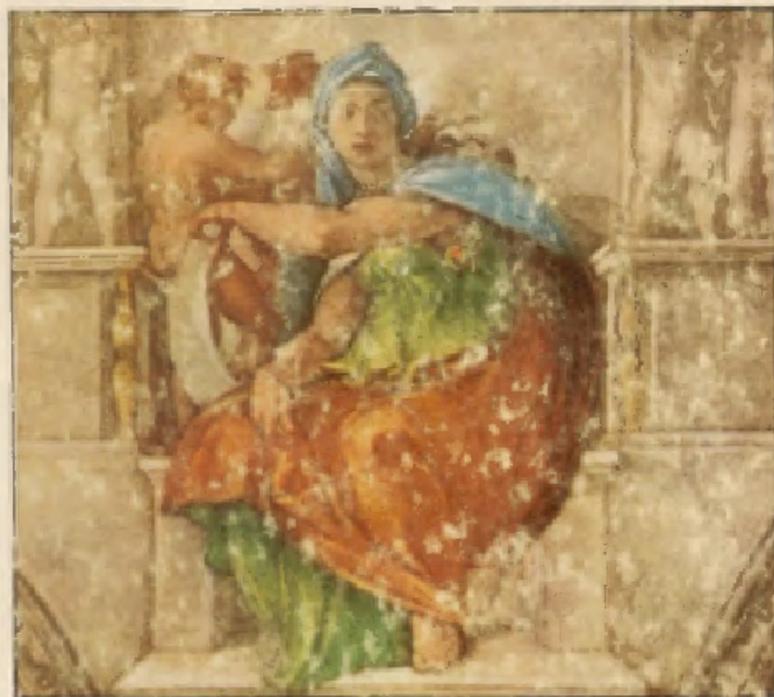

Ignacio Galindo Garfias

Estudios de derecho civil



universidad nacional
autónoma de méxico

ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie G. ESTUDIOS DOCTRINALES, núm. 51

IGNACIO GALINDO GARFIAS

Estudios de derecho civil

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

México 1981

Primera edición: 1981

DR © 1981, Universidad Nacional Autónoma de México
Ciudad Universitaria, México 20, D. F.

DIRECCIÓN GENERAL DE PUBLICACIONES

Impreso y hecho en México

ISBN 968-58-0197-5

INDICE

PRESENTACIÓN	7
LA FILIACIÓN ADOPTIVA	9
1. La adopción bajo tres perspectivas.	
2. La función jurídica de la adopción en su desarrollo histórico	
3. La <i>adoptio</i> y el Código Napoleón.	
4. El Código Civil del Distrito Federal.	
5. La adopción semiplena.	
6. Adopción y tutela de menores.	
7. Adopción y patria potestad.	
8. La adopción en el caso de menores abandonados y expósitos.	
9. La adopción en el derecho moderno.	
ASOCIACIONES Y SOCIEDADES	15
1. El principio corporativo.	
2. Corporaciones y fundaciones.	
3. Corporaciones y universalidades.	
4. El patrimonio de las corporaciones.	
5. La estructura corporativa.	
6. Los fines en las asociaciones y sociedades.	
7. Las relaciones internas de los miembros.	
8. Las asociaciones en participación.	
9. El contrato de organización.	
10. La personalidad jurídica de las sociedades y asociaciones.	
LA SITUACIÓN JURÍDICA DE SOCIO	31
1. Las relaciones internas de la sociedad.	
2. Las relaciones sustanciales y las relaciones orgánicas.	
3. Los derechos de participación.	
4. La <i>affectio societatis</i> .	
5. Las aportaciones de los socios.	
6. Las obligaciones de los socios.	
7. La obligación de colaboración.	
8. El contenido patrimonial de las relaciones internas.	

9. Derechos del socio.	
10. Las responsabilidades de los socios en las sociedades de personas y en las sociedades de capital.	
11. El derecho de voto.	
12. El derecho a participar en las utilidades de la sociedad.	
EL ILÍCITO CIVIL	49
1. Acotación del tema.	
2. El ilícito como violación de un deber jurídico fundamental.	
3. Ilícitud y antijuridicidad.	
4. La finalidad ilícita. El ejercicio abusivo del derecho.	
5. Los límites de la autonomía privada.	
6. El ilícito y la causa de las obligaciones.	
7. El objeto ilícito.	
8. El orden público y las buenas costumbres.	
9. Legalidad y legitimidad.	
INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN DE LA LEY	65
1. Concepto de la interpretación.	
2. La interpretación de la ley.	
3. El objeto de la interpretación.	
4. Métodos de interpretación.	
5. Las lagunas de la ley y la integración del derecho.	
6. La analogía.	
7. Los principios generales del derecho.	
8. Las nuevas corrientes. Breve reseña.	
9. La interpretación como técnica jurídica.	
EVOLUCIÓN DE LA REFORMA AGRARIA MEXICANA	87
1. Antecedentes.	
2. Las bases constitucionales de la reforma.	
3. La estructura jurídica de la propiedad rústica.	
4. La evolución económica.	
5. El desarrollo integral.	
6. Información complementaria.	
Conclusiones.	
IMPLANTACIÓN DE CURSOS SIN PROMOCIÓN POR EXAMEN FINAL	91
1. Preámbulo.	

2. El examen final en el sistema escolástico.
 3. Los exámenes masivos.
 4. La participación del alumno en el desarrollo del curso.
 5. La resolución de la Conferencia sobre Enseñanza del Derecho en la Universidad de Michigan.
 6. La resolución de la Primera Conferencia de Facultades y Escuelas Latinoamericanas de Derecho (México, 1959).
 7. El control de resultados de los cursos.
 8. Diversos sistemas de control de aprendizaje.
 9. Las pruebas parciales. La conveniencia de su implantación en nuestro medio escolar.
- Conclusión.

EL CONTRATO DE LA PROMESA 99

1. Nomenclatura.
2. El derecho romano.
3. Periodo intermedio.
4. Derecho canónico.
5. Derecho hispánico.
6. Antiguo derecho francés.
7. El Código Civil Napoleón.
8. Derecho civil mexicano.
9. El código chileno.
10. La doctrina en Alemania.
11. Doctrina italiana.
12. La promesa unilateral y la promesa bilateral.
13. El contrato preliminar y el definitivo.
14. Tesis de Chiovenda.
15. Opinión de Carnelutti.
16. El contenido del contrato preliminar.
17. La apertura de crédito en libros y el reporte.

RESPONSABILIDAD, SEGURO Y SOLIDARIDAD SOCIAL EN LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS 117

1. Preliminar.
2. El resarcimiento.
3. Las vicisitudes de la culpa.
4. El hecho lícito dañoso.
5. Las cosas peligrosas.
6. La reparación de daños en el Código Civil para el Distrito

y Territorios Federales.

7. Los daños y perjuicios. Bases para cuantificarlos.
8. El riesgo creado.
9. Los accidentes de circulación.
10. El seguro de responsabilidad civil.

PARA UNA REFORMA LEGISLATIVA SOBRE PROTECCIÓN AL MENOR . . . 141

1. Perspectiva general.
2. El ámbito especial de validez de la materia.
3. La Declaración de Ginebra.
4. El sentido tuitivo de la preceptiva.
5. El estado de abandono del menor y las medidas asistenciales.
6. La protección de la familia.
7. El trabajo de los menores.
8. El derecho del menor a disfrutar de recreo.
9. La contaminación por medio de la información.
10. Los menores en estado antisocial.
11. Las cortes para menores. Sus funciones.
12. Los antecedentes legislativos del proyecto.
13. Los reformas del Código Civil.
14. La función natural de la familia.
15. Los derechos de los hijos en caso de divorcio de sus padres.
16. La adopción.
17. La adopción de hecho (acogimiento).

EL RÉGIMEN MATRIMONIAL EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA . . . 153

1. Sistema de capitulaciones forzosas.
2. Sistema de régimen legal supletorio de la voluntad de los cónyuges.
3. Régimen de sociedad legal.
4. Régimen legal de separación de bienes (supletorio y forzoso).
5. La modificación del régimen matrimonial de bienes de los consortes.
6. Las facultades de administración de los bienes de los consortes.
7. La interdependencia de los bienes propiedad de los cónyuges.
8. Los bienes comunes y los bienes propios.
9. El régimen de separación de bienes y la representación legal de los cónyuges.
10. Las cargas de hogar.
11. Los bienes que la mujer adquiere por su trabajo.

12. La aplicación de los bienes aportados por cada uno de los cónyuges en caso de liquidación de la sociedad conyugal.	
13. Medidas protectoras de la mujer en el caso de disolución de la sociedad.	
14. Los regímenes conyugales de bienes en la vida práctica.	
15. La expedición de cheques y operación de cuentas bancarias por los consortes durante el régimen de sociedad conyugal.	
16. Las facultades de disposición de cada uno de los consortes.	
LA VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS DE NO RESPONSABILIDAD O LIMITATIVAS DE RESPONSABILIDAD	167
1. La autonomía de la voluntad.	
2. Las limitaciones a la voluntad de las partes.	
3. La responsabilidad contractual.	
4. El "sinalagma genético".	
5. Las cláusulas excluyentes.	
6. Las cláusulas limitativas.	
7. El derecho positivo.	
8. El contrato de transporte.	
9. La pena convencional.	
10. Recapitulación.	
EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN MÉXICO	179
1. Preliminar.	
2. Los antecedentes del registro público.	
3. La buena fe en nuestro sistema registral (glosa a una ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación).	
4. El concepto de tercero.	
5. La nulidad y la invalidez del acto registrado.	
6. Los efectos de la inscripción de embargo.	
7. El problema de la acción pauliana.	
8. La inscripción de derechos reales.	
9. El principio de tracto sucesivo.	
10. Conclusión.	
LOS ESTUDIOS DEL POSGRADO EN EL DERECHO	189
1. Planteamiento.	
2. Antecedentes de los estudios de posgrado.	
3. Los proyectos inmediatos.	
4. La organización interna de la División de Estudios de Posgrado en la Facultad de Derecho.	

5. Estudios de actualización, especialización, maestría y doctorado.
6. La distribución de áreas de estudio.
7. Los objetivos de los estudios de posgrado.
8. El plan de estudios vigente.
9. Los requisitos de ingreso.
10. Los programas.
11. El nivel de estudios de posgrado. Conclusiones de la Quinta Conferencia de Facultados de Derecho (Córdoba, Argentina, agosto de 1973).
12. Sistemas de evaluación de aprendizaje.

DERECHO CIVIL Y DERECHO MERCANTIL 203

1. Explicación previa: el derecho privado.
2. El concepto de derecho civil.
3. La persona humana y el derecho civil.
4. Derecho civil y derecho político.
5. Necesaria visión retrospectiva.
6. Dominio de aplicación del derecho civil actual.
7. Concepto de derecho mercantil.
8. Caracteres de derecho mercantil.
9. Contenido de derecho mercantil.
10. Modernas tendencias hacia la unificación del derecho privado.
Bibliografía.

LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD ENTRE VIVOS 215

1. Cuestiones preliminares.
2. La noción de la transmisión de la propiedad.
3. Las normas generales sobre transmisión de la propiedad.
4. Los elementos y requisitos del contrato traslativo de dominio. Examen de diversas hipótesis.
5. El ámbito de la autonomía privada.
6. Trasmisión del dominio por actos no contractuales.
7. Los contratos por correspondencia.
8. Los efectos de la entrega de la cosa en la transmisión de la propiedad con reserva de dominio. El riesgo de la cosa.
9. Protección del adquirente en la venta con reserva de dominio.
10. El caso de los títulos del crédito.

11. La transmisión del dominio en los casos de donación, de la obligación natural y del juego prohibido.
 12. La transmisión de la propiedad literaria, artística e industrial.
 13. Principios en que se fundan las soluciones previstas en el derecho mexicano.
- Resumen.

LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD 247

1. Descendencia, filiación y parentesco.
2. La filiación y el interés público.
3. La prueba de la filiación.
4. La reforma que se propone sobre filiación extramatrimonial.
5. La paternidad responsable.
6. El "principio de prueba por escrito" como presupuesto para el ejercicio de la acción.
7. Las pruebas admisibles en el precio.
8. Los códigos civiles de los estados de Morelos y Sonora.

