debió hacerse el pago, teniendo el beneficiario acción en los términos del artículo 280 de esta Ley; en el lapso que dicho artículo establece, contado a partir de la fecha en que debió hacerse el pago, teniendo el beneficiario acción en los términos del artículo 280 de esta Ley;

III. Cuando el beneficiario no esté conforme con la resolución que le hubiere comunicado la Institución, podrá a su elección, acudir ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros a efecto de que su reclamación se lleve a través de un procedimiento conciliatorio, o hacer valer sus derechos ante los tribunales competentes conforme a lo establecido en el artículo 280 de esta Ley, y

IV. La sola presentación de la reclamación a la Institución en los términos de la fracción I de este artículo, interrumpirá la prescripción establecida en el artículo 175 de esta Ley.

De lo cual se aprecia que para hacer el reclamo derivado de los derechos y obligaciones de la fianza, los mismos deben constar únicamente en la póliza y en ningún otro documento y menos aún, existir fehacientemente una resolución que determine el incumplimiento de las obligaciones del fiado, ya que en el propio procedimiento se prevé la manera de hacer del conocimiento de la afianzadora el incumplimiento por parte de su fiado a efecto de requerirlo y constatar de manera eficaz este haya incumplido y por tanto dentro del término que señala la ley emitir una resolución al acreedor, quien ante dicha resolución puede ejercer los derechos correspondientes ante la CONDUSEF o ante los Tribunales competentes.

En el mismo sentido, el artículo en mención nos refiere a lo dispuesto por el artículo 280 de la ley de marras, a efecto de seguir el procedimiento correspondiente, el cual textualmente señala lo siguiente:

Artículo 280.—Los juicios contra las Instituciones se substanciarán conforme a las siguientes reglas:

I. Se emplazará a la Institución y se le correrá traslado de la demanda para que la conteste en un plazo de cinco días hábiles, aumentados con los que correspondan por razón de la distancia;

II. Se concederá un término ordinario de prueba por diez días hábiles, transcurrido el cual actor y demandado, sucesivamente, gozarán de un plazo de tres días hábiles para alegar por escrito;

III. El tribunal o juez dictará sentencia en el plazo de cinco días hábiles;

IV. Contra las sentencias dictadas en los juicios a que se refiere este artículo, procederá el recurso de apelación en ambos efectos en términos del Código de Comercio. Contra las demás resoluciones, procederán los recursos que establece dicho Código;

V. Las sentencias y mandamientos de embargo dictados en contra de las Instituciones, se ejecutarán conforme a las siguientes reglas:

a) Tratándose de sentencia ejecutoriada que condene a pagar a la Institución, el Juez de los autos requerirá a la Institución, si hubiere sido condenada, para que compruebe dentro de las setenta y dos horas siguientes, haber pagado las prestaciones a que hubiere sido condenada y en caso de omitir la comprobación, el Juez ordene al intermediario del mercado de valores o a la institución depositaria de los valores de la Institución que, sin responsabilidad para la institución depositaria y sin requerir el consentimiento de la Institución, efectúe el remate de valores propiedad de la Institución, o, tratándose de instituciones para el depósito de valores a que se refiere la Ley del Mercado de Valores, transfiera los valores a un intermediario del mercado de valores para que éste efectúe dicho remate.

En los contratos que celebren las Instituciones para la administración, intermediación, depósito o custodia de títulos o valores que formen parte de su activo, deberá establecerse la obligación del intermediario del mercado de valores o de la institución depositaria de dar cumplimiento a lo previsto en este inciso.

Tratándose de los contratos que celebren las Instituciones con instituciones depositarias de valores, deberá preverse el intermediario del mercado de valores al que la institución depositaria deberá transferir los valores para dar cumplimiento a lo señalado en el párrafo anterior y con el que la Institución deberá tener celebrado un contrato en el que se establezca la obligación de rematar valores para dar cumplimiento a lo previsto en este inciso.

Los intermediarios del mercado de valores y las instituciones depositarias de los valores con los que las Instituciones tengan celebrados contratos para la administración, intermediación, depósito o custodia de títulos o valores que formen

parte de su activo, quedarán sujetos, en cuanto a lo señalado en el presente artículo, a lo dispuesto en esta Ley y a las demás disposiciones aplicables, y

b) Tratándose de mandamientos de embargo dictados por la autoridad judicial o administrativa, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros determinará los bienes de la Institución que deban afectarse en garantía exclusiva del cumplimiento de las obligaciones por las que se ordenó el embargo. La referida Comisión dictará las disposiciones de carácter general sobre el depósito de dichos bienes;

VI. El Código de Comercio y el Código Federal de Procedimientos Civiles, en ese orden, son supletorios de las reglas procesales contenidas en este artículo y son aplicables al juicio todas las instituciones procesales que establecen dichos ordenamientos;

VII. Los particulares podrán elegir libremente jueces federales o locales para el trámite de su reclamación, y

VIII. Las Instituciones tendrán derecho, en los términos de la legislación aplicable, a oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal, incluyendo todas las causas de liberación de la fianza.

Por tanto, no establece la ley de ninguna manera que sea indispensable llamar al procedimiento al Fiado por no haber intervenido en la relación contractual de la Fianza.

2. En la resolución en comento solicita la existencia de una resolución derivada de un procedimiento previo para determinar la procedencia o no de la acción intentada, olvidando que la propia LISF prevé un procedimiento administrativo previo que se tramita en la propia afianzadora.

3. Pensar de la manera en que lo hace el Tribunal Colegiado que emitió dicho criterio, dejaría sin efectos la certeza que se tiene de hacer efectivas las fianzas como un verdadero instrumento de cumplimiento de obligaciones, en virtud de que se obligaría de una manera injustificada a iniciar un procedimiento previo en contra del fiado para que después de todas las instancias, y una vez obtenida la sentencia favorable, se pueda iniciar entonces con el procedimiento especial de ejecución de fianzas.

4. Ese criterio, de ser utilizado en forma general, podría acarrear que las afianzadoras dejaran de cumplir con sus obligaciones, ya que el mandamiento expreso que se hace en dicha resolución así se los permitiría, pero, en consecuencia, se dejaría de recurrir a las afianzadoras como instrumento de cumplimiento adicional de obligaciones por la dificultad en su proceso de ejecución.

En conversación personal del auto de este artículo con la Magistrada Ponente, respetuosamente se le hizo ver las consecuencias que acarrearía el que se aplicara en forma desmedida el señalado criterio, a lo cual, convencida de no ser portadora de la verdad, refirió que propuso su publicación

buscando la existencia de una contracción de tesis para lograr la definición al respecto.

Bajo estas condiciones los que pensamos que el contrato de fianza no debe ser interpretado de esa manera, estamos obligados a proponer la contradicción de dicho criterio para devolverle al contrato de fianza su fuerza obligatoria que le permita seguir siendo utilizado por todos los gobernados.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- PÉREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, *Contratos Civiles*, Editorial Porrúa, 2014.
- RICO ÁLVAREZ, Fausto y GARZA BANDALA, Patricio, *De los Contratos Civiles*, Editorial Porrúa, 2015.
- SÁNCHEZ CORDERO, Jorge, en el libro realizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su cuarta reimpresión en octubre del 2009.
- ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, *Contratos Civiles*, Editorial Porrúa, 2007.

EL CONTRATO DE DONACIÓN

Vicente Solís Arana¹



AGRADECIMIENTO, EN DECÁLOGO

Al hablar del doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, vienen a mi memoria muchas anécdotas que he sido afortunado de vivir con él y su familia, por eso, en forma de decálogo, presento mi agradecimiento y admiración como a continuación se indica:

1. Generoso

Sin duda que es una persona generosa, todo aquel que se acerca a consultarle encuentra una luz ante la oscuridad de sus dudas. Siempre está dispuesto a ayudar a la gente. Recuerdo que casi en todas las ocasiones que se le consulta, después de dar respuesta a lo solicitado, termina recomendándote que te sigas preparando y que no dejes de estudiar.