LA FILIACIÓN Y LA PATERNIDAD 255

1. La filiación de la persona. Familia y parentesco.
2. Las fuentes de la filiación. El hecho y su prueba.
3. El interés particular y el orden público.
4. Filiación, familiar y sociedad.
5. La solidaridad de la familia.
6. La prueba de la filiación que nace de matrimonio.
7. La filiación como fuente de poderes, deberes y facultades que atribuye la ley.
8. La "ilegitimidad" de la paternidad en la legislación civil mexicana. Evolución.
9. La situación jurídica que nace de la filiación.
10. La "filiación adoptiva".
11. El derecho de las costumbres en Francia. El Código Napoleón y la jurisprudencia francesa.
12. La reforma del derecho de familia en Francia.
13. Los hijos nacidos de mujer casada: la presunción de paternidad del marido.
14. La paternidad responsable. La revisión de la preceptiva legal sobre filiación.

TRES CUARTOS DEL SIGLO EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO 275

1. Punto de partida: el individualismo decimonónico.

2. La filosofía del Código Civil en 1884.
3. El periodo crítico: la Revolución Mexicana.
4. La legislación preconstitucional.
5. Las ideas sociales de la Constitución Política de 1917.
6. Nueva perspectiva: el Código Civil de 1928.
7. Su influencia en los códigos civiles de los estados de la Federación.
8. El derecho privado social: a) Derecho de la persona y derecho de familia.
9. b) El régimen civil de la propiedad y las sucesiones.
10. c) Las normas sobre obligaciones y contratos.
11. Quiebra de la autonomía de la voluntad.
12. La influencia del fenómeno demográfico sobre el derecho de propiedad. Nuevas ideas sobre la propiedad inmueble. Las leyes de desarrollo urbano.
13. Panorama bibliográfico.
14. Un comentario final.

CLÁUSULAS QUE LIMITAN O EXCLUYEN LAS RESPONSABILIDADES EN LAS
CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN 307

1. Premisa.
2. La responsabilidad patrimonial contractual en general.
3. Las condiciones generales de contratación y el orden público económico.
4. La relación genética y la relación funcional del contrato.
5. Los límites de la voluntad de los contratantes.
6. Breve referencia al derecho extranjero.
7. Contratos traslativos.
8. Contratos de depósito.
9. Contratos de transporte.
10. Transporte marítimo.
11. La Ley Federal de Protección al Consumidor.
12. La distinción entre los principios y la función del contrato. Su aplicación a las condiciones generales de contratación.

LAS CLÁUSULAS INEQUITATIVAS EN LOS CONTRATOS 327

1. Preliminar.
2. Autonomía de la voluntad y equidad.
3. La ejecución del contrato, buena fe y equidad.
4. La "decadencia" del contrato.
5. La legitimación en los contratos onerosos.

6. Una opinión del profesor Castro y Bravo.
7. La buena fe y la responsabilidad civil, la ejecución del contrato y el ejercicio de derechos subjetivos.
8. Breve comentario a los artículos 16 y 840 del Código Civil del Distrito Federal.
9. La buena fe y la equidad como principios rectores del ordenamiento jurídico.
10. Su aplicación en la interpelación de los contratos. Glosa sucinta a una tesis jurisprudencial.
11. Las obligaciones en pago en moneda extranjera.
12. La buena fe y la equidad como principio rector de la Ley Federal al Consumidor.
13. Conclusiones.

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y LA JURISPRUDENCIA EN LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE ESPAÑA 343

1. El título preliminar del Código Civil de España. Generalidades.
2. La reforma de 1974.
3. El sistema de fuentes en la reforma.
4. Fuentes primarias: la ley y la costumbre.
5. Las fuentes secundarias: los principios generales, la jurisprudencia y la equidad.
6. Los principios generales.
7. Discusión sobre su naturaleza. Las "aporías".
8. La analogía y los principios generales y el Código Civil mexicano para el Distrito Federal.
9. La jurisprudencia ¿es fuente formal del derecho?
10. La fuerza normativa de la jurisprudencia.

EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN EL DERECHO CIVIL 357

1. Los principios generales del derecho.
2. Contenido ético de la buena fe.
3. La buena fe: su unidad conceptual y su diversidad normativa.
4. La buena fe como fuente de derecho.
5. El ejercicio de los derechos subjetivos y la buena fe.
6. La buena fe posesoria.
7. La buena fe y los efectos del contrato.

9. Pago de lo indebido: buena fe del *accipiens*.
10. Los terceros de buena fe.
11. El matrimonio putativo.
12. Recapitulación.

Siendo director general de publicaciones José Dávalos, se terminó la impresión de *Estudios de derecho civil* en Editorial Galache, S. A., Privada Dr. Márquez 81, México 7, D. F., el 15 de octubre de 1981. El tiraje fue de 2 000 ejemplares.

PRESENTACIÓN

El presente volumen contiene una recopilación de estudios que, a lo largo de varias décadas, he venido publicando en diversas revistas jurídicas. También presento otros trabajos con los que he participado en congresos y eventos académicos.

Así pues, esta publicación es una recopilación de estudios que actualmente se encuentran dispersos y que, por su contenido, constituyen una verdadera miscelánea dentro de la rama del derecho privado y particularmente en materia de derecho civil. Con la publicación de este volumen he querido ofrecer mi modesta contribución a la investigación, que se cifra en las monografías que ahora aparecen reunidas.

Debo agradecer a mi buen amigo, el doctor Jorge Carpizo, director del Instituto de Investigaciones Jurídicas, la gentileza con que acogió mi petición de dar a la imprenta estos estudios que, si algún mérito puede atribuírseles, es el de ser el fruto del esfuerzo constante que he llevado al cabo durante mi vida de docente y de investigador. Ojalá merezca una acogida benévola del público lector.

Ciudad Universitaria, D. F., enero de 1981.

1. La adopción bajo tres perspectivas.
2. La función jurídica de la adopción en su desarrollo histórico
3. La *adoptio* y el Código Napoleón.
4. El Código Civil del Distrito Federal.
5. La adopción semiplena.
6. Adopción y tutela de menores.
7. Adopción y patria potestad.
8. La adopción en el caso de menores abandonados y expósitos.
9. La adopción en el derecho moderno.

LA FILIACIÓN ADOPTIVA

SUMARIO: 1. La adopción bajo tres perspectivas. 2. La función jurídica de la adopción en su desarrollo histórico. 3. La *adoptio* y el Código Napoleón. 4. El Código Civil del Distrito Federal. 5. La adopción semiplena. 6. Adopción y tutela de menores. 7. Adopción y patria potestad. 8. La adopción en el caso de menores abandonados y expósitos. 9. La adopción en el derecho moderno.

1. *La adopción bajo tres perspectivas.* Desde tres puntos de vista ha de ser considerada la adopción: como fuente de parentesco, en consideración a la función que desempeña dentro de un sistema jurídico y en razón de la finalidad que se persigue con su establecimiento.

En nuestro derecho, los efectos de la adopción como fuente de parentesco civil son ciertamente muy limitados. Dan lugar al vínculo paterno filial que se establece exclusivamente entre el adoptante y el adoptado.

De las disposiciones que contiene el capítulo v, título séptimo, libro primero, del Código Civil del Distrito Federal, se desprende fácilmente que la adopción está llamada a desempeñar en forma primordial una función tutelar de la persona y los intereses de los menores de edad no emancipados y de los mayores de edad que sufran incapacidad legal.

La finalidad de la institución es, pues, claramente protectora o tutiva de la persona y los intereses del adoptado.

La función y el fin que se propone alcanzar a través de la adopción —y que en el derecho extranjero en donde ha sido acogida ha cumplido con eficacia cada día mayor— son características de la evolución, aún no concluida, por la que ha venido atravesando esta figura jurídica. Por sus orígenes históricos se le conoció originalmente como un instrumento para asegurar una descendencia ficticia al adoptante y para perpetuar su nombre. En la medida de la naturaleza de esta institución, hoy en día este aspecto en interés del adoptante ha desaparecido, para dar lugar a la posibilidad de que la adopción funcione como un instrumento auxiliar, pero ciertamente eficaz, de la labor asistencial que corresponde desempeñar al poder público.

2. *La función jurídica de la adopción en su desarrollo histórico.* En esta evolución, a la que por exigencia de método es preciso referirse,

ha jugado un papel preponderante la legislación francesa. El Código Civil del Distrito y Territorios Federales de 1928, recibió la influencia directa del sistema francés en esta materia.

Conviene mencionar brevemente cuál era el pensamiento que dio origen a la rehabilitación de este instituto en Francia, después de que, conocido y practicado en el derecho romano, permaneció casi olvidado durante trece siglos.

Esta somera referencia servirá, de paso, para poner de relieve cómo una institución jurídica que nace obedeciendo a las circunstancias de un momento histórico, es capaz de transformarse radicalmente, sin alterar en lo fundamental su organización interna, merced a la influencia de nuevas circunstancias históricas y así prestarse a llenar una función instrumental no buscada, ni sospechada siquiera, por el pensamiento del legislador en el momento en que fue establecida.

Las posibilidades de adaptación del derecho y de la técnica jurídica a la realidad social del momento son vastas e insospechadas.

Las disposiciones que sobre la materia contenía el Código Napoleón —que por lo demás han sido objeto de ulteriores reformas— se incorporaron en aquel cuerpo de leyes, gracias al decidido apoyo jurídico del Consejo de Estado, inspirado en el interés manifestado en ese sentido por el primer cónsul y cuya intervención personal fue precisa para que se incluyera en el Código ese artículo que Bonaparte buscaba para asegurar la sucesión de la dinastía imperial, tan ambiciosamente acariciada por el Gran Corso, en el evento de que el hado adverso le negara un heredero consanguíneo.

La archiduquesa María Luisa no había aparecido aún en la vida de Bonaparte y con ella “el útero que necesitaba”, según frase que pronunció el ya entonces emperador, al enterarse de la fecundidad de los Habsburgo.

Sobre el particular, Planiol y Ripert¹ se expresan así:

...Tenía interés (Bonaparte) en que se adoptaran las reglas del antiguo derecho romano y que no se estableciese diferencia entre el hijo adoptivo y el verdadero. Se juzgó inmoral la abdicación de los sentimientos naturales, así como el reemplazarlos por efectos fundados sobre una ficción jurídica y, como consecuencia, sólo se atribuyeron a la adopción algunos efectos limitados.

Conviene precisar, que la adopción romana, de efectos completamente privados, se llevaban al cabo por medio de la *mancipatio*; requería tres ventas sucesivas si se trataba de un hijo varón púber o una sola venta si se refería a una hija o a un menor de edad. Verifi-

¹ Planiol y Ripert, *Tratado práctico de derecho civil francés*, t. II, p. 785.

cada la *mancipatio*, quien pretendía adoptar intentaba una acción en reivindicación de su patria potestad (*vindicatio filii*). En realidad, se trataba de un procedimiento *in jure cessio*, que más tarde permitió adoptar a los esclavos o peregrinos.

El objeto primitivo de la adopción implicaba que sólo un *pater familias* podía adoptar; su forma jurídica no requería ninguna otra cualidad. Sólo tardíamente y con pretexto de imitar a la naturaleza, se exigía al adoptante una edad superior a la del adoptado y se descartó a los castrados. De esta manera, celibatarios e impotentes se procuraban una descendencia. Las mujeres, por un procedimiento para nosotros desconocido, se crearon así a veces una posteridad.²

3. *La adoptio y el Código Napoleón*. En Roma, la adopción obedecía a razones de carácter hereditario y religioso en cuanto a través de ella se buscaba perpetuar el culto a los dioses domésticos.

El Consejo de Estado francés, tratando de imitar la *adoptio* romana, logró finalmente incorporar la adopción en el Code Civil, por motivos exclusivamente sucesorios, de carácter individualista y con miras a proteger directamente en forma inmediata el interés personal del adoptante, aun cuando los efectos mediatos de la adopción pudieran ser beneficiosos para el adoptado.

Durante los tres últimos decenios, particularmente en Francia, la adopción se ha transformado completamente .

En efecto, las rígidas disposiciones bajo las cuales reapareció en el Código Napoleón han sido modificadas a través de varias reformas que, a partir del año de 1923 hasta 1949, se introdujeron en el texto legislativo, después de que la experiencia relevó las posibilidades asistenciales de esta figura jurídica. Hoy en día la finalidad fundamental de la adopción es que ella presente indudables ventajas para el adoptado y siempre que se realice por motivos justos. Es el tribunal el que ha de decidir si la adopción que se propone llena esos requisitos.

4. *El Código Civil del Distrito Federal*. El Código Civil del Distrito Federal, con evidente orientación social, principia por reconocer, además del parentesco por consanguinidad y por afinidad, el parentesco civil, cuya fuente es la adopción (artículo 292). El Código Civil de 1884 (artículo 181) y la Ley de Relaciones Familiares (artículo 32) no reconocían más parentesco que el de consanguinidad y afinidad.

Los efectos limitados de la adopción, como fuente de parentesco civil que sólo nacen entre el adoptante y el adoptado (artículo 295), hacen pasar al adoptante la patria potestad sobre el hijo adoptivo, pero dejan subsistentes entre el adoptado y sus ascendientes naturales los

² J. Declareil, *Roma y la organización del derecho*, traducción al castellano de Ramón García Redruello, Barcelona, 1928, p. 144.

demás derechos y obligaciones que nacen del parentesco por consanguinidad (artículos 403 y 419).

Por lo tanto, el adoptante toma sobre sí el cumplimiento de un conjunto de deberes y de responsabilidades respecto del adoptado, a saber: el cuidado y vigilancia de la persona del adoptado, que comprende su educación, guarda y sostenimiento (artículos 167, 421, 422, 423 y 303 del Código Civil). El adoptante toma para sí la representación del adoptado en juicio y fuera de él (artículos 424, 425 y 427), además de la administración de los bienes de éste con las restricciones que sobre el particular establece el ordenamiento jurídico (artículos 430, 433, 435, 436, 437, 439 y 442).

El artículo 390 del Código Civil, aparte la adopción de menores, hace posible la adopción de los mayores de edad que sufren incapacidad.

5. *La adopción semiplena.* La adopción en esta última hipótesis no produce el efecto de que el adoptante adquiera la patria potestad sobre el mayor de edad incapacitado, porque ésta se extingue *ex lege* al concluir la minoría del hijo, para dar lugar a la tutela legítima de los padres si el hijo, al cumplir la mayoría de edad, sufre alguna causa de incapacidad. El estado de minoridad se transforma en estado de interdicción.

El cuidado y vigilancia de la persona y de los bienes del mayor de edad incapacitado por locura, idiotismo, sordomudez, toxicomanía, etcétera, corresponde ciertamente a los ascendientes, quienes llevan al cabo esta función protectora, no en ejercicio de la patria potestad, sino en virtud de la tutela legítima que recae sobre ellos de acuerdo con el artículo 489 del Código Civil.

No nos es lícito concluir que, por lo que se refiere a los hijos consanguíneos mayores de edad e incapacitados, tenga lugar la tutela y que subsista la patria potestad respecto de los hijos adoptivos, después de la mayoría de edad de estos últimos, si sufren alguna causa de incapacidad.

La tutela legítima en uno y en otro caso cumple en forma adecuada la función de proveer al cuidado y vigilancia de la persona y de los bienes del mayor de edad incapacitado.

6. *Adopción y tutela de menores.* Parece, pues, que la adopción y la tutela, al respecto, son instituciones cuya función es idéntica, sin que la primera pueda sustituir con ventaja a la segunda; no en favor del incapacitado, que al ser adoptado adquiere todos los derechos y las obligaciones que tiene un hijo en favor del adoptante, y sí en cambio en perjuicio del propio incapacitado, cuyo patrimonio sirve de garantía al cumplimiento de la obligación alimenticia que contrae como hijo del adoptante, que tiene a su favor la expectativa de derecho

de heredar los bienes del adoptado, si ocurre la muerte de este último antes que la del primero.

Por esta razón, no creo que haya sido un acierto del legislador de 1928 haber establecido la adopción de los mayores de edad incapacitados.

La adopción de los menores de edad presenta mayor interés, desde el punto de vista jurídico y social.

7. *Adopción y patria potestad.* Tal vez la adopción de menores no ha tenido entre nosotros el desarrollo que es de desear, a causa de lo limitado de sus efectos parentales y, sobre todo, porque no se rompe el vínculo de parentesco entre el adoptado y sus progenitores naturales.

Al subsistir todos los derechos y obligaciones del adoptado hacia sus consanguíneos y al pasar la patria potestad a los adoptantes, tal parece que la adopción ha sido establecida en favor de los padres naturales del adoptado que se descargan de las obligaciones de cuidado y vigilancia del menor; pero conservan el derecho de heredar y de percibir alimentos en contra del hijo que ha salido de su patria potestad en virtud de la adopción.

Debe pensarse en que ese sistema, tratándose de hijos de padres desconocidos o de expósitos, resulta totalmente ineficaz y contrario a la naturaleza misma de la adopción.

Es verdad que el padre o la madre que abandonan a su hijo por más de seis meses o lo exponen, pierden la patria potestad de acuerdo con lo dispuesto en la fracción IV del artículo 444 del Código Civil; pero esta sanción no abarca la pérdida de los derechos hereditarios y alimenticios que concede la ley a los padres.

8. *La adopción en el caso de menores abandonados y expósitos.* Suponiendo que un menor expósito o hijo de padres desconocidos sea adoptado, el padre o la madre que han incurrido en un verdadero delito de abandono de infante, con olvido de los sentimientos paternofiliales y aun del más elemental sentido de humanidad, pueden sin embargo reconocer a su hijo posadopción, con el único propósito de aprovechar los beneficios económicos que les concede el Código, en el caso de sucesión, y colocarse en la situación jurídica de acreedores alimentistas del hijo que ha sido adoptado por quienes, en esta forma, se convierten en sus verdaderos padres.

Debe pues propugnarse por una reforma que integre debidamente la institución del parentesco civil, rompiendo todo vínculo parental entre el adoptado y sus padres naturales, cuando se trate de hijos de padres desconocidos o de expósitos.

A la realización de esta finalidad, la legislación francesa ha proveído por medio de la institución de la legitimación adoptiva.

9. *La adopción en el derecho moderno.* Ella, según informa Rouast:³

No sólo crea un vínculo con los adoptantes sino que, en relación con toda la familia de estos, el niño viene considerado como nacido del matrimonio. Una sola excepción, generalmente criticada y que acaso está llamada a desaparecer, fue admitida para no herir la susceptibilidad de sus abuelos, cuando estos no hayan consentido en la legitimación adoptiva: en tal caso se suprime la obligación recíproca de proporcionarse alimentos, así como las disposiciones sobre reserva hereditaria.

En esta clase de adopción se cierra toda posibilidad al reconocimiento del hijo que ha sido adoptado y se logra incorporar íntegramente a una familia al menor que así ha sido acogido por los adoptantes.

De esta manera, el vínculo que crea el parentesco civil es completo, la finalidad de la institución se colma plenamente y, en cuanto al efecto psicológico que a través de los años se produce en la conciencia del niño adoptado —impacto no despreciable en materia de adopción—, los resultados serían de gran alcance.

Debe mantenerse el requisito de que el adoptante, en el momento de la adopción, no tenga descendientes y que sea mayor de treinta años, que se encuentre en pleno ejercicio de sus derechos y que el adoptante tenga 17 años más que el adoptado (artículo 390).

Una observación final sobre punto tan interesante: tal vez conveniría, tratándose de hijos de padres desconocidos y con el propósito de alentar cada vez más la adopción entre consortes que carecen de descendencia, establecer la posibilidad, a solicitud de los futuros adoptantes, de realizar un examen del futuro adoptado, por médicos psicopediatras, con lo que se conseguiría seguramente aumentar el número de adopciones de menores abandonados, que es al fin y a la postre el papel que está llamada a desempeñar la adopción, como medio jurídico, el más idóneo por cierto, de dar un verdadero hogar, un clima familiar, un afecto paternal a la niñez normal y materialmente desvalida.

³ Rouast, André, "Evolución moderna de la adopción en Francia", versión castellana de doctor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. III, núm. 10, abril-junio, 1953, p. 258.

1. El principio corporativo.
2. Corporaciones y fundaciones.
3. Corporaciones y universalidades.
4. El patrimonio de las corporaciones.
5. La estructura corporativa.
6. Los fines en las asociaciones y sociedades.
7. Las relaciones internas de los miembros.
8. Las asociaciones en participación.
9. El contrato de organización.
10. La personalidad jurídica de las sociedades y asociaciones.

ASOCIACIONES Y SOCIEDADES

SUMARIO: 1. El principio corporativo. 2. Corporaciones y fundaciones. 3. Corporaciones y universalidades. 4. El patrimonio de las corporaciones. 5. La estructura corporativa. 6. Los fines en las asociaciones y sociedades. 7. Las relaciones internas de los miembros. 8. Las asociaciones en participación. 9. El contrato de organización. 10. La personalidad jurídica de las sociedades y asociaciones.

1. *El principio corporativo.* A través de las asociaciones y las sociedades se realiza, en el ámbito de lo jurídico, la idea de colaboración humana; ambas instituciones son instrumentos por medio de los cuales los particulares, en ejercicio de la autonomía privada, coordinan sus esfuerzos o aportan bienes para realizar un fin común. Del hecho social de la colaboración en torno a un interés común, el derecho elabora el principio corporativo, llamado también asociativo, y que comprende las asociaciones propiamente dichas y las sociedades civiles y mercantiles.¹

Las asociaciones, las sociedades civiles y las sociedades mercantiles, son las tres formas corporativas para llevar al cabo, convencionalmente y dentro del campo de la autonomía privada, esa colaboración entre las partes.²

El artículo 2670 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales, define a la asociación como un convenio en virtud del cual varios individuos se reúnen de una manera que no sea enteramente transitoria para realizar un fin común, no prohibido por la ley y que no tenga carácter preponderantemente económico; en tanto que el artículo 2688 del mismo Código Civil dice que por el contrato de sociedad los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituye una especulación comercial.

¹ Por formas corporativas entiendo lo que se conoce también como formas asociativas en general. La voz "corporación" se sustituye a asociación, para indicar el género asociativo (que comprende sociedades y asociaciones propiamente dichas) y parece conveniente su uso, a fin de dejar al vocablo asociación su sentido propio, restringido a la asociación, como contrapuesto a sociedad.

² Sobre el concepto sociológico de solidaridad activa, véase Recaséns Siches, L., *Sociología*, México, 1956, p. 338.

A su vez, el artículo 1º de la Ley General de Sociedades Mercantiles enumera los tipos de sociedad a los que son aplicables las disposiciones de esa ley.

Veamos cuáles son los elementos genéricos que aparecen en cualquiera de las dos formas corporativas a las que me he referido (asociaciones y sociedades).

Ambas tienen en común:

a) Aluden a relaciones de colaboración en paridad, entre sujetos que se unen por medio de vínculos de solidaridad activa.

b) Se presentan como un conjunto de reglas de conducta dictadas por las partes (autonomía privada).

c) Organizan la actividad de sus miembros con miras a la realización de un fin común.

d) Para lo cual se atribuye a la corporación capacidad para ser titular de un patrimonio propio (*habere arcam*).

La capacidad de goce a que alude el inciso d) significa en nuestro derecho, atribución de personalidad jurídica a la corporación.³

La idea de corporación no aparece claramente destacada, sino a principios de la Edad Media, con motivo de la cuestión planteada acerca de la personalidad de la Iglesia; pero está fuera de duda que en Roma, antes de la Ley de las XII Tablas, se conocieron ciertas asociaciones que bajo el nombre de *sodalitates*,⁴ tenían por objeto alcanzar fines de culto religioso, probablemente con el propósito de celebrar ceremonias orgiásticas.⁵

2. *Corporaciones y fundaciones.* Al lado de las corporaciones, que tienen como denominador común el ser agrupaciones de personas, encontramos a las fundaciones, que son universalidades de cosas (*universitas rerum*). Corporaciones y fundaciones son entidades conceptuales, artificios jurídicos creados con carácter instrumental para la realización de un fin transpersonalista, digno de reconocimiento y de tutela por el ordenamiento jurídico.