2. Genérico

El doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez se ha convertido, hace mucho tiempo, en un genérico. En automático, cuando alguien en la Academia se refiere en el ámbito Civil y/o Notarial a “El doctor” pensamos en Jorge Alfredo Domínguez Martínez que, sin ninguna duda, es todo un ejemplo y un guía.

3. Maestro

De manera natural, referirme a él como “El maestro”, me hace pensar en la cultura Helénica: como cuando los que se iniciaban en la filosofía buscaban el mundo de las ideas.

En lo personal, no tuve el honor de ser su alumno en la licenciatura. Sin embargo, la vida me sonrió y me lo encontré en el curso de preceptoría que imparte el Colegio de Notarios de esta ciudad.

¹ Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM, de las materias de (I) obligaciones, y (ii) contratos. Aspirante a notario de la Ciudad de México y Secretario del colegio de profesores de Derecho Civil, de la Facultad de Derecho de la UNAM.

Cómo olvidar en aquel curso, en tono fuerte, ese “¡después de mí ya no entra nadie!” y el sonido de la puerta.

¡La fortuna que he tenido! Vinieron los exámenes profesionales en los que participé en el sínodo junto a él. Las diversas conferencias, de una gama de temas, como civil, notarial, registral, condominio y contratos; los concursos académicos de Civil organizados por el Colegio de Profesores de Derecho Civil de nuestra Facultad; la impartición de temas para ser expuestos en la especialidad o en otros cursos; y la joya de la corona: tuve la distinción de poder ayudarlo en la materia de Derecho de familia en la Facultad de Derecho de nuestra querida Universidad.

4. Notario

Es un gran Notario de la Ciudad de México desde el 20 de julio de 1973, ejercicio en que continúa para fortuna de muchos de nosotros y en beneficio de la fe pública de este país, además de haber sido Presidente del Colegio, en el cual goza de un gran respeto y admiración no solo de sus pares, sino también de todos los que lo integran.

Con respecto a la Ley del Notariado de esta ciudad, nadie podrá olvidar lo que no en pocas ocasiones ha repetido refiriéndose a las facultades del Notario, su frase más hecha: “¡si el Notario puede, el Notario debe!”.

5. Universitario de la UNAM

Sin duda que la filiación de la UNAM es uno de sus mayores orgullos, el cual compartimos, es decir, el doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez es de sangre azul y piel dorada.

6. Amigo

Sin duda que es un amigo para presumir. Estar en esa lista exclusiva hace la diferencia. Quien lo conoce sabe que atrás de ese ser no fácil y directo en sus opiniones, a veces duras, está el corazón suave de un gran amigo.

7. Guía

Es muy buen guía, como el faro que en la tormenta indica el camino con seguridad y precisión, lo que permite llegar siempre a buen puerto. ¡Sin duda un buen capitán!

8. Garantía

Le escuché decir que un notario de la Ciudad de México le comentó que si lo proponía él (del tema que estaban platicando) con seguridad debía de hacerse de esa manera, porque, para ese notario, lo propuesto por el doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez era una garantía de un buen resultado.

9. Libros

¡Por sus libros los conoceréis! No solo se necesita tener inteligencia para pensar claro, sino tener la dedicación de escribirlo, también claro, para posteriormente tener el valor de defenderlo.

Sin duda que el libro de “Derecho civil: parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez” se ha convertido en un libro obligatorio para todo estudiante de Derecho, sin importar que sea de la licenciatura o en el nivel de posgrado, cursos de actualización, acuerdos de los sábados o simplemente para citar en otras obras que se relacionan con el tema: es decir es un libro hecho en C.U. para todo el mundo.

Venturosamente, la lista de libros y artículos es casi inagotable, a veces uno se pregunta: ¿a qué hora tiene tiempo para escribir tanto y a ese nivel?

10. Colegio

Toda una época de gloria se vive en el Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la UNAM. Sin duda que habrá que agradecer a los que iniciaron el Colegio, pero, para ser justos, la dinámica que hoy tiene y el respaldo del señorío del Derecho civil han hecho que su presencia en los principales foros jurídicos de nuestro país sea indispensable.

En todo esto tiene mucho que ver nuestro homenajeado. En verdad que se ha convertido en una de esas personas que, aunque no están, sí están.

Hasta aquí el decálogo de agradecimiento.

I. CONTRATO POR DEFINICIÓN

Para referirnos a la donación, siempre tenemos que hablar de ella como eso precisamente, como un contrato, de tal manera que no quede duda de ello si se piensa en el contrato como un acuerdo de voluntades.

Así pues, los regalos podrán ser donación si existe un acuerdo de voluntades que permita que quede claro que la intención es celebrar contractualmente una transmisión de la propiedad del patrimonio de una persona al patrimonio de otra persona. Pero no siempre ha sido así, como es el caso del Código Napoleón que lo hizo como un acto jurídico unilateral.

Nuestro Código Civil de la Ciudad de México se refiere a la donación como un contrato, de la siguiente manera:

Artículo 2,332.—Donación es un contrato por el que una persona transfiere a otra, gratuitamente, una parte o la totalidad de sus bienes presentes.

Artículo 1,792.—Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

Artículo 1,793.—Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

II. OBJETO INDIRECTO, BIENES PRESENTES

Al referirse, en el contrato de donación, al objeto indirecto, estamos en presencia de otra excepción a las reglas generales de los contratos, que en este tema permiten, como regla general, la celebración de los contratos con un objeto indirecto futuro.

Nuestro Código Civil se refiere a esto de la siguiente manera:

Artículo 1,826.—Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato. Sin embargo, no puede serlo la herencia de una persona viva, aun cuando ésta preste su consentimiento.

Artículo 2,332.—Donación es un contrato por el que una persona transfiere a otra, gratuitamente, una parte o la totalidad de sus bienes presentes.

Artículo 2,333.—La donación no puede comprender los bienes futuros.

Artículo 2,347.—Es nula la donación que comprenda la totalidad de los bienes del donante, si éste no se reserva en propiedad o en usufructo lo necesario para vivir según sus circunstancias.

Artículo 2,349.—Si el que hace donación general de todos sus bienes, se reserva algunos para testar, sin otra declaración, se entenderá reservada la mitad de los bienes donados.

Artículo 2,355.—Si la donación fuere de todos los bienes, el donatario será responsable de todas las deudas del donante anteriormente contraídas; pero sólo hasta la cantidad concurrente con los bienes donados y siempre que las deudas tengan fecha auténtica.

Artículo 2,356.—Salvo que el donador dispusiere otra cosa, las donaciones que consistan en prestaciones periódicas se extinguen con la muerte del donante.

III. INTUITU PERSONAE, AUSENCIA DE VICIOS

Otra excepción a las reglas generales de los contratos, en este contrato que es considerado doctrinalmente como *intuitu personae*, porque en su celebra-

ción es razón y causa determinante de la voluntad del donante (persona que lleva a cabo la donación), para la formación del consentimiento, las cualidades particulares de la persona del donatario (persona que recibe la donación).

IV. CONSENTIMIENTO

En el contrato de donación, es otra excepción a las reglas de los contratos, que, en la formación del contrato, el consentimiento entre personas no presentes deberá estarse al sistema de la información.

Solo para precisar, en la doctrina se habla que, en la formación del consentimiento, existen cuatro sistemas por su acrónimo “DERI”: (i) Declaración, (ii) Expedición, (iii) Recepción e (iv) Información. A este último es al que me refiero.

Así, el contrato de donación será perfecto entre personas que no estén presentes, cuando el donatario acepte la donación en la forma establecida por nuestro Código Civil y que haga del conocimiento del donante la aceptación, en vida de éste. Así lo ordena nuestro código, según los siguientes artículos.

Artículo 2,340.—La donación es perfecta desde que el donatario la acepta y hace saber la aceptación al donador.

Artículo 2,346.—La aceptación de las donaciones se hará en la misma forma en que éstas deban hacerse; pero no surtirá efecto si no se hiciere en vida del donante.

V. FORMALIDAD

Por lo que se refiere a la formalidad del contrato de donación, es otra excepción a las reglas de los contratos, para empezar, nuestro código regula de manera diferenciada. La regulación es consensual por lo que se refiere a las donaciones de su libro primero. Y por lo que se refiere a la regulación del libro cuarto, aquí lo hace de manera formal, inclusive para algunas personas, en exceso de formalidad.

En la doctrina se repite con mucha frecuencia que este contrato está mal visto, argumentando que las personas deberían adquirir los bienes de su patrimonio por su propio trabajo y no aprovechándose, en ocasiones, de la falta de voluntad y en algunos momentos hasta de la pusilanimidad del donante. Así el Código Civil lo tiene escrito:

TÍTULO QUINTO
DEL MATRIMONIO

CAPÍTULO VII
De las donaciones antenuupciales

Artículo 219.—Son donaciones antenuupciales:

I. Las realizadas antes del matrimonio entre los futuros cónyuges, cualquiera que sea el nombre que la costumbre les haya dado; y

II. Las que un tercero hace a alguno o a ambos de los futuros cónyuges, en consideración al matrimonio.

Artículo 220.—(Derogado, g.O. 25 De mayo de 2000)

Artículo 221.—Las donaciones antenuupciales entre futuros cónyuges, aunque fueren varias, no podrán exceder reunidas de la sexta parte de los bienes del donante. En el exceso, la donación será inoficiosa.

Artículo 222.—Las donaciones antenuupciales hechas por un extraño, serán inoficiosas en los términos en que lo fueren las comunes.

Artículo 223.—Para calcular si es inoficiosa una donación antenuupcial, tiene el futuro cónyuge donatario y sus herederos la facultad de elegir la época en que se hizo la donación o la del fallecimiento del donador.

Artículo 224.—Si al hacerse la donación no se formó inventario de los bienes del donador, no podrá elegirse la época en que aquella se otorgó.

Artículo 225.—Las donaciones antenuupciales no necesitan para su validez de aceptación expresa.

Artículo 226.—Las donaciones antenuupciales no se revocan por sobrevenir hijos al donante.

Artículo 227.—Tampoco se revocarán por ingratitud, a no ser que el donante fuere un extraño, que la donación haya sido hecha a ambos esposos y que los dos sean ingratos.

Artículo 228.—Las donaciones antenuupciales hechas entre los futuros cónyuges serán revocadas cuando, durante el matrimonio, el donatario realiza conductas de adulterio, violencia familiar, abandono de las obligaciones alimentarias u otras que sean graves a juicio del Juez de lo Familiar, cometidas en perjuicio del donante o sus hijos.

Artículo 229.—Los menores podrán hacer las donaciones que señalan la fracción I del artículo 219, pero requerirán del consentimiento de las personas a que se refiere el artículo 148.

Artículo 230.—Las donaciones antenuptiales quedarán sin efecto si el matrimonio dejare de efectuarse. Los donantes tienen el derecho de exigir la devolución de lo que hubieren dado con motivo del matrimonio a partir del momento en que tuvo conocimiento de la no celebración de éste.

Artículo 231.—Son aplicables a las donaciones antenuptiales las reglas de las donaciones comunes, en todo lo que no fueren contrarias a este capítulo.

CAPÍTULO VIII

De las donaciones entre consortes

Artículo 232.—Los cónyuges pueden hacerse donaciones, con tal de que no sean contrarias a las capitulaciones matrimoniales, ni perjudiquen el derecho de los acreedores alimentarios.

Artículo 233.—Las donaciones entre cónyuges pueden ser revocadas por el donante, en los términos del artículo 228.

Artículo 234.—Las donaciones entre cónyuges no se revocarán por la supervenencia de hijos, pero se reducirán cuando sean inoficiosas, en los mismos términos que las comunes.

Artículo 2,341.—La donación puede hacerse verbalmente o por escrito.

Artículo 2,342.—No puede hacerse donación verbal más que de bienes muebles.

Artículo 2,343.—La donación verbal sólo producirá efectos legales cuando el valor de los muebles no pase de doscientos pesos.

Artículo 2,344.—Si el valor de los muebles excede de doscientos pesos, pero no de cinco mil, la donación debe hacerse por escrito.

Si excede de cinco mil pesos, la donación se reducirá a escritura pública.

Artículo 2,345.—La donación de bienes raíces se hará en la misma forma que para su venta exige la ley.

VI. CAPACIDAD DEL DONANTE

Ahora toca hablar de la capacidad del donante. Aquí encontramos otra excepción a las reglas de los contratos. Desde luego que quien dona un bien, además de tener capacidad para contratar, debe ser su propietario o, en su

caso, estar legitimado para ello (algunos Notarios ilustres doctrinarios dicen capacidad especial).

Artículo 24.—El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley.

Artículo 450.—Tienen incapacidad natural y legal:

I. Los menores de edad;

II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que, por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.

Artículo 646.—La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos.

Artículo 647.—El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes.

Artículo 1,798.—Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley.

1. Padres en el ejercicio de la patria potestad respecto de los bienes de sus menores hijos.

Los padres NO pueden (no tienen capacidad jurídica para) donar (ser representantes de sus hijos en contratos de donación, en donde sus hijos sean donantes) los bienes de sus menores hijos.

Artículo 39.—El estado civil sólo se comprueba con las constancias relativas del Registro Civil; ningún otro documento ni medio de prueba es admisible para comprobarlo, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley.

El Registro Civil podrá emitir constancias parciales que contengan extractos de las actas registrales, los cuales harán prueba plena sobre la información que contengan.

Artículo 436.—Los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio, y previa la autorización del juez competente.

Tampoco podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de dos años; vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados, por menor valor del que se cotiche en la plaza el día de la venta; hacer donación de los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de éstos; ni dar fianza en representación de los hijos.

2. Tutores en el ejercicio de la tutela respecto de los bienes de sus pupilos.

Los tutores NO pueden (no tienen capacidad jurídica para) donar (ser representantes de sus pupilos en contratos de donación, en donde sus pupilos sean donantes) los bienes de sus pupilos.

Artículo 576.—El tutor no puede hacer donaciones a nombre del incapacitado.

3. Emancipado respecto de sus bienes

El emancipado, SÍ, pero, para que el emancipado pueda celebrar el contrato de donación como donante, requiere (tener capacidad jurídica y/o habilitación de la autoridad judicial) de autorización judicial para ello.

TÍTULO DÉCIMO

DE LA EMANCIPACIÓN Y DE LA MAYOR EDAD

CAPÍTULO I

De la emancipación

Artículo 641.—El matrimonio del menor de dieciocho años produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad”.

Artículo 643.—El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad:

I. De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces.

II. De un tutor para negocios judiciales.

4. Ausente respecto de sus bienes.

Los representantes del ausente NO pueden (no tienen capacidad) donar (ser representantes del ausente en contratos de donación, en donde sus representantes sean donantes) los bienes del ausente.

TÍTULO UNDÉCIMO

DE LOS AUSENTES E IGNORADOS

CAPÍTULO I

De las medidas provisionales en caso de ausencia

Artículo 660.—El representante del ausente es el legítimo administrador de los bienes de éste y tiene respecto de ellos, las mismas obligaciones, facultades y restricciones que los tutores.

No entrará a la administración de los bienes sin que previamente forme inventario y avalúo de ellos, y si dentro del término de un mes no presta la caución correspondiente, se nombrará otro representante.

VII. CAPACIDAD DEL DONATARIO

Es otra excepción a las reglas de los contratos, en materia de capacidad, que en el contrato de donación pueda ser donatario el *nasciturus*, y esto es así porque la ley se lo permite.

En lo civil, el *nasciturus* está autorizado por la ley que si puede ser donatario.

TÍTULO PRIMERO DE LAS PERSONAS FÍSICAS

Artículo 22.—La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.

Artículo 337.—Para los efectos legales, sólo se tendrá por nacido al que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo ante el Juez del Registro Civil. Faltando algunas de estas circunstancias, no se podrá interponer demanda sobre la paternidad o maternidad.

TÍTULO CUARTO DE LAS DONACIONES

CAPITULO II *De las personas que pueden recibir donaciones*

Artículo 2,357.—Los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal que hayan estado concebidos al tiempo en que aquélla se hizo y sean viables conforme a lo dispuesto en el artículo 337.