Se advierte claramente que mientras el principio corporativo (o asociativo) sirve de base para unificar a una pluralidad de individuos, a través del principio fundacional, se logra prolongar en el tiempo los efectos de una declaración de voluntad individual, de contenido patri-

³ Artículo 25, fracciones III y IV del Código Civil.

⁴ Duclareil, J., *Roma y la organización del derecho*, Barcelona, 1928, p. 184.

⁵ Probablemente los antecedentes de las primitivas agrupaciones asociativas en Roma se relacionen con ciertos colegios que aparecieron más tarde con el nombre de *collegia funeraticia*, a los que la República, y después los emperadores, reconocieron como agrupaciones lícitas, aun cuando a veces, algunos senadoconsultos o leyes imperiales, se ocuparon de proscribir la existencia de ciertos *collegia* que tenían fines políticos. Duclareil, *op. cit.*

monial, con la mira a la realización de un fin establecido previamente.⁶

Antes de pasar adelante, conviene señalar los elementos que, conforme a la doctrina generalmente aceptada, distinguen a las instituciones de tipo corporativo de aquellas otras de estructura fundacional.

a) En las corporaciones, la voluntad de la persona jurídica se origina dentro de la misma entidad corporativa, mientras que las fundaciones reciben del fundador la voluntad dirigida hacia la realización del fin propuesto, voluntad a la que los órganos de la fundación se encuentran sometidos.

Se dice que en tanto los órganos de la corporación son órganos dominantes, los de la fundación son órganos sirvientes.

b) El patrimonio de la corporación está constituido por las aportaciones o las cuotas de los socios o de los asociados; al paso que el patrimonio de la fundación, por los bienes que el fundador destina por declaración unilateral de voluntad, a la realización del fin por él propuesto.

c) Las corporaciones tienen como finalidad mediata el interés particular de los socios o de los asociados, bien permitiéndoles disfrutar de ciertos bienes o servicios (si se trata de una asociación) o de los provechos económicos que se llegaren a obtener en el desarrollo de la finalidad de la corporación (si se ha formado una sociedad). Por lo contrario, la fundación tiene como finalidad un interés general, superior, generalmente altruista, que no se confunde con el interés personal del fundador, sino que se realiza en interés de terceros.

Con todo, en el derecho público encontramos ciertas instituciones cuya estructura, organización y funcionamiento, nos permiten advertir la existencia de una zona intermedia entre las corporaciones y las fundaciones, pues aquellas instituciones presentan a la vez las características de unas y otras; unas son fundaciones de tipo corporativo, y otras, corporaciones de tipo fundacional.

Se trata, en ambos casos, de establecimientos que persiguen la satisfacción de intereses generales. Como una fundación de derecho público

⁶ El principio fundacional aparece asimismo en la Edad Media con motivo de las donaciones *piae causas* que algunos fieles, por acto *inter vivos* o por causa de muerte, hacían a la Iglesia, encomendándole socorrer a los pobres, a los presos, a los desamparados. Los bienes objeto de la donación constituían un patrimonio destinado a un fin, que no se confundía con el patrimonio de la Iglesia, sino que permanecían como universalidad distinta y perfectamente diferenciada del patrimonio eclesiástico. La Iglesia se constituía en simple administradora de un conjunto de bienes que, como unidad, estaba afectado al cumplimiento de la voluntad del fundador, lo cual hizo ver la necesidad de atribuir a esos patrimonios de afectación la personalidad jurídica, corporeidad o capacidad para que la Iglesia pudiera adquirir derechos y obligaciones con cargo a esos bienes, sin comprometer su patrimonio.

de tipo corporativo podría mencionarse al Banco de México, que ha adoptado la forma de sociedad anónima y aun cuando agrupa en su seno, en calidad de accionistas, a las instituciones bancarias privadas, carece de finalidad de lucro; los propósitos que persigue esa institución bancaria trascienden los límites de los intereses de los accionistas, persigue la realización de un interés general: la regulación del crédito bancario y la firmeza del valor de nuestra moneda y de los cambios sobre el exterior.⁷

También encontramos ciertas corporaciones (verdaderas asociaciones) de tipo fundacional. Me parece que el ejemplo mejor acabado de esta clase de instituciones podríamos tal vez encontrarlo en la Universidad Nacional Autónoma de México.⁸

3. *Corporaciones y universalidades.* Así pues, cuando aludimos al concepto "corporación" nos referimos a esas entidades de tipo asociativo a las que los particulares, en ejercicio de la autonomía privada,

⁷ El artículo 89 de la Ley Orgánica del Banco de México, S. A., de 20 de abril de 1941, establece que: "corresponde al Banco de México desempeñar las siguientes funciones:

I. Regular la emisión y circulación de la moneda y los cambios sobre el exterior;

II. Operar como banco de reserva con las instituciones a él asociadas, y fungir respecto de éstas como cámara de compensaciones;

III. Constituir y manejar las reservas que se requieran para los objetos antes expresados;

IV. Revisar las resoluciones de la Comisión Nacional Bancaria, en cuanto afecten a los indicados fines;

V. Actuar como agente financiero del gobierno federal en las operaciones de crédito externo o interno y en la emisión y atención de empréstitos públicos y encargarse del servicio de tesorería del propio gobierno;

VI. Participar en representación del gobierno, y con la garantía del mismo, en el fondo monetario internacional y en el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, así como operar con estos organismos. De acuerdo con la fracción II del artículo 60 de la misma ley, las acciones de la serie "B" sólo tienen derecho a participar de los resultados del ejercicio anual del Banco, el 6% del valor nominal de cada acción (las acciones de la serie "B" están suscritas por las instituciones privadas de crédito). De lo cual se desprende que la actividad crediticia que desarrolla el Banco de México se lleva al cabo no en beneficio de los accionistas, sino en interés general, y que además dicha actividad no tiene carácter de especulación comercial.

⁸ De acuerdo con el artículo 19 de la Ley Orgánica de la Universidad Nacional Autónoma de México de 30 de diciembre de 1954, dicha institución es una corporación pública—organismo descentralizado del Estado dotado de plena capacidad jurídica y que tiene por fines impartir educación superior para formar profesionistas, investigadores, profesores universitarios y técnicos útiles a la sociedad; organizar y realizar investigaciones, principalmente acerca de las condiciones y problemas nacionales, y extender con la mayor amplitud posible los beneficios de la cultura.

Conforme al artículo 15 de dicha ley, el patrimonio de la Universidad Nacional Autónoma de México está constituido, entre otros bienes, con los inmuebles y créditos que tenía en el momento en que entraron en vigor las leyes de 10 de julio de 1929 y de 19 de octubre de 1933, así como los que con posterioridad adquiera (fracciones I a VII). El patrimonio de la Universidad Nacional Autónoma de México permite a dicha institución la prestación de determinados servicios que consisten en el goce y disfrute de los servicios culturales que en ella se imparten.

pueden acudir libremente para el efecto de que, atendiendo a la naturaleza del propósito común perseguido por ellos (ideal o patrimonial), establezcan entre sí relaciones obligatorias en torno al propósito común que ha impulsado sus voluntades, para vincularse en tal manera. La corporación se distingue, como es sabido, del concepto de universalidad.

Recordemos de paso que mientras la universalidad de hecho (*universitas facti*) alude a un conjunto de cosas o de bienes, unificados a través de su destino unitario y en vista de una función común,⁹ la universalidad de derecho (*universitas juris*) se refiere a una pluralidad de relaciones jurídicas coordinadas y reducidas a unidad por voluntad de la ley, sin que exista un nexo económico, ni constituya necesariamente una agregación material de los elementos heterogéneos que la constituyen. Ejemplo típico de la *universitas juris* es el concepto de herencia, que es síntesis y no únicamente suma de elementos activos y pasivos.¹⁰

La unidad en las relaciones internas que en la asociación y en las sociedades se presentan dentro del grupo y que trasciende a las relaciones externas, frente a terceros, se halla formalizada, vigorizada por la idea corporativa que se revela en la personalidad jurídica, en el patrimonio social y en la organización del ente colectivo.

4. *El patrimonio de las corporaciones.* La función que desempeña el patrimonio en las corporaciones nos permite aludir a la diferencia entre las asociaciones y las sociedades.

Principiemos por referirnos al artículo 2670 del Código Civil, que alude al concepto de asociación.

El precepto legal mencionado establece:

Cuando varios individuos convinieren en reunirse, de manera que no sea enteramente transitoria, para realizar un fin común que no esté prohibido por la ley y que no tenga carácter preponderantemente económico, constituyen una asociación.

El artículo 2688 del mismo Código Civil estatuye:

Por el contrato de sociedad, los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económicos, pero que no constituya una especulación comercial.

La razón en que se apoya el Código Civil del Distrito y Territorios Federales en los artículos que acaban de mencionarse, para establecer la distinción entre asociación y sociedad no satisface plenamente, por-

⁹ Véase Trabucchi, Alberto, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1956, p. 357.

¹⁰ Trabucchi, *op. cit.*, p. 359.

que la naturaleza intrínseca de la entidad corporativa no ha de depender del fin que se persiga o por lo menos no ha de ser éste el único *fundamentum divisionis*, porque asociaciones y sociedades son distintas, no sólo en cuanto al fin que puede ser perseguido a través de una o de otra forma corporativa, sino también —y esto es lo que importa ahora— desde el punto de vista intrínseco.

5. *La estructura corporativa.* Por lo tanto, es necesario dirigir la investigación hacia la estructura interna de las corporaciones para encontrar, precisamente allí, el dato que nos sirva para distinguir las asociaciones de las sociedades.

La diferencia no se encuentra en la naturaleza comercial del acto constitutivo, que sería —se dice— simplemente convencional en la asociación y contractual en el negocio societario. En ambos casos, el acto fundacional es, en nuestro concepto, de naturaleza contractual.

Tampoco la distinción puede hallarse en la mayor o menor complejidad de la organización corporativa. Si se plantea que la organización de las asociaciones es menos compleja que la de las sociedades, el solo enunciado de esta nota diferencial parece simplemente vago porque se trata de conceptos relativos y porque, además, encontramos en la práctica asociaciones cuya organización es más compleja que la de ciertas sociedades, particularmente en sociedades por cuotas, de corto capital.

Llevando más a fondo la investigación, Ferrara enseña que las asociaciones son entidades corporativas abiertas en las que capital y número de socios varía constantemente, en el sentido de que todos aquellos que posean determinados requisitos o calidades pueden formar parte de la asociación, mientras que la sociedad está constituida normalmente por un número determinado de socios, que forman un círculo cerrado y por regla general su capital tiene caracteres de fijeza.¹¹

¹¹ Ferrara, Francisco, *Teoría de las personas jurídicas*, versión castellana de Eduardo Ovejero y Maury, Madrid, 1929, p. 458, dice: "Yo creo que hay un carácter esencial que separa netamente la sociedad de la asociación y es éste: la sociedad resulta de un número cerrado de personas determinadas, la asociación se basa en el cambio de los miembros y continúa no obstante su variación. En la sociedad hay coligación inmóvil entre ciertas personas y sólo excepcionalmente puede alguno de los socios ser sustituido en caso de muerte de heredero (*sic*); en la asociación la puerta está abierta, hay un vaivén continuo de socios, una fluctuación perenne de los elementos que la componen. La asociación está precisamente implantada sobre este cambio de los miembros; aquí está su fuerza en que a los miembros ordinarios sustituyan otros, que su número sea limitado, que la asociación sea por entero (*sic*). Esto no sucede en la sociedad que es una relación de *fiducia e intercertas* personas, que no permite que una de ellas salga y otra nueva entre sin que la sociedad a su vez se extinga y se renueve. La sociedad cuenta sobre la individualidad de los miembros mientras que la asociación prescinde de ella; en la una los socios son instituíbles, en la otra forman una masa fungible. De aquí se deriva que las sociedades tienen un carácter temporal, mientras que las asociaciones son colectividades de duración indeterminada."

No podemos aceptar el criterio de Ferrara, porque se funda en un aspecto formal, numérico, que no influye en la naturaleza intrínseca de la entidad corporativa.

Ascarelli señala que en las sociedades los derechos de los socios son uniformes, de idéntico contenido: básicamente, participar en las utilidades de la sociedad; en tanto que en las asociaciones, el derecho del asociado tiene diverso contenido, según sea diversa la finalidad propuesta por la asociación: club deportivo, asociación cultural, consorcio, etcétera. Las prestaciones entre asociación y asociado, pueden corresponder directamente al contenido de un contrato de cambio.¹²

Auletta,¹³ sin olvidar la estructura interna de la corporación, dice que:

La distinción entre el género asociativo y la especie sociedad se destaca en el terreno de la finalidad. En esta última las partes se vinculan para realizar prestaciones individuales, a fin de conseguir en interés común, una ventaja económica individual. Para ese fin se organizan fijando la disciplina de las relaciones del grupo y, en esa organización cada uno encuentra el equivalente de su prestación, no en la prestación de los otros socios, sino en la participación de los resultados útiles obtenidos a través de la suma de las prestaciones.¹⁴

¹² Ascarelli, "Società, associazione, consorci, cooperative, trasformazione", en *Studi in tema de società*, Milán, 1952, p. 398, dice: "La distinción puede encontrarse en otros datos que revelan la diferencia entre sociedad y asociación. En la primera cualquiera que sea su finalidad los derechos del socio son idénticos (que bajo el aspecto que aquí nos interesa consisten en el derecho de participar en las utilidades) aun cuando pueda ser diversa la aportación de los socios en los varios tipos de sociedades y por lo tanto diversas categorías de socios en una misma sociedad. En la segunda —esto es en las asociaciones constituidas en interés de los propios asociados— los derechos de los asociados tienen diverso contenido, según sea diverso el objeto de la asociación (cooperativa de crédito, de consumo, deportiva, de consorcio, etcétera) y pueden (como ocurre en la mutualista de seguros) aun directamente corresponder a un contrato de cambio; no se trata de un contrato mixto, como a veces ha sido afirmado en doctrina, sino de la misma elasticidad del contenido del contrato, la elasticidad de la causa como ya hemos tenido oportunidad de señalar, consecuencia de la ausencia de un contenido típico en las prestaciones de las partes, la diversidad de los derechos de los asociados según es diverso el objeto de la asociación y la correspondencia del contenido de una y eventualmente del otro, que podía derivar de un contrato de cambio."

¹³ Citado por Brunetti, *Trattato del diritto delle società*, t. 1, núm. 4, p. 12.

¹⁴ "Debe advertirse la diversidad en el aspecto funcional. La colaboración de los miembros se realiza en la sociedad y en la asociación, con medios distintos en una y en otra. Mientras en ésta es puramente ideal, en la sociedad la aportación de los medios materiales y morales tiende al desarrollo de una actividad lucrativa... Existe una más íntima fusión de voluntades y una más estrecha solidaridad de fuerzas económicas y de trabajo. No se trata simplemente de una colaboración de voluntades. La esencia de la relación consiste en la prestación por los socios, aparte de bienes materiales, de actividad física e intelectual, en cuanto la administración es un poder-deber del socio... En tal sentido se puede decir que la *affectio societatis* distingue a la sociedad de finalidad lucrativa de la asociación, aun cuando ésta tiene, a veces, finalidad económica... La *affectio societatis* es la exteriorización de la voluntad de colaboración interesada, que no es ya un requisito del contrato sino un elemento de su causa...", y más adelante dice: "porque el acento lógico de la disciplina de la sociedad (dice la Relación del Guardasellos) se desplaza del momento negocial al organizativo". La finalidad lucrativa, mientras da fisonomía a la causa

Siguiendo el pensamiento de este autor, podría precisarse la diferencia diciendo que el patrimonio de las sociedades es un instrumento para obtener utilidades en beneficio de los socios, en tanto que en las asociaciones es un medio auxiliar que permite a los asociados disfrutar de los servicios y de las prestaciones que la corporación asociativa ofrece a sus miembros.¹⁵

La influencia que cada uno de los asociados ejerce dentro de la asociación no depende de la cuantía de su cuota, con la que ha contribuido a la formación del patrimonio, sino que es igual a la de cualquier otro miembro de la asociación. Su voto, en las asambleas, se computa por personas y no por el valor de su aportación: "Cada socio —ordena el artículo 2678 del Código Civil— gozará de un voto en las asambleas generales."

No existe una disposición semejante aplicable a las sociedades civiles. Las partes pueden estipular libremente, en los estatutos de la sociedades, la forma de computar los votos en las asambleas (por personas o por el valor de cada aportación).

En las sociedades mercantiles habrá que distinguir: en la colectiva y en la comandita simple, los socios pueden pactar que la mayoría de votos en las asambleas se compute por cantidades y no por personas; pero si un solo socio representa el mayor interés, se necesitará el voto de otro.¹⁶

En la sociedad de responsabilidad limitada, en la anónima y en la comandita por acciones, las votaciones se computarán por cantidades y no por personas.¹⁷

Por otra parte, al liquidarse las asociaciones, el activo social podrá ser aplicado a los asociados según disposiciones que contengan los estatutos. Si éstos no establecen la manera de liquidar a los asociados su

negocial, señala la línea de separación entre sociedad y comunidad. Sin este elemento calificador, toda comunidad patrimonial debería entrar en la especie sociedad, Brunetti, *op. cit.*, t. 1, núm. 6, p. 15.

¹⁵ Houpin, C. y Bosvieux, H., *Traité générale théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, París, 1935, t. 1, p. 10, dice: "Por consiguiente, toda agrupación creada para realizar y repartir una ganancia positiva, apreciable en dinero, será una sociedad y toda agrupación, aun formada en vista de un interés puramente material, pero que no tenga por objeto alcanzar un beneficio pecuniario para distribuirlo entre sus miembros, para de esta manera acrecentar el patrimonio de cada uno de ellos, será *ipso facto* una asociación aun cuando inexactamente se le califique de sociedad." Graziani, A., *Diritto delle società*, Nápoles, 1955, p. 5, dice: "La sociedad es un negocio en el que intervienen dos o más partes, que aportan bienes o servicios, para el ejercicio en común de una actividad económica, con una finalidad lucrativa o mutualista o de consorcio; en cambio, cuando la actividad que va a ejercitarse no sea económica o siéndolo no se dirija a la realización de alguna de las finalidades antes mencionadas, se sale del campo de la sociedad, para penetrar en el de la asociación."

¹⁶ Artículos 46 y 57 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

¹⁷ Artículos 79, 113, 190, 191 y 208 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

haber social, la asamblea sólo podrá ordenar a título de liquidación la devolución del importe de cada aportación, "los demás bienes se aplicarán a otra asociación o fundación de objeto similar a la extinguida".¹⁸

El derecho de los socios a participar en la cuota de liquidación en las sociedades civiles puede ser acordado por la asamblea, aun cuando no exista estipulación en los estatutos. En las sociedades mercantiles, la asamblea debe aplicar a los socios el remanente que resulte de la liquidación después de pagadas las deudas sociales.¹⁹

La sociedad ha de desarrollar aquella actividad necesaria para alcanzar el fin último que persiguen los socios: participar en las ganancias de la sociedad. La asociación, en cambio, desarrolla su actividad para que los asociados puedan obtener, a través de los bienes o servicios que les brinda la asociación, la satisfacción de su propio interés, siempre que éste no sea preponderantemente económico.

6. *Los fines en las asociaciones y sociedades.* Surge ahora la cuestión relativa a la finalidad de lucro como elemento esencial en las sociedades.

En material civil, conforme al artículo 2688 del Código Civil, basta que la agrupación de personas tienda a la realización de un fin preponderantemente económico, para que surja la figura jurídica sociedad.

De acuerdo con el artículo 2696 del Código Civil, el pacto que establezca que los provechos pertenezcan exclusivamente a alguno o algunos de los socios y todas las pérdidas a otro u otros, producirá la nulidad del contrato de sociedad civil.

Esto no autoriza para concluir que la sociedad civil ha de perseguir necesariamente una finalidad de lucro. El lucro no es un elemento esencial del contrato de sociedad civil. Esta figura corporativa se caracteriza simplemente por el carácter preponderantemente económico de la agrupación de personas, siempre que no constituya éste especulación comercial.²⁰

En las sociedades mercantiles, el dato decisivo depende del tipo que las partes adopten al constituir la.²¹ Si ésta coincide con alguno de los tipos de sociedad mencionados en el artículo 1º de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la figura corporativa se reputará mercantil, independientemente de su naturaleza intrínseca y de su finalidad.²²

¹⁸ Artículo 2686 del Código Civil.

¹⁹ Artículos 246 y 247 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

²⁰ Rotondi, Mario, "Comunidad y sociedad, sociedad civil y sociedad mercantil", *Revista de derecho privado*, Madrid, septiembre de 1958.

²¹ Artículo 4º de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

²² Artículo 2695 del Código Civil.

Es menester, sin embargo, fijar el criterio que nos permita saber cuándo estamos en presencia de una sociedad civil que se reputa mercantil, por cuanto de ésta sólo tiene la forma.

En mi concepto, la cuestión deberá ser resuelta atendiendo a los principios que informan nuestra legislación al respecto:

a) Es mercantil por su naturaleza (formal y sustancial) toda sociedad que además de haber adoptado alguno de los tipos que señala el artículo 1º de la Ley General de Sociedades Mercantiles, tiene como finalidad la especulación comercial.

b) Por lo contrario, no obstante que se rige por la Ley General de Sociedades Mercantiles en cuanto a su forma y funcionamiento, es sociedad civil, por naturaleza, aquella que se propone un fin que no es de especulación comercial, pero ha adoptado alguno de los tipos de sociedad previstos en el artículo 1º de la citada ley.

c) Las sociedades civiles, por su forma de realizar actos de comercio (especulación mercantil), deberán adoptar la forma mercantil y se registrarán por la ley mercantil.²³

El concepto de especulación mercantil se refiere a la sociedad como corporación, como persona jurídica comerciante que persigue obtener un lucro mediante la explotación de una negociación que produzca bienes o servicios o cuya actividad consista en la interposición en el cambio de bienes o servicios y, en general, que realice habitualmente actos de comercio.

Esto implica un propósito de lucro, implícito en el concepto de los actos que por su naturaleza son mercantiles.

Adviértase que la finalidad de especulación mercantil y propósito de lucro en ella implícitos, se refieren a la sociedad y no a los socios individualmente considerados.²⁴

Y siguiendo por el camino que nos conduce a precisar la importancia que en el caso tiene la finalidad de lucro, hemos de ver cómo no es un elemento esencial en las sociedades.

7. *Las relaciones internas de los miembros.* El fin común, de naturaleza económica en las sociedades civiles y de especulación comercial en las sociedades sustancialmente mercantiles, es la causa de las

²³ Rodríguez Rodríguez, *Tratado de sociedades mercantiles*, México, 1947, t. I, p. 12.