Adicionalmente, es de interés profesional en nuestra práctica como juriconsultos, comentar si el Representante del donatario tiene o no la obligación de recibir el o los bienes que reciba como causa del Contrato de Donación su hijo o pupilo.

A este respecto, sólo existe disposición en el Código Civil para el Tutor, la cual es la siguiente:

Artículo 579.—El tutor tiene obligación de admitir las donaciones simples, legados y herencias que se dejen al incapacitado.

Lo anterior hace que en la doctrina se discuta si el padre tiene o no la obligación de recibir donaciones para sus hijos, con fundamento en el anterior artículo del contrato de donación, pensando que la disposición del tutor le aplica por analogía al padre.

Mi opinión es que el padre NO está obligado a recibir como representante de su menor hijo (a) ninguna donación y que el fundamento se encuentra

en los deberes y obligaciones que tiene el padre para educar a su hijo y que, obvio, nadie regala nada sin recibir nada a cambio, lo que en determinado momento podría modificar la conducta del (la) menor.

Lo anterior lo comenté en clase con mis alumnos, y después de escuchar los dos tipos de opiniones, le pregunté al más combativo de ellos qué opinaba acerca de si el padre está obligado a recibir, en nombre de su menor hijo, la donación: ¿usted tiene hijas? No, licenciado. ¿Piensa tener hijos? Sí, licenciado. Respondí: cuando tenga una hija, recuerde esta pregunta y me la contesta. Licenciado: ¿puedo cambiar de opinión? El derecho civil, no son repeticiones de artículos de memoria, sin duda que es ¡LA VIDA MISMA!

VIII. EVICCIÓN

Por lo que se refiere a la evicción, es otra excepción a las reglas de los contratos, porque en el contrato de donación, aun siendo traslativo de dominio, su principal efecto, no opera como regla general que el donante se obligue al saneamiento para el caso de evicción, excepto que se haya obligado expresamente a ello.

Artículo 2,120.—Todo el que enajena está obligado a responder de la evicción, aunque nada se haya expresado en el contrato.

Artículo 2,351.—El donante sólo es responsable de la evicción de la cosa donada si expresamente se obligó a prestarla.

Artículo 2,352.—No obstante, lo dispuesto en el artículo que precede, el donatario queda subrogado en todos los derechos del donante si se verifica la evicción.

IX. LIBERALIDAD

Por lo que se refiere al tema de liberalidad, es otra excepción a las reglas de los contratos, el contrato de donación sin duda alguna es una liberalidad, pero no toda liberalidad es un contrato de donación.

Adicionalmente, el contrato de donación no es cualquier liberalidad como contrato gratuito que es; es una liberalidad contractual que no establece en su génesis obligación alguna a cargo del donatario, lo que lo hace, además, un contrato unilateral, como se indica en nuestro Código Civil.

Artículo 2,332.—Donación es un contrato por el que una persona transfiere a otra, gratuitamente, una parte o la totalidad de sus bienes presentes.

X. ACCIÓN PRO-FORMA

Por lo que al procedimiento civil se refiere, el contrato de donación es otra excepción a las reglas de los contratos, porque, según lo que dispone el Código Civil, es revocable y, por lo tanto, no se podrá exigir, unilateralmente, la formalidad exigida por el código; sin embargo, nada impediría que, con base en el principio de la intangibilidad de los contratos.

Artículo 1,797.—La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

Artículo 1,833.—Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal.

Artículo 2,232.—Cuando la falta de forma produzca nulidad del acto, si la voluntad de las partes ha quedado constante de una manera indubitable y no se trata de un acto revocable, cualquiera de los interesados puede exigir que el acto se otorgue en la forma prescrita por la ley.

PALABRAS FINALES

Sin duda que ¡honrar, honra! (como dice ahora nuestro líder), seguramente que ponerlo por escrito el agradecimiento no es poca cosa, porque dialécticamente vendrán las opiniones, ¡que vengan las opiniones!, pero que primero se quiten el sombrero ante JORGE ALFREDO DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, y reconozcan el valor de su paso material por nuestra querida Facultad de Derecho de la UNAM, que por lo que respecta a su espíritu, ese, ese se queda con nosotros: ¡LOS UNIVERSITARIOS!

SIEMPRE RESPETUOSAMENTE Y CON GRAN ADMIRACIÓN

Ciudad universitaria, pradeal del 2016.

EL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO Y LA NATURALEZA DE SUS FIDEICOMISARIOS

Marco Antonio Vaca Vélez



I. DEL FIDEICOMISO EN GENERAL

El contrato de fideicomiso está hoy en día regulado, principalmente, aunque no exclusivamente, en los artículos 381 a 407 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, distribuidos en dos secciones: del fideicomiso en general y del fideicomiso de garantía.

A decir del doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, “el fideicomiso es un negocio jurídico, como especie de los acontecimientos jurídicos voluntarios y en oposición a los actos jurídicos en sentido estricto”,¹ coincidiendo esencialmente con el maestro Raúl Cervantes Ahumada quien define tal figura como el “negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se atribuye al fiduciario, para la realización de un fin determinado”.²

Existen por lo menos dos razones que soportan el atractivo en el tráfico jurídico comercial del fideicomiso. La primera consiste en su versatilidad. La amplitud y variedad en el campo de aplicación del fideicomiso es tal que contrasta enormemente con la generalidad de los actos jurídicos en nuestro derecho, que normalmente están conformados por elementos que, aunque pueden ser más o menos modificados por la voluntad de las partes, siempre se enmarcan en el limitado cajón de su definición legal. El fideicomiso, en cambio, es un gran lienzo blanco; un contrato que en cuanto a sus fines no se encuentra confinado al característico corral de un concepto regulado y cerrado, lo que hace factible establecer como fines todos aquellos que no se encuadren en alguna prohibición legal. Es así que el fideicomiso puede satisfacer

¹ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, *El fideicomiso*, 13a. ed., Editorial Porrúa, México 2013, p. 190.

² CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Títulos y Operaciones de Crédito*, 17a. ed., Editorial Porrúa, México, 2007, p. 289.

íntegramente, con una figura contractual suficientemente regulada en nuestra legislación, las necesidades de cualquier negocio o estructura de toda índole, por más variadas, detalladas o extraordinarias que parezcan ser sus exigencias. La segunda razón de su utilidad se encuentra en la seguridad y confiabilidad que brinda al interesado en el negocio de fondo, ya sea este interesado el fideicomitente, el fideicomisario o el propio fiduciario, dependiendo la naturaleza de los fines que para cada fideicomiso en concreto se determine. Tales distintivos de seguridad y confiabilidad se fundan, a su vez, en tres pilares: el primero, el que el titular del patrimonio fideicomitado, o sea el fiduciario, sea una tercera persona que, generalmente (aunque no necesariamente), no está interesada en el negocio de fondo y está, por tanto, fuera de un posible escenario de conflicto de interés. El segundo pilar consiste en que tal carácter de fiduciario lo reviste generalmente una institución bancaria, dotada de acreditada solvencia por disposición legal,³ lo que redundará en una fortalecida garantía por el posible incumplimiento de sus obligaciones, además de gozar, si no de plena confiabilidad, sí de un fuerte marco regulatorio y de una constante supervisión por parte de las autoridades financieras. El tercer pilar finalmente lo constituyen los límites legales que delimitan la actuación de dicho fiduciario, pues éste solo puede ejercer los derechos y acciones sobre los bienes fideicomitados que exclusivamente se refieran al fin establecido por las partes en el contrato respectivo.⁴

Esto por lo que se refiere en términos genéricos a las ventajas que presenta cualquier fideicomiso, pero a ellas debe agregarse las bondades que en específico proporciona cada tipo de fideicomiso en razón de los fines para los que concretamente se constituya. Tales tipos de fideicomiso, en vista de sus mencionados fines, han sido categorizados en la práctica y en algunos casos en el texto legal, en tres: fideicomisos de administración, de garantía o de

³ Artículo 86 de la Ley de Instituciones de Crédito: Mientras los integrantes del Sistema Bancario Mexicano, no se encuentren en liquidación o en procedimiento de quiebra, se considerarán de acreditada solvencia y no estarán obligados a constituir depósitos o fianzas legales, ni aun tratándose de obtener la suspensión de los actos reclamados en los juicios de amparo o de garantizar el interés fiscal en los procedimientos respectivos.