²⁴ Sacco, Rodolfo, "Società e associazione", en *Rivista di diritto commerciale*, 1950, t. II, p. 167, comentando el artículo 2247 del Código Civil italiano, dice que dicho precepto "no se refiere (al hablar de distribución de utilidades) al objeto de la sociedad, sino a la finalidad perseguida por los contratantes. Los conceptos son diversos (véase Messineo, "Società e scopo di lucro", en *Studi di diritto delle società*, Milán, 1949, p. 8), no tanto porque sea diversa la persona jurídica sociedad, sino por la finalidad de ésta, se entiende un complejo de deberes a cargo de los órganos sociales y por finalidad de los socios... un estado psicológico por el que atraviesan en el momento de la estipulación del negocio social".

obligaciones de los socios; pero lo que para los socios es causa de la obligación contraída por ellos, no es la causa del contrato de sociedad.^{25, 26}

En otras palabras, desde el punto de vista conceptual y legislativo, es posible la existencia de sociedades aun mercantiles, que carezcan de finalidad de lucro.²⁷

De acuerdo con la opinión generalmente aceptada hoy día, la causa, en sentido objetivo, es la función económico-social del negocio jurídico²⁸ y así, en las asociaciones, causa sería simplemente la realización de un fin común, siempre que éste no tenga carácter preponderante-

²⁵ La *affectio societatis* es el elemento subjetivo de la causa, que estimamos esencial y que se encuentra en la comunidad de fin, es decir, en la realización de un fin común de carácter lucrativo, como dice el Código Civil del Distrito Federal. De donde se deduce que el motivo o fin del contrato de sociedad no es otro que la participación en los beneficios y en las pérdidas. Rodríguez Rodríguez, *Tratado de sociedades mercantiles*, México, 1947, p. 59. Son estas normas lógicas que establecen la nulidad de aquella sociedad que infrinja la esencia misma del contrato, al convenirse la exclusión de todos los socios de los beneficios o al pactarse la cláusula que impida participar en ellos a uno o más socios, pues estos supuestos hacen desaparecer la causa de la sociedad, es decir, la comunidad de fin.

²⁶ Debemos distinguir entre la causa de las obligaciones contraídas por los socios en el contrato social (obtener una utilidad) y la causa del contrato mismo: las aportaciones de los socios. Para Bigiavi (*La professionalita del imprenditore*, Padova, 1948, p. 59): "la finalidad de lucro debe consistir necesariamente en el reparto de utilidades entre los socios, en tanto éstas se obtengan de la actividad social, al punto que la diferencia entre sociedad y asociación depende de la existencia en la primera y de la inexistencia en la segunda, de esa finalidad de lucro". Por su parte, Messineo (*Studi di diritto delle società*, Milán, 1949, p. 8) dice: "que los socios no persiguen necesariamente ni directamente el reparto de utilidades por la sencilla razón de que los principios jurídicos, la vida práctica y el significado de los hechos económicos enseñan, que cuando se producen, las utilidades entran a formar parte del patrimonio de la sociedad, y entran en el patrimonio de los socios, solamente después de que por resolución de la asamblea, se les destine a ser repartidas". "En suma... debe reconocerse la diferencia entre la finalidad de la sociedad y la finalidad de los socios, que si la distribución de utilidades es para la sociedad motivo, la obtención de utilidades es la causa para los socios, en la sociedad ordinaria."

²⁷ Artículo 4º de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

²⁸ Emilio Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, s/f, dice: "Quien promete, dispone, renuncia, acepta, no tiende pura y simplemente a obligarse, despojarse de un bien, transmitirlo, adquirirlo, sin otro fin, no pretende hacer todo ello por el solo placer de realizar un acto que es fin en sí mismo. Sino que mira siempre a alcanzar una de las finalidades típicas que sigan la circulación de los bienes y la prestación de los servicios en la vida de relación: obtener un equivalente, cambiar un bien o un servicio por otro, dar crédito, donar, cumplir una obligación precedente, acallar una pretensión, transigir un litigio, etcétera. En todo negocio, analizado su contenido, se puede lógicamente distinguir una reglamentación de intereses en las relaciones privadas y concretada en ella—cuando, como es normal, no haya sido separada— una razón práctica, típica, immanente a ella, una 'causa' un interés social a que aquélla responde (p. 134). Realizadas estas varias formas de reconocer la causa en elementos especiales del negocio, como producto de perspectivas unilaterales y por ello erróneas, es fácil concluir que la causa o razón del negocio se identifica con la razón económico-social del negocio entero, considerado con independencia de la tutela jurídica, en la síntesis de sus elementos esenciales. Los elementos necesarios para la existencia del negocio son también elementos indispensables de la función típica que es su característica" (p. 141).

mente económico y que no esté prohibido por la ley; en las sociedades, en cambio, la causa del contrato sería la puesta en común de bienes o de esfuerzos para la realización de una finalidad de naturaleza patrimonial (de carácter preponderantemente económico en las sociedades civiles y generalmente de especulación comercial en las sociedades mercantiles).

No comparto las dudas de Alfredo de Gregorio respecto a si la causa tiene en el derecho de las sociedades comerciales una manifestación diversa de aquella que asume en los otros negocios jurídicos.²⁹ Estimo que se manifiesta de la misma manera y con iguales efectos en los contratos de cambio y en los contratos de organización; pues si como ya he apuntado, la causa de los negocios jurídicos, atendiendo a la doctrina expuesta, es la función de la figura contractual, no puede negarse que el contrato de sociedad tiene su propia función: la puesta en común de esfuerzos, de bienes o de ambos a la vez, para realizar un fin determinado de naturaleza económica. En suma, la colaboración de los socios para el logro de una finalidad económica común a todos y cada uno de ellos en lo particular.

8. *Las asociaciones en participación.* Procederemos a establecer ahora la distinción entre sociedad y asociación en participación. La Ley General de Sociedades Mercantiles califica de *contrato* a la asociación en participación. Por medio de ese contrato el asociante concede al asociado, que aporta bienes o servicios, una participación en las utilidades

²⁹ ¿Puede identificarse la expresada finalidad (de lucro) como la causa del contrato?... A nosotros nos parece que la finalidad de constituir un patrimonio autónomo para la gestión de actos de comercio con finalidad de ganancia, debe ser considerada la causa típica del negocio constitutivo de una sociedad comercial. Una dificultad general es la siguiente: constituida una sociedad de modo que la misma aparezca a los terceros como animada por la causa indicada, cuando ésta en realidad falta ¿existirá igualmente un ente jurídico sometido a la disciplina de las sociedades comerciales? La primera respuesta que se presenta es que en las relaciones entre los socios, puede hacerse valer la falta de causa al objeto de declarar la nulidad del vínculo social. Pero ¿cuántas limitaciones u objeciones a cada ulterior reflexión! ¿Se tendrá la nulidad de todo el negocio o solamente del vínculo que liga a la sociedad a aquellos en cuyas relaciones falte la causa? (Piénsese en el socio que en realidad no tenga ninguna participación en las utilidades y en las pérdidas.) Constituida una sociedad como sociedad comercial, la falta de la causa (falta de finalidad de ejercicio de actos de comercio, falta de finalidad de lucro), ¿no producirá, en lugar de la nulidad del negocio de constitución, la conversión en otro tipo o subtipo? (Por ejemplo, la sociedad comercial en sociedad civil o en asociación o en una simple comunidad)... Nos hemos referido a las principales cuestiones en cuyo estudio podrá incluir una determinada posición y solución del problema de la causa, para expresar finalmente si éste tiene una manifestación propia en el campo de la creación de las sociedades comerciales (y quizá de una manera general de las personas jurídicas) profundamente diversa de aquella que asume en los otros negocios jurídicos. De Gregorio, *De las sociedades y asociaciones comerciales*, Buenos Aires, 1950, t. 1, p. 19.

y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio.³⁰

La asociación en participación carece de personalidad jurídica; por lo tanto, no tiene razón social o denominación, pues el asociante obra en nombre propio, sin que exista relación alguna entre los terceros y los asociados.³¹

Generalmente se acepta que la antigua *commenda* medieval es el origen histórico de la asociación en participación. Aquella figura jurídica dio lugar, por una parte, a la sociedad en comandita, cuando el socio capitalista aparece ante terceros como miembro de la sociedad, y por otra, dio lugar a la asociación en participación, cuando sólo el asociante aparece ante los terceros actuando en nombre propio sin que dé a conocer el asociado, pues el primero aparece como único dueño del negocio emprendido a través de la asociación en participación.³²

En Francia, durante los siglos xvii y xviii, a este tipo de asociaciones que no se exteriorizaban ante terceros, se les conocía con el nombre de sociedades anónimas, que por cierto no son el antecedente de la actual sociedad anónima. En Alemania se les designa bajo el nombre de sociedades *secretaw* o sociedades ocultas.³³

La Ley General de Sociedades Mercantiles no incluye a la asociación en participación entre los tipos de sociedad enumerados en el artículo 1º de la mencionada ley. Las normas legales aplicables a la asociación en participación, se encuentran agrupadas en capítulo por separado (el xiii) y se establece así un régimen jurídico diverso al que se instituye para ser aplicado a las sociedades.

Sobre la naturaleza jurídica de la llamada asociación en participación, se han emitido diversas opiniones en el sentido de que se trata de una verdadera sociedad o de una sociedad *sui generis*. Hay quienes niegan naturaleza asociativa o corporativa a la asociación en participación, se han emitido diversas opiniones en el sentido de que se trata lugar relaciones jurídicas de obligación entre el asociante y el asociado.

Felipe Solá Cañizares³⁴ sostiene que la asociación en participación, a pesar de que en muchas legislaciones (entre ellas la nuestra) carece de personalidad jurídica y de un patrimonio autónomo o independiente, de publicidad frente a terceros, etcétera, es, sin embargo, una sociedad, aunque una sociedad *sui generis*³⁵ porque:

³⁰ Artículo 252.

³¹ Artículo 253 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

³² Garrigues, *Tratado de derecho mercantil*, Madrid, 1947, t. I, vol. 1, p. 577.

³³ Véase sobre este particular Solá Cañizares, Felipe, *El contrato de participación*, Madrid, 1954, p. 7.

³⁴ *Op. cit.*

³⁵ *Op. cit.*, 15.

En realidad la única noción universal de la sociedad es la de que es una forma jurídica que permite a un grupo de personas una finalidad común y esto a condición de no admitir la sociedad anónima unipersonal... En estas condiciones no vemos por qué no puede considerarse sociedad la participación en la que concurren como elementos: 1º La agrupación de personas, 2º Las personas de los contratantes, 3º Un objeto común, 4º El reparto de beneficios y pérdidas entre los que la forman... En este sentido, es más sociedad que la sociedad anónima que funcione con un solo accionista,

A pesar de tan autorizada opinión, pienso que la asociación en participación no es ni una verdadera sociedad, ni siquiera una asociación. Es un contrato por virtud del cual el asociante recibe del asociado bienes o servicios para destinarlos a la operación de su propia negociación o a la realización de uno o varios negocios mercantiles determinados, que emprende por su cuenta y en nombre propio, el asociante.

Aun cuando la personalidad jurídica no es un elemento esencial al concepto de sociedad, de manera que algunas legislaciones —como ocurre en el Código Civil italiano de 1942— permiten la existencia de sociedades sin personalidad jurídica (*società semplice*), en esos sistemas el concepto de sociedad se apoya en la existencia de un patrimonio autónomo, que no se confunde con el patrimonio de cada uno de los socios. Mientras, en las asociaciones en participación los bienes o servicios aportados por el asociado no presentan este atributo de la autonomía, sino que por lo contrario, entran en el patrimonio del asociante, cuyos bienes, incluyendo los que ha recibido del asociado, sirven de garantía a los acreedores para el pago de las deudas contraídas por el asociante en la gestión de la negociación mercantil o en la realización de los actos mercantiles, que dieron lugar a la asociación en participación.

9. *El contrato de organización.* De acuerdo con Brunetti³⁶ el elemento decisivo que marca la diferencia entre el contrato de asociación en participación y el contrato de sociedad es que este último es un contrato de organización, en tanto que el de la asociación en participación entra en la categoría de los contratos de cambio.

Efectivamente, no podría decirse con fundamento que en las relaciones entre asociante y asociado existe una organización, un conjunto de órganos jerárquicamente dispuestos en donde haya de formarse y se exprese la voluntad de la asociación, puesto que en ésta, la voluntad del asociante es la única que existe, y a éste corresponde en forma exclusiva la dirección y manejo de la negociación.³⁷

Si no fuera bastante la falta de personalidad jurídica y la ausencia de la autonomía patrimonial de la asociación en participación, para

³⁶ *Trattato*, p. 37.