⁴ Artículo 386 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito: "...Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros. La institución fiduciaria deberá registrar contablemente dichos bienes o derechos y mantenerlos en forma separada de sus activos de libre disponibilidad".

transmisión indirecta de derechos reales, estos últimos conocidos simplemente como traslativos de dominio.

II. EL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO

A. CONCEPTO Y UTILIDAD

Entendamos para efectos de nuestro estudio que el fideicomiso testamentario es aquel cuyas bases constitutivas son establecidas en un testamento para surtir efectos evidentemente después de la muerte de su autor y precisamente por causa de ella.

Es importante aclarar lo anterior, pues existe otro supuesto que pudiera parecer compartir la mezcla del tema sucesorio con el del fideicomiso, y por distinguirlo claramente de la figura que estudiamos merece la pena mencionarlo. Nos referimos al supuesto de un fideicomiso, bien sea de administración o traslativo de dominio, constituido en vida del fideicomitente, en el que se establece que por muerte del o de los fideicomisarios designados en primer lugar, adquirirá tal carácter un ulterior fideicomisario nombrado al efecto. Se trata de una designación de fideicomisarios sucesivos realizada por el fideicomitente al momento de celebrar el contrato, permitida y a la vez limitada exclusivamente en favor de quienes estén concebidos al momento de la muerte del fideicomitente en el propio texto legal.⁵ Aunque esta hipótesis tiene en común con el fideicomiso testamentario el tratarse de un contrato celebrado conforme a las directrices del fideicomitente y en el que aparece también el elemento de la transmisión por causa de muerte de una las partes del contrato, es fundamental subrayar su diferencia total consistente en que mientras el fideicomiso testamentario se constituye a la muerte del fideicomitente y precisamente por ésta, el fideicomiso en el que se designan fideicomisarios sucesivos a que nos referimos en este párrafo es un contrato celebrado en vida del fideicomitente. Toda vez que en este último supuesto la disposición se hace en vida del fideicomitente, no es un tema que ataña directamente a su sucesión y por ello no nos encontramos ante la misma problemática planteada en estas líneas respecto de sus causahabientes. Esto desde luego con independencia de que el autor del fideicomiso testamentario puede válidamente establecer a su vez fideicomisarios sustitutos,

⁵ Artículo 394 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito: “Quedan prohibidos: ...II. Aquellos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban substituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la substitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente...”

con base en el citado artículo 394 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y con las mismas limitaciones en él establecidas.

Por lo que se refiere a su utilidad, el fideicomiso testamentario como especie de su género, reporta las mismas grandes ventajas explicadas líneas arriba. A través de él, el testador puede crear, mediante el diseño de los fines del fideicomiso que plantee, un esquema de administración (para el caso en que se plantee un fideicomiso de administración) o de conservación o administración provisional y distribución o solamente distribución (para el caso del denominado fideicomiso traslativo de dominio) de su patrimonio para después de su muerte, exactamente a la medida de sus intereses o necesidades, ya por las propias características de sus bienes y obligaciones, ya por circunstancias exógenas a éstas como la intención de beneficiar a determinadas personas respecto de las cuales guarda el testador ciertas reservas, quizá por cuestiones de edad, habilidad, conflictos personales o hasta de estado civil, por mencionar algunos ejemplos. Además, dicho testador puede confiar, sobre bases razonables, que tales fines serán realizados en primer término por una fiduciaria ajena a los intereses de fondo del negocio, de acreditada solvencia y de limitadas facultades para tales efectos, y en segundo término en favor de las personas que específicamente desee beneficiar, simultánea o sucesivamente.

B. VIABILIDAD LEGAL

Antes de ahondar en la mecánica y elementos del fideicomiso testamentario es necesario hacer una nota preliminar con motivo de las importantes reformas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 13 de junio de 2003. Quizá la nota más visible de tal paquete de reformas, específicamente en lo tocante a la figura del fideicomiso, se encuentra en la trascendente modificación al texto del artículo 381 de la citada ley, para establecer con toda contundencia que en virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite la titularidad de los bienes fideicomitados en favor del fiduciario, y ya no solo los “aporta” como establecía el texto anterior, con lo cual el legislador zanjó la antigua y más característica discusión en esta materia: si el fiduciario era o no titular de los bienes. Dicha modificación se aunó a otro importante cambio de esquema introducido por las reformas en comento: el considerar al fideicomiso exclusivamente como un contrato bilateral, celebrado en todo caso por dos partes, fideicomitente y fiduciario, eliminando todo elemento que pudiera dar pie a considerarlo un negocio jurídico unilateral como se puede hallar

en varias posiciones doctrinales. Veamos lo que anota al respecto el doctor Domínguez Martínez:

Uno de los aspectos más discutidos por la doctrina que estudió la estructura del fideicomiso hasta el 2003 fue el relativo a determinar si se trató de un negocio jurídico unilateral, porque quedaba constituido por la simple manifestación de voluntad del fideicomitente, o bien, si, por el contrario, era plurilateral al requerir su constitución la presencia de dos manifestaciones volitivas por lo menos. ... Fue pretensión de las reformas de 2003 actualizar el fideicomiso con franca contractualidad, es decir, si bien no hay un precepto en la modificación de los artículos del 381 al 394 a que el fideicomiso es un contrato, varias de las disposiciones aplicables fueron modificadas para hacer prevalecer una naturaleza contractual de la figura. Como tales podemos mencionar por ejemplo, que, como dijimos, ahora el fideicomitente ya no destina, sino que transmite a la fiduciaria; además desapareció la posibilidad permitida por el segundo párrafo del artículo 385 en su texto anterior a esas reformas, en el sentido de que el fideicomiso llegare a constituirse sin designar nominalmente institución fiduciaria, y por el contrario ahora dispone que para la validez del fideicomiso se requiere “la aceptación del encargo por parte del fiduciario” (art. 382 actual). Igualmente quedó suprimida la mención de que el fideicomiso puede constituirse por testamento, como expresamente lo preveía el art. 387.⁶

Aparentemente, sobre esa línea de pensamiento de plena contractualidad, dentro de las modificaciones legales propuestas y finalmente aprobadas por dicha reforma se halla el cambio a la letra del artículo 387. Antes de la reforma era el mencionado numeral el fundamento expreso del fideicomiso testamentario al disponer literalmente lo siguiente:

Artículo 387.—El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento. La constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre la transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso.

Pero desde la iniciativa planteada por el Ejecutivo Federal a la Cámara de Senadores como la de origen, se dispuso la modificación a dicho artículo para simple y escuetamente establecer que:

Artículo 387.—La constitución del fideicomiso deberá constar siempre por escrito.

⁶ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *op. cit.* Nota 1, pp. 44 y 53.

¿Qué razones esgrimió el promotor para suprimir la permisón legal expresa para constituir el fideicomiso a través de un testamento? Veamos el único párrafo en el que se contiene una mención al respecto en la exposición de motivos correspondiente:

...Con el propósito de hacer congruentes las normas que regulan al fideicomiso con la nueva definición que se propone, esta iniciativa plantea suprimir el supuesto que hace posible hoy en día no designar nominalmente a la institución fiduciaria, conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Por ende, de aprobarse esta iniciativa, todo fideicomiso deberá contar en su constitución con las firmas del fideicomitente y del fiduciario. Así, se ratifica la importancia que en esta iniciativa se concede a la institución fiduciaria dentro del fideicomiso. Tal es su trascendencia que esta iniciativa propone en el artículo 387 establecer que la constitución del fideicomiso conste siempre por escrito. Asimismo, se propone también la modificación a la fracción V del artículo 392, con el objeto de precisar que, de existir un acuerdo expreso de extinción del fideicomiso, no solo sean fideicomitentes y fideicomisarios los que lo estipulen, sino que se incluya también para este caso al fiduciario. ...

El razonamiento parece ser el siguiente: si la intención es que todo fideicomiso deba “contar en su constitución con la firma del fiduciario” (por considerarlo siempre un contrato bilateral), y el fideicomiso testamentario, por su propia mecánica, no “cuenta con la firma del fiduciario”, resulta necesario suprimir la posibilidad de celebrar este tipo de fideicomisos. Si efectivamente éste fue el razonamiento que motivó la reforma, es de reconocer que el mismo se antoja sencillo y a primera vista hasta convincente. Pero veamos con más cuidado. Con independencia de nuestra opinión sobre la corrección o incorrección de considerar indispensable la comparecencia del fiduciario en la constitución del fideicomiso, y asumiendo que efectivamente lo sea, es una verdad obvia que el momento en el que se otorga un testamento que prevé la constitución de un fideicomiso (en vida evidentemente del testador/fideicomitente) no se confunde en modo alguno con el momento de constituir tal fideicomiso (habiendo fallecido el testador/fideicomitente). Así, resulta obvio también que un testamento con esa previsión no transgrede ni cercanamente la intención expresa de la reforma, pues al no ser ese testamento el acto constitutivo del fideicomiso, es absolutamente indiferente que a su otorgamiento no comparezca el fiduciario. Lo que en cambio sí implicaría la estricta observancia de la citada exposición de motivos sería que el fiduciario compareciera al acto en el que el albacea, después de la muerte del autor de la sucesión, constituyera efectivamente el fideicomiso testamen-

tario, a lo cual no pondríamos objeción teórica alguna desde luego. En síntesis: si el único motivo de la reforma (al menos fue el único expreso) era exigir en todo caso la comparecencia del fiduciario en la constitución del fideicomiso, entonces eliminar la posibilidad de celebrar el fideicomiso a través de un testamento resulta claramente infundado y en consecuencia no vemos razón para considerar que no pueda otorgarse un testamento con esta modalidad, al no violar de ninguna forma la única razón expuesta para la supresión de su fundamento.

Adicionalmente, y con independencia del argumento antes desarrollado para demostrar lo infundado de la eliminación del supuesto legal que permitía expresamente en el artículo 387 la constitución del fideicomiso a través de un testamento, es indispensable señalar que difícilmente puede considerarse que tal eliminación implique necesariamente la imposibilidad legal de disponer en un testamento la constitución de un fideicomiso con el acervo del autor para después de su muerte. Es así porque sobre el terreno del derecho privado, y más aún, del derecho mercantil en el que nos encontramos, la regla fundamental es aquella que establece que lo que no está prohibido está permitido. No basta pues que no exista fundamento legal para alegar la imposibilidad legal de una figura, sino que debe estar expresamente prohibida, lo que no sucede en el caso de mérito. La supresión de la mención expresa del fideicomiso testamentario es entonces no solo infundada, sino insuficiente para considerarlo inviable. El testamento que lo prevea será válido si cumple sus formas y el fideicomiso que se constituya con base en él también lo será si cumple la única exigencia legal en cuanto a su forma en el comentado artículo 387: constar por escrito.

Sobre este mismo tema, el ya citado doctor Domínguez escribe:

Es de reconocerse, sin embargo, que la actitud legislativa tendiente a hacer prevalecer la contractualidad en el fideicomiso, se evidencia en la modificación substancial del art. 387 de la LTOC que suprime la mención contenida en su texto anterior, por la cual el fideicomiso podía constituirse por testamento. No obstante, dicho sea de paso, si bien desaparece de la ley esa posibilidad, nada impide la continuación de la práctica en el sentido de que el testador ordena a quien llega a ser el albacea de su sucesión, constituya un fideicomiso con tales o cuales características; así a la muerte de aquél, quién desempeñe el cargo indicado acudirá a la institución fiduciaria correspondiente a efecto de contratar el fideicomiso del caso. No hay disposición legal oponible.⁷

⁷ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *op. cit.* nota 1, p. 372.

C. MECÁNICA Y ELEMENTOS

En la mecánica documental del fideicomiso testamentario deben distinguirse claramente dos momentos: el primero es aquel en que el testador, futuro fideicomitente, otorga un testamento en el que fundan las bases para la constitución del fideicomiso para después de su muerte; y el segundo, aquel en que el albacea designado cumple la instrucción del testador y constituye efectivamente el fideicomiso con tales bases. En el testamento, su autor puede establecer, con más o menos detalles y profundidad, los lineamientos para la conformación del fideicomiso, aunque razonablemente como mínimo determinará la identidad de los fideicomisarios, los fines del fideicomiso y el patrimonio fideicomitado. Por lo que se refiera a los fideicomisarios, puede señalar a uno o varios y, en este último caso, hacerlo sucesiva o simultáneamente con el claro límite establecido en el susodicho artículo 394 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en el sentido de que solo vale la institución de los fideicomisarios sucesivos concebidos al momento del fallecimiento del testador-fideicomitente. Es posible también que el testador señale ya genérica, ya detalladamente, los fines del fideicomiso que constituirán, a su vez, las barreras del actuar del fiduciario en razón de que sus facultades y legitimación sobre los bienes fideicomitados se encuentran determinados por dichos fines. Como hemos dicho ya, tales fines pueden referirse en general a la administración, conservación y distribución del patrimonio fideicomitado, en vista de determinadas condiciones o modalidades impuestas por el propio testador.

Es especialmente importante referir, en cuanto a los bienes que constituyen el patrimonio del fideicomiso, que el testador puede hacer una designación universal o particular de los mismos. Así, el testador bien puede decidir que a su fallecimiento todos sus bienes sean transmitidos al fiduciario o bien solamente alguno o algunos de ellos. Como se señalará más adelante, el tipo de designación que se efectúe conforme a lo anterior tiene una importancia capital en cuanto a la naturaleza de los fideicomisarios respectivos.

En lo concerniente al segundo momento en la vida documental del fideicomiso testamentario, su constitución a la muerte del *de cuius* por su albacea, es fundamental señalar que es a partir de este momento y no antes que el contrato de fideicomiso cobra existencia jurídica como tal, habiendo sido el testamento basal un documento simplemente preparatorio del mismo. El albacea de la sucesión debe gestionar la constitución del fideicomiso en el que se observe estrictamente las disposiciones del testador y supliendo todas aquellas cuestiones formales no determinadas por éste, como sería el caso, por ejemplo, de la elección de la institución fiduciaria, y no así las cuestiones

de fondo no resueltas por el autor de la sucesión, en su caso, las cuales, dependiendo de su naturaleza, tendrían que ser resueltas por un comité técnico, si lo hubiera, o por los propios fideicomisarios designados.

III. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: LA NATURALEZA DE LOS FIDEICOMISARIOS

Desde el punto de vista del fideicomiso, el papel de cada uno de los sujetos parece estar claramente definido: el *de cujus* sería el fideicomitente, mientras que los beneficiarios serían los fideicomisarios, además de la evidente naturaleza del papel del fiduciario. Pero ¿qué sucede al enfocarse en el otro aspecto del fideicomiso testamentario, ya no como el contrato de fideicomiso sino como la ejecución de un testamento? Desde el punto de vista sucesorio, los papeles de cada sujeto no parecen estar tan precisamente definidos. ¿Quiénes son los herederos o legatarios? ¿Lo son los fideicomisarios, quienes finalmente son los que reciben el beneficio patrimonial o lo es el fiduciario, quien directamente obtiene del autor de la sucesión la titularidad de su acervo? ¿O en realidad no existen herederos o legatarios en esta figura, sino simplemente partes de un contrato de fideicomiso que se constituye, sí con base en un testamento, pero que una vez constituido se independiza como figura jurídica y se desprende del proceso sucesorio? Y no es una cuestión menor: ¿Qué responsabilidad tienen los fideicomisarios frente a los acreedores de la sucesión? ¿A qué régimen fiscal están sujetos? ¿Les aplica la exención de los ingresos obtenidos por herencia? ¿Desde qué momento son titulares de los bienes: desde la muerte o desde la ejecución final del fideicomiso? ¿Su comparecencia es necesaria en el trámite de la sucesión ante notario? ¿Su consentimiento es necesario para la enajenación de los bienes de la sucesión? En fin. La lista podría ser interminable. La respuesta a todas y cada una de las preguntas expuestas en segundo lugar depende, a su vez, de la respuesta a la primera: ¿Los fideicomisarios son herederos o legatarios o solamente fideicomisarios?