³⁷ Pavoni, Romano, *Teoria delle società*, Milán, 1953, p. 177, siguiendo a Rubino, sos-

negar a ésta naturaleza corporativa, añadiremos que en este contrato la persecución de la finalidad de lucro, o mejor, la especulación comercial —que ciertamente constituye el fin común querido por las partes—, se encomienda en forma exclusiva al asociante, con exclusión del asociado, puesto que, como es sabido, aquél contrata en nombre propio, sin que exista relación alguna entre los terceros y el asociado.³⁸

10. *La personalidad jurídica de las sociedades y asociaciones.* Por lo que toca a las relaciones jurídicas entre asociante y asociado, es de advertir su naturaleza patrimonial y no de colaboración; lo cual excluye la existencia de relaciones orgánicas y ello, además, por la simple razón de que la asociación en participación carece de órganos. Estamos, pues, en presencia de un contrato de cambio.

El cumplimiento de las obligaciones que nacen del contrato de asociación en participación, se realiza totalmente cuando el asociado entrega al asociante los bienes o cumple con los servicios prometidos y cuando por su parte el asociante paga al asociado la participación estipulada sobre los beneficios obtenidos en los negocios que dieron lugar a la asociación.

tiene que en la asociación en participación no puede verse un contrato de cambio, porque en este último la prestación de cada una de las partes se realiza en beneficio de la otra y en el contrato de asociación en participación las prestaciones recíprocas del asociado y del asociante se efectúan en beneficio común. Y más adelante: "La diferencia entre sociedad y asociación en participación es neta: la sociedad es un organismo distinto de las personas de los socios, la asociación en participación es una mera relación que no llega a integrar siquiera una relación de sociedad interna, porque a ésta es esencial también una estructura asociativa correspondiente en lo interno a la de la sociedad típica" (p. 178).

³⁸ Artículo 256 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

1. Las relaciones internas de la sociedad.
2. Las relaciones sustanciales y las relaciones orgánicas.
3. Los derechos de participación.
4. La *affectio societatis*.
5. Las aportaciones de los socios.
6. Las obligaciones de los socios.
7. La obligación de colaboración.
8. El contenido patrimonial de las relaciones internas.
9. Derechos del socio.
10. Las responsabilidades de los socios en las sociedades de personas y en las sociedades de capital.
11. El derecho de voto.
12. El derecho a participar en las utilidades de la sociedad.

LA SITUACIÓN JURÍDICA DE SOCIO

SUMARIO: 1. Las relaciones internas de la sociedad. 2. Las relaciones sustanciales y las relaciones orgánicas. 3. Los derechos de participación. 4. La *affectio societatis*. 5. Las aportaciones de los socios. 6. Las obligaciones de los socios. 7. La obligación de colaboración. 8. El contenido patrimonial de las relaciones internas. 9. Derechos del socio: diversas categorías. 10. Las responsabilidades de los socios en las sociedades de personas y en las sociedades de capital. 11. El derecho de voto. 12. El derecho a participar en las utilidades de la sociedad.

1. *Las relaciones internas de la sociedad.* El contrato de sociedad crea un conjunto de relaciones jurídicas complejas, que por la ley y por la voluntad de las partes, se unifican y coordinan alrededor de los intereses de la sociedad y de los socios. La finalidad social, propuesta en el contrato, sirve de base y de principio rector para lograr la unidad de la actividad común que cada socio se propone desarrollar en interés coordinado con los intereses personales de los otros socios, causa de las obligaciones contraídas y de los derechos que cada uno de ellos adquiere al celebrar el contrato de sociedad.

Los recursos económicos y esfuerzos con los que contribuye cada uno de los socios para lograr la finalidad social propuesta, exigen que el ejercicio de los derechos que cada uno de ellos adquiere, al asumir la situación jurídica de socio, se vea limitado por el interés de la sociedad y, al mismo tiempo, el ejercicio de los derechos y los poderes que atribuye a la sociedad halle su límite en ciertos derechos que corresponden a los socios, individualmente considerados.

Las relaciones jurídicas, así establecidas, se desenvuelven dentro de un orden legal y contractual típico del negocio constituido de la sociedad, que al estructurar a la persona jurídica colectiva naciente del contrato, organiza la actividad interna que han de desarrollar los socios, dentro de los límites impuestos a ellos de acuerdo con las normas aplicables al tipo de sociedad que ha sido creado por voluntad de las partes.

Así pues, dentro de las relaciones internas de las sociedades en general encontramos, al lado de la situación jurídica en que se encuentran colocados los socios, disposiciones legales propias de la estructura característica del tipo de sociedad que las partes han adoptado y la organización que a ella corresponde (atribución de poderes-deberes a cada

uno de los órganos de la persona jurídica). Porque el negocio constitutivo establece un orden normativo interno unitario y coordinado, se ha designado al contrato de sociedad como un contrato de organización.

2. *Las relaciones sustanciales y las relaciones orgánicas.* En las relaciones internas de la sociedad encontramos, por una parte, aquellas que atañen a los intereses individuales y particulares de los socios, son las relaciones sustanciales, y por otra, un cierto grupo de relaciones que han sido establecidas para, de una manera inmediata, dar forma y estructura a la sociedad misma. Son las relaciones formales o de organización.¹

Interés individual de los socios y realización de una finalidad común a todos ellos, son los dos polos alrededor de los cuales se han de desarrollar las relaciones internas de los socios entre sí y de la sociedad frente a ellos.

Es importante observar que la realización de la finalidad propuesta por los socios y el interés de cada uno de ellos no se excluyen, antes han de hallar su recíproca satisfacción en el ejercicio de la actividad que la sociedad debe desarrollar. Cuando aparece una falta de coincidencia entre la actividad desarrollada por los órganos de la sociedad y el interés de los socios, en cuanto tales, se rompe el equilibrio necesario para el cumplimiento sano y adecuado de la finalidad que se persigue: la consecución de utilidades.

Ahora bien, el punto de equilibrio, punto crítico de las relaciones sociales internas, se halla en la debida ponderación en que los socios deben ver satisfecho su interés individual sin menoscabo del interés colectivo de la persona jurídica sociedad.

Cuando se habla de este punto de equilibrio, no deberíamos olvidar que si bien es cierto que la situación jurídica de socio se adquiere en función del interés social común, no lo es menos que el estado de sujeción frente al poder de las decisiones de los órganos sociales no significa que se desconozca la necesidad de garantizar, a cada uno de ellos, el respeto y el ejercicio de un cierto grupo de derechos que no están

¹ Los derechos y las correspondientes obligaciones (de los socios) son recíprocas, del socio frente a la sociedad y de la sociedad frente al socio. Así, mientras el contrato crea el derecho al cumplimiento de las obligaciones para la realización de la finalidad propuesta (aportación, organización administrativa, vigilancia, etcétera) atribuye a los socios, por otra parte algunos poderes que se originan precisamente en el hecho de pertenecer a la sociedad. Y a los poderes corresponden otros tantos derechos, a su vez distintos de aquellos que el socio puede hacer valer contra la sociedad. Unos y otros derivan ciertamente del acto constitutivo; pero mientras los poderes son atribuidos por la ley como inherentes a la situación de socio (y de allí que sean esencialmente personales), hay otros derechos que el socio puede hacer valer contra la sociedad y que derivan del contrato o de ulteriores resoluciones adoptadas por el ente colectivo. Frente a los poderes, se puede considerar a estos últimos como derechos sociales del socio, Brunetti, *Trattato del diritto delle società*, t. 1, p. 223.

subordinados a las decisiones mayoritarias y a los poderes de la sociedad.

Es así como, si la estructura de la sociedad tipifica a ésta (colectiva, comandita, limitada, anónima, etcétera), el examen de las relaciones que integran la situación jurídica de los socios nos permitirá conocer en qué grado cada uno de ellos se encuentra efectivamente en un estado de sujeción, de qué manera la situación en que se halla colocado cada socio limita los poderes de las mayorías y de los órganos sociales y, finalmente, en qué medida los socios asumen el deber de colaborar en el desarrollo de la actividad común, para alcanzar la finalidad que se propone.

Dejemos de lado, por ahora, lo que toca a la estructura de la persona jurídica, para ocuparnos del examen del complejo de relaciones que aparecen como constitutivas de la situación jurídica de socio.

3. *Los derechos de participación.* En primer lugar, conviene advertir que el estado de sujeción de los socios es consecuencia de la idea de solidaridad de la que es expresión el contrato social. Pues si cada uno de los socios, al formar parte de la sociedad, ha aceptado tomar a su cargo —en mayor o menor medida según el tipo de sociedad de que se trate— los riesgos de la actividad común a desarrollar, por otra parte le es permitido y, a la vez, se le ha impuesto como un deber contribuir con su actividad personal, bien a la formación de la voluntad colectiva a través del ejercicio del derecho de voto, o bien como en algunas sociedades de tipo personal, a la administración de los negocios comunes. Esta solidaridad, en ambos aspectos, es lo que constituye la participación del socio en la sociedad. Quien tiene una participación en los resultados obtenidos a través del ejercicio de la actividad económica que desarrolla la persona colectiva, debe también tomar para sí, una parte de los riesgos, cubriendo el valor de su aportación y asumiendo una cierta responsabilidad, limitada o ilimitada por el pago de las deudas sociales. La participación en las utilidades, en los riesgos de la empresa y en la actividad de la sociedad, gira en torno de la finalidad social.²

4. *La affectio societatis.* De finalidad se habla en dos sentidos: como objeto inmediato de la actividad común por desarrollar (objeto so-

² "La preponderancia de la finalidad en la vida entera de la sociedad se hace evidente en la determinación del concepto de derecho social. Derecho social es la participación en la sociedad en sus dos aspectos activo y pasivo, síntesis de toda una serie de facultades y de derechos que tienen una génesis, la causa de la sociedad y que se justifican todos ellos, por la finalidad propuesta que los crea, los equilibra y los modera, una vez creados. De participación en la sociedad se ha hablado en la historia de la sociedad comercial en la que, mayormente que en la sociedad civil aparecen bien destacados los derechos de participación." Mossa, Lorenzo *Trattato del nuovo diritto commerciale*, t. II, Società Commerciali Personali, Padova, 1951, p. 157. En este sentido, véase también Rodríguez Rodríguez, *Sociedades mercantiles*, t. I, p. 62.

cial) y como fin último que se propone cada uno de los socios cuando entra a formar parte de una determinada sociedad, o sea el de obtener una parte de los beneficios o utilidades que se realicen como resultado de la actividad económica (lucro). En este último sentido se habla de *affectio societatis*, como característica de la manifestación de voluntad declarada en el contrato social.

Es de la esencia del contrato de sociedad que la parte que suscribe el negocio constitutivo o que posteriormente adquiere la calidad de socio, contribuya a la realización de la finalidad social, vale decir, aportando bienes o servicios para la integración del patrimonio social, y así, la participación en toda sociedad, ya sea civil o mercantil, presupone necesaria e ineludiblemente el concepto de aportación. Quien participa en la sociedad, es decir, el socio verdaderamente tal, ha debido aportar previamente, y el vocablo aportación, desde el punto de vista técnico-jurídico, connota sujeción a la suerte favorable o adversa de la sociedad.

La asunción de la obligación de aportar y el pago de esa obligación, constituyen pues el presupuesto de la participación social y este último concepto, en su acepción activa y pasiva (participación en la actividad y en los riesgos de la sociedad), es el meollo que explica la situación jurídica de socio, toda entera, y que justifica y a la vez aclara, en su naturaleza *sui generis*, el complejo de relaciones jurídicas de que se compone la situación de socio.

Dentro del conjunto de relaciones internas de la sociedad se encuentran, como ya se dijo, las relaciones sustanciales y éstas se hallan constituidas por derechos, obligaciones, poderes, deberes, potestades y sujeciones aparecen, tales cuales son, porque el socio las ha adquirido en cuanto participa en la sociedad. A las relaciones sustanciales puede denominárseles también relaciones de participación.

5. *Las aportaciones de los socios.* Antes de analizar detenidamente en su conjunto las relaciones de participación que integran la situación jurídica de socio, es conveniente referirnos a la aportación, requisito *sine qua non* para que nazca esta situación jurídica.