A. PRIMERA HIPÓTESIS: LOS FIDEICOMISARIOS NO SON HEREDEROS O LEGATARIOS

El considerar que los fideicomisarios testamentarios no son herederos o legatarios no es simplemente una posible postura doctrinal, sino que es la única hipótesis que hemos encontrado expuesta en las tesis emitidas por nuestros tribunales al respecto. Es el caso de la tesis aislada consultable bajo los números de registro 914649 y 223890, con el tenor literal siguiente:

HEREDEROS. LOS FIDEICOMISARIOS DESIGNADOS POR LA DE CUJUS NO TIENEN TAL CARACTER (LEGISLACION DEL ESTADO DE NUEVO LEON).—Es de explorado derecho que la herencia se transfiere por la voluntad del testador y por disposición de la ley, debiendo respetarse el sentido e intención de la misma, en el primer caso. Ahora bien, si en la especie, la última voluntad de la de cujus se plasmó en un testamento en donde ordenó la constitución y ejecución de un fideicomiso, es claro que no se está frente a un testamento puro y simple, en donde se pueda llamar herederos a las personas a quienes dejó su patrimonio la autora de la sucesión, ya que la institución de heredero o legatario no es condición sine qua non del testamento, sino sólo una variante que puede presentar su objeto, pues no debe olvidarse que el origen de tal acto jurídico está en la voluntad del hombre. En efecto, el artículo 1191 del Código Civil del Estado de Nuevo León, establece que el testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte; de dicha definición, se desprende que el objeto de esta figura jurídica lo constituye la transmisión de bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte o la declaración y cumplimiento de deberes; es decir, se prevé un doble objeto; generalmente se piensa que por el testamento se transmiten únicamente bienes, derechos y obligaciones; sin embargo, también puede tener objeto la declaración y cumplimiento de deberes, como sería reconocer un hijo, nombrar un tutor, aunque nada se disponga respecto de los bienes, o a pesar de que el testador no tenga bienes de ninguna clase. En conclusión, el testamento tiene un objeto variado, diverso, sin que sea menester la reunión de los distintos aspectos del objeto, basta que exista alguno de ellos para que haya testamento, es decir, éste existe por la simple institución de herederos o legatarios, o bien puede faltar, si el testador ejecuta otros actos jurídicos como sucede en el caso a estudio, en donde la de cujus ordenó la constitución y ejecución de un fideicomiso respecto de los bienes que integran la sucesión, o, finalmente, puede existir el testamento para el reconocimiento de ciertos deberes a efecto de que se ejecuten después de su muerte.

Tercer Tribunal Colegiado Del Cuarto Circuito.

Amparo en revisión 203/89. Banco del Atlántico, S.N.C. 16 de mayo de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Miguel García Salazar. Secretario: Angel Torres Zamarrón.

Tesis: IV.3o. 64 C, Semanario Judicial de la Federación, Octava Época 223890, 1 de 3 Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo VII, enero de 1991, Pag. 265, Tesis Aislada(Civil)

Lo que claramente se desprende de la tesis citada es la afirmación —correcta, por cierto— de que el testamento es válido aun sin designación de herederos. Es cierto, como expone, que un testamento válidamente puede contener diversas disposiciones, por supuesto incluyendo la instrucción de constituir un fideicomiso para después de la muerte del autor de la sucesión. Sin embargo, desafortunadamente la tesis omite explicar por qué concluir que un fideicomisario en estas condiciones no es un heredero.

Quizá uno de los argumentos que descansan en el fondo es uno muy básico: como indudablemente las instituciones de heredero y fideicomisario son diferentes, diferente es la designación que se hace en un testamento de un heredero que la que se hace de un fideicomisario. Instituir un heredero no es lo mismo que instituir un fideicomisario. Se nombra uno o se nombra otro; se es uno o se es otro. Desde esta perspectiva, la constitución del fideicomiso testamentario sería en sí mismo un fin: el objetivo perseguido por el testador se agotaría con la constitución de tal fideicomiso.

Otro posible alegato en este sentido probablemente sería considerar que el fideicomisario testamentario no es heredero porque la característica esencial de éste es que adquiera del *de cuius* el acervo hereditario directamente y desde el momento mismo de la muerte por ministerio de ley, situaciones ambas que no se ven con claridad en el fideicomisario testamentario, pues quien adquiere directamente del autor de la sucesión es el fiduciario, en términos del artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, aunque sea para transmitirlos después de cumplidas ciertas condiciones o términos. ¿Cómo podría ser heredero o legatario el fideicomisario si no recibe la titularidad de los bienes del *de cuius* directamente de éste a su muerte?

B. SEGUNDA HIPÓTESIS:

LOS FIDEICOMISARIOS SON ADEMÁS HEREDEROS O LEGATARIOS

Refirámonos a los argumentos que conforme a lo antes expuesto podrían ser los esgrimidos por la postura antes relacionada.

Es una verdad de Perogrullo que son distintas las figuras de fideicomisario y del heredero, sin duda, pero la pregunta desde luego no es si son iguales o no, sino si pueden concurrir en la misma persona ambas figuras simultáneamente en razón de la misma institución testamentaria. El que alguien sea designado fideicomisario ¿implica *per se* que no pueda ser considerado heredero? ¿no es posible considerar al mismo sujeto fideicomisario y heredero en una disposición como la estudiada? Por nuestra cuenta no vemos ningún impedimento en considerar que el fideicomisario testamentario puede bien ser al mismo tiempo heredero o legatario, pues no encontramos en ello impedimento o incompatibilidad alguna. La constitución de un fideicomiso basado en el testamento que así lo disponga no es un fin en sí misma, sino un medio para alcanzar el objetivo que en sus fines se exprese.

Respecto del segundo argumento, es cierto que normalmente el heredero o legatario recibe la titularidad de los bienes directamente del *de cuius*, pero también lo es que lo esencial estriba en que finalmente reciba dicha titularidad del autor de la sucesión, tarde o temprano, y no en que la reciba

directamente de modo indefectible. También es verdad que, en virtud del fideicomiso, el fiduciario recibe del fideicomitente la titularidad de los bienes fideicomitados de manera directa y en propiedad, lo cual sucede de igual modo en el fideicomiso testamentario, en el que el fiduciario recibe del fideicomitente, que lo es el autor de la sucesión, directamente la titularidad del acervo; pero, ciertamente, aunque desde el punto de vista legal la propiedad o titularidad es el fiduciario, la propiedad o titularidad desde el punto de vista económico no es de tal persona, quien solamente es dueño formalmente para el exclusivo fin de cumplir los propósitos encomendados por el fideicomitente en favor de los fideicomisarios. De esta forma, tratándose del fideicomiso testamentario como en cualquier fideicomiso traslativo de dominio, bien puede decirse que la transmisión de propiedad en favor del fiduciario solo es un vehículo para alcanzar el objetivo final que indudablemente es la transmisión al o a los fideicomisarios (si se trata de un fideicomiso traslativo de dominio, claro está). Dicho de otro modo, la transmisión sí se da en favor del fideicomisario solo que indirectamente, lo que equivale a establecer que la titularidad del acervo hereditario sí se transmite aun indirectamente del autor de la sucesión como fideicomitente en favor del heredero o legatario como fideicomisario, y con ello se cumple la característica esencial de los causahabientes por herencia. Resaltemos de paso que el que la transmisión no opere directamente en favor de herederos o legatarios no solo no les quita tal carácter, sino que el hecho de que tal transmisión sí opere directamente en favor del fiduciario no le da a éste el carácter de heredero o legatario. En efecto, aunque el fiduciario recibe directamente del autor de la sucesión la titularidad de los bienes de la sucesión, no hay cabida a considerarlo, en modo alguno, como heredero o legatario del fideicomitente.

Lo anterior únicamente para dar respuesta a los argumentos contrarios antes expuestos, pero el sustento de la naturaleza de heredero o legatario del fideicomisario testamentario se encuentra en los conceptos mismos de dichas instituciones.