En el conjunto de relaciones creadas por el contrato social, destaca aquella obligación primaria, siempre de contenido económico, impuesta a cargo de los socios, de dar o de hacer y establecida como pretensión de la sociedad, que hace posible el desarrollo de la actividad económica de ésta. Se ha dicho también, no sin razón, que la aportación es además un derecho de los socios.³ En efecto, la aportación es

³ Soprano, Enrico, *Trattato teorico pratico delle società commerciale*, Torino, 1934, t. 1, núm. 216, p. 268.

la contribución valuable en dinero, es el presupuesto para participar en la sociedad y en la formación del patrimonio social. Etimológicamente aportar significa llevar a (*ad portare*).

Desde otro punto de vista, la aportación es el elemento objetivo del acto negocial que sirve de base a la organización de la persona jurídica sociedad. La aportación tiende a dotar de un patrimonio inicial a la sociedad, atribuyendo unidad conceptual a la suma de recursos y de esfuerzos personales de los socios, para encauzarlos hacia la realización del fin común propuesto.

Podemos decir, en resumen, que la aportación es la obligación de dar o de hacer asumida por los socios frente a la sociedad que, como parte del capital social (suma de aportaciones), determina la situación del aportante dentro de la sociedad, como socio de ella.

La palabra "aportación" es un vocablo equívoco que, a la vez que alude a la obligación de contribuir con bienes o servicios para la realización de la finalidad propuesta, se aplica también al cumplimiento de la obligación de aportar, y en este sentido quien asume la obligación de dar o de hacer, no ha aportado aún, sino en tanto da o hace lo prometido.⁴ Pero también por aportación —y en este sentido empleamos nosotros ese término— se ha entendido no sólo el pago o cumplimiento de la obligación, sino la obligación misma, en tanto es asumida por las partes, pues quienes han aportado a la sociedad no necesitan haber entregado o cumplido lo prometido; mientras la obligación se cumple, nace un crédito en favor de la sociedad.⁵

Como objeto de una de las obligaciones de los socios, la aportación es un elemento esencial del contrato social. Constituye la base real y conceptual de éste. Real, en cuanto toda sociedad, y particularmente la sociedad mercantil, ha de contar con un capital que le permita desarrollar su actividad. Este capital se constituye mediante las aportaciones. Conceptual, en cuanto la aportación es un elemento indispensable para concebir la sociedad, como la combinación de recursos y esfuerzos de los socios. Así pues, no se puede prescindir de la existencia de esas contribuciones de los socios, en recursos o en esfuerzos, en el concepto de sociedad.⁶

⁴ De Gregorio, *Sociedades y asociaciones comerciales*, Buenos Aires, 1950, t. 1, núm. 29, p. 73 y 74.

⁵ La aportación no significa prestación sino asunción de la obligación de realizar ésta "subsiste como electo de la asunción de la obligación relativa; porque en ese momento surge un crédito a favor de la sociedad, crédito que ha entrado a formar parte de su patrimonio" (Ferrara, *Empresarios y sociedades*), lo que se desprende no sólo de los argumentos gramaticales ya mencionados, sino de la unidad de la noción legislativa, cualquiera que sea el objeto de la aportación, Pavoni, Romano, *Teoria delle società*, Milán, 1953, p. 390.

⁶ Greco, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino 1959, p. 155, dice: "En la

Conviene, sin embargo, distinguir la aportación realizada de la obligación de aportar. Esta última es asumida por el socio en el momento mismo en que suscribe el contrato de sociedad. Como fuente de obligaciones, el negocio constitutivo de la sociedad hace surgir, a cargo de cada uno de los socios, esta obligación primordial y cada uno de ellos queda obligado a su pago, para la constitución del patrimonio de la sociedad, de acuerdo con las estipulaciones del contrato.

La calidad de socio se adquiere en el momento mismo en que quedan obligados a aportar. El contrato de sociedad produce todos sus efectos, *inter partes* y en relación con terceros, desde que se ha exteriorizado la voluntad de participar en la sociedad.

En general, el pago de la obligación de aportar se realiza en el momento en que se determina en el contrato de sociedad.

Si la obligación de aportar ha nacido, llega un segundo momento, el de su cumplimiento, que puede ser inmediato o diferido en el tiempo, por estipulación expresa de las partes, contenida en el contrato social.

La demora del deudor en el pago de la aportación, puede dar lugar a la extinción de la situación jurídica de socio y en consecuencia a la pérdida de los derechos, poderes y potestades que de ella derivan; pero si hablamos de extinción implícitamente, reconocemos la existencia previa de aquello que se extingue.

Un contrato social en el que los socios no aportan nada es inexistente, porque el acto jurídico carece de objeto.⁷

base de estos principios se encuentra la obligación de aportar, fundamentalmente no sólo para dotar a la sociedad de los medios necesarios para la realización de sus fines —medios que por otra parte pueden provenir de terceros o aun de socios, pero en otra forma y por otros títulos— como *condicio sine qua non* para adquirir el estado de socio. Se trata, por lo tanto, de un elemento especial que es propio y exclusivo del contrato de sociedad y que nace solamente de la estipulación del propio contrato de sociedad o de su adhesión posterior a él..."

⁷ La aportación es el elemento esencial del negocio constitutivo de sociedad y está previsto como elemento de hecho del negocio mismo aplicable a todos los tipos. Cuando no existe aportación, no se tendría elemento base del negocio constitutivo de una sociedad mercantil. Pavoni, Romano, *Teoria delle società*, Milán, 1953, p. 384. El contrato de sociedad, no queda comprendido en la categoría de los contratos con prestaciones correspectivas. Aunque la comunidad de fin no excluye de una manera absoluta que el contrato de sociedad pueda configurarse como aquellos en que cada una de las prestaciones tengan una correlativa, la correspondiente prestación no se da entre las prestaciones de los socios y una de la sociedad. Debe considerarse fuera del tipo de sociedad: la retribución fija o la garantía de una utilidad máxima (*ibid*, p. 387). Si es verdad, como lo hemos sostenido, que no existe sociedad sin obligación de aportar a cargo de todos los socios, es claro que no puede concebirse una sociedad sin patrimonio, entendido éste como complejo de relaciones jurídicas de una persona, valuables en dinero. La persona jurídica sociedad, desde el momento mismo en que surge, será siempre titular, cuando menos de derechos de crédito contra los socios, y el derecho a la aportación frente al socio singular compete a la sociedad y no a los consocios, es objeto de acción social y no de acción individual y esto es admitido

6. *Las obligaciones de los socios.* Como objeto de las obligaciones de los socios, ha de ser cierta y determinada. En cuanto cierta y determinada se dice que la aportación ha de ser siempre limitada y, por lo tanto, debe distinguirse de la responsabilidad. Si aquélla es siempre limitada, la responsabilidad puede ser ilimitada en ciertos tipos de sociedad.

La obligación de aportar es asumida por los socios frente a la sociedad, mientras la obligación de responder de las deudas sociales se presta frente a los terceros.

Se trata, pues, de dos obligaciones de diversa naturaleza y de dos relaciones jurídicas distintas entre sí, por lo que una cosa es hablar de *suma de aportaciones* y otra de *suma de responsabilidades*.

El fundamento para exigir la responsabilidad de los socios, por el pago de las deudas sociales, se encuentra en el artículo 2 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y se desprende, asimismo, de lo que disponen los artículos 13 y 14 de la propia ley, que aluden respectivamente a la responsabilidad del nuevo socio por las deudas sociales antes de la admisión de aquél y a la responsabilidad del socio que se separa o fuere excluido por las operaciones pendientes en el momento de la separación o exclusión.

La responsabilidad es ilimitada en la colectiva para todos los socios y en la comandita para los comanditados (artículos 25, 51 y 207 de la Ley General de Sociedades Mercantiles). La aportación es, sin embargo limitada y cierta aun en este tipo de sociedades.

Es limitada la aportación y la responsabilidad para los comanditarios en la comandita; para los socios en la sociedad de responsabilidad limitada y en la anónima (artículos 58 y 87 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

En la cooperativa, la aportación y la responsabilidad de los socios son siempre limitadas, tanto si aquéllos responden de las deudas sociales sólo por el valor de su aportación como si los cooperadores asumen una responsabilidad suplementaria, puesto que en esta segunda situación, los socios de la cooperativa, aparte de quedar obligados al pago de su aportación en una suma determinada, se obligan a responder del pago de las deudas sociales mediante aportaciones suplementarias, hasta

unánimemente aun para quienes como Asquini, niegan la personalidad jurídica de la sociedad llamada de personas quien sostiene que: "En las sociedades no personificadas, la ley refiere la titularidad de las relaciones sociales, no a la suma de los socios, singularmente considerando, sino a la colectividad organizada de ellos, Graziani, Alejandro, *Diritto delle società*, Nápoles, 1955, p. 26.

una cantidad cierta y determinada en el contrato social (artículo 5º de la Ley de Sociedades Cooperativas).

La responsabilidad ilimitada de los socios (cuando existe) es a la vez subsidiaria; por lo que, si la sociedad es solvente, los acreedores sociales carecen de interés jurídico para ejercer la acción de pago en contra de los socios; no sólo por lo que se refiere a la responsabilidad misma, en este caso también por lo que toca al cumplimiento de la obligación de aportar, que asumió cada uno de ellos en el contrato social.

Si la sociedad es insolvente, de acuerdo con el artículo 24 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, los acreedores pueden ejercer la acción de pago directamente en contra de la sociedad y en contra de los socios, para hacer efectiva la responsabilidad solidaria, subsidiaria e ilimitada que tiene cada uno de ellos en cumplimiento de las obligaciones contraídas por la sociedad.

En cambio, los acreedores carecen de acción directa para exigir a los socios el cumplimiento de la obligación de aportar. Si la sociedad es insolvente, los acreedores podrán ejercer subrogatoriamente, de acuerdo con el artículo 24 del Código de Procedimientos Civiles, la acción de pago cuyo ejercicio directo corresponde a la sociedad.

7. *La obligación de colaboración.* De lo anteriormente expuesto, se desprende que la aportación implica la obligación de colaboración económica de los socios para la realización de la finalidad social.

Ha de consistir en un acto o en una serie de actos positivos, en virtud de los cuales una parte del patrimonio individual de los socios se transmite a la persona jurídica sociedad para formar el *substratum* económico de ésta.

Por lo tanto, la sola obligación de responder del cumplimiento de las obligaciones sociales no puede en ningún caso constituir una verdadera aportación y, por lo tanto, no atribuye de ninguna manera el carácter de socio a quien simplemente asume esa responsabilidad patrimonial, subsidiaria y aun ilimitada, como garantía del pago de las deudas sociales. La persona que se limita a ofrecer ante terceros su propio patrimonio, en garantía del cumplimiento de las obligaciones de la sociedad, aun cuando su obligación sea solidaria e ilimitada, podrá ser fiador de la sociedad; pero en ningún caso asume la calidad de socio, porque no puede entenderse que de esa manera colabora directamente con la sociedad para realizar la finalidad propuesta.⁸

⁸ De acuerdo con el esquema de la sociedad, es necesario que todo socio colabore a la realización de la finalidad social. La responsabilidad ilimitada de los socios, que comprometen su patrimonio propio para el pago de las deudas sociales, contra lo que afirmaba

El capital de las sociedades no admite la posibilidad, como puede ocurrir en las asociaciones, de estar constituido por otros medios que no sea precisamente la transmisión de bienes o servicios del patrimonio individual de los socios, al patrimonio de la sociedad.

La aportación (entendida como obligación), contra lo que opina algún eminente autor,⁹ es un elemento esencial del contrato de sociedad, puesto que constituye el principal objeto del contrato.¹⁰

El contenido de la obligación de aportar (que debe distinguirse del objeto del contrato) es más concreto, y se refiere a lo que el aportante debe prestar, dando, haciendo o no haciendo. Todos los socios deben aportar; pero no todos se obligan a aportar lo mismo, ni en cantidad ni en especie.

Por otra parte, como veremos más adelante, la aportación es desde otro punto de vista el presupuesto de la calidad de socio.

8. *El contenido patrimonial de las relaciones internas.* El contenido de la aportación, aunque puede ser distinto, necesariamente ha de ser valuable en dinero; se requiere, de manera imprescindible, que la aportación sea económicamente útil para formar parte del patrimonio social. El artículo 6º, fracción vi