En primer lugar, los artículos 1284 y 1285 del Código Civil para el Distrito Federal establecen, el primero, que el heredero adquiere a título universal y responde de las cargas de la herencia hasta donde alcance la cuantía de los bienes que hereda; y el segundo, que el legatario adquiere a título particular y no tiene más cargas que las que expresamente le imponga el testador, sin perjuicio de su responsabilidad subsidiaria con los herederos.

El maestro Juan Manuel Asprón Pelayo expone lo siguiente en lo relativo al heredero:

En la doctrina se discute mucho acerca de la naturaleza jurídica del heredero; en nuestra opinión, éste no es un sucesor (continuador) del autor de la heren-

cia, puesto que no lo suple ni sustituye en sus relaciones jurídicas; tampoco es un continuador de la personalidad del de *cujus*, como antiguamente se creía, porque la personalidad jurídica de éste, como de manera correcta dispone el artículo 22, termina con la muerte. Para nuestro entender, el heredero es un adquirente a título universal por causa de muerte, de todos y cada uno de los bienes de un patrimonio en liquidación, se distingue de los demás adquirentes, por ejemplo, del comprador, del permutante, del donatario o del que recibe una dación en pago, porque su adquisición es a título universal y, además, porque la causa por la que ocurre dicha transmisión es precisamente la muerte de quien adquiere. La naturaleza jurídica del heredero es una naturaleza propia, que se da en una institución llamada sucesión, pero que tiene ciertas semejanzas con los demás adquirentes, pero que se distingue en esencia por el título y por la causa por la que adquiere.

Hereditario. Es a quien le corresponde todo o una parte alicuota de una universalidad, esto es, bienes, derechos o relaciones jurídicas que correspondían al de *cujus*, puede ser instituido por el testador o por la ley, es el sucesor del autor de la herencia, entra a la masa hereditaria como si ésta fuese un “patrimonio” común, tiene responsabilidad directa de las deudas de la herencia, en principio es el obligado a cumplir los legados y cargas señaladas por el testador.

Legatario. Es un adquirente a título particular, ya que le corresponden exclusivamente los bienes que el testador le haya asignado, su institución únicamente puede ser hecha mediante testamento, su responsabilidad para el pago de las deudas de la herencia es subsidiaria a la del heredero, no es sucesor del de *cujus*, es adquirente por causa de muerte (heredero o sucesor en término genérico, pero no específico).⁸

Si el heredero o legatario lo son por ser adquirentes a título universal o particular, respectivamente, del acervo hereditario del autor de la sucesión, precisamente por la muerte de éste, es evidente que el fideicomisario testamentario es un heredero o legatario, pues aun indirectamente está llamado a adquirir a título universal o particular los bienes designados por el de *cujus* por su muerte. El que tal adquisición suceda a través de un fiduciario, no es óbice para concluir lo dicho, pues el fideicomiso constituye simplemente un medio para alcanzar el fin propuesto por su fideicomitente.

IV. CONCLUSIÓN PERSONAL

Como se ha podido vislumbrar, creemos firmemente que la última postura planteada es la correcta. El fideicomisario testamentario es al mismo

⁸ ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel, *Sucesiones*, 2a. ed., Editorial McGraw Hill, México, 2002, pp. 5, 6 y 7.

tiempo heredero o legatario del autor de la sucesión, por las razones ya expuestas. Lo anterior es cierto no obstante que en el testamento se establezca, además de la disposición fideicomisaria, una designación genérica de herederos e incluso de otros legatarios, los cuales convivirán con tales papeles en el proceso sucesorio con los propios fideicomisarios testamentarios, ya sean estos herederos o legatarios.

A lo largo de este trabajo hemos hablado indistintamente de herederos o legatarios al plantear nuestra cuestión, pues lo más importante hasta ahora era establecer la naturaleza del fideicomisario testamentario en relación con los sujetos de la sucesión en general, independientemente por el momento de cuál de los dos caracteres tendría específicamente. Ello, desde luego, no quiere decir en modo alguno que sea indiferente tal determinación. Como ha quedado plasmado en las definiciones expuestas, la diferencia esencial entre un heredero y un legatario radica en la universalidad o particularidad de su adquisición, lo que a su vez depende evidentemente de lo universal o lo particular de su designación por el testador. Pues bien: la naturaleza del fideicomisario testamentario como heredero o legatario dependerá directamente de la determinación del patrimonio fideicomitado; si ésta es universal, el fideicomisario será un heredero; si ésta es particular, será un legatario.

Como consecuencia de nuestra conclusión, debe considerarse al fideicomisario testamentario responsable frente a los demás sujetos sucesorios, acreedores y terceros, en exactamente los mismos términos que un heredero o un legatario, según sea el caso, y debe ser considerado en cualquier supuesto legal que requiera la comparecencia o consentimiento de herederos o legatarios, en su caso, incluidos todos los procedimientos judiciales y extrajudiciales como el notarial. Asimismo, debe considerarse al fideicomisario testamentario sujeto al régimen fiscal aplicable a los herederos o legatarios, especialmente por lo que se refiere a la exención establecida en la fracción XXII del artículo 93 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, si tal supuesto resultara aplicable por el régimen fiscal de los adquirentes. Deben observarse también en el caso estudiado las disposiciones relativas a la enajenación a través de fideicomiso de que trata la fracción V del artículo 14 del Código Fiscal de la Federación, en materia federal, y la fracción X del artículo 115 del Código Fiscal del Distrito Federal, por lo que se refiere a la adquisición en materia local en la Ciudad de México, pues convergen y conviven en nuestro caso ambas materias, la sucesoria y la relativa el fideicomiso. Las transcribimos a continuación:

Artículo 14.—Se entiende por enajenación de bienes: ...

V. La que se realiza a través del fideicomiso, en los siguientes casos:

a). En el acto en el que el fideicomitente designa o se obliga a designar fideicomisario diverso de él y siempre que no tenga derecho a readquirir del fiduciario los bienes.

b). En el acto en el que el fideicomitente pierda el derecho a readquirir los bienes del fiduciario, si se hubiera reservado tal derecho.

Cuando el fideicomitente reciba certificados de participación por los bienes que afecte en fideicomiso, se considerarán enajenados esos bienes al momento en que el fideicomitente reciba los certificados, salvo que se trate de acciones.

Artículo 115.—Para los efectos de este Capítulo, se entiende por adquisición, la que derive de: ...

X. Actos que se realicen a través de fideicomiso, así como la cesión de derechos en el mismo, en los siguientes supuestos:

a). En el acto en el que el fideicomitente designa o se obliga a designar fideicomisario diverso de él, y siempre que no tenga derecho a readquirir del fiduciario los bienes;

b). En el acto en el que el fideicomitente pierda el derecho a readquirir los bienes del fiduciario, si se hubiera reservado tal derecho;

Cuando el fideicomitente reciba certificados de participación por los bienes que afecte en fideicomiso, se considerarán enajenados esos bienes al momento en que el fideicomitente reciba los certificados, salvo que se trate de acciones.

No debe confundirse, sin embargo, la enajenación o adquisición que se determina para efectos fiscales en los referidos numerales con la adquisición o enajenación desde el punto de vista civil. En nuestra consideración, civilmente debe tenerse el fideicomisario testamentario como propietario de los bienes hereditarios desde el momento de la muerte del autor de la sucesión, formalmente porque si hemos concluido que tal sujeto es heredero o legatario, le resulta entonces aplicable lo que establece el artículo 1288 (y 1391) del Código Civil para el Distrito Federal: “A la muerte del autor de la sucesión, los herederos adquieren derecho a la masa hereditaria como a un patrimonio común, mientras que no se hace la división”; y material y realmente porque, como hemos dicho, la transmisión a través de la figura del fideicomiso es una transmisión jurídica por así ordenarlo el texto legal, mas no económica, y en función de ello se reconoce que, aunque formalmente el titular de los bienes es el fiduciario, material y realmente lo es el fideicomisario desde el la constitución del fideicomiso, y en nuestro caso, incluso desde la muerte del fideicomitente, por ministerio de ley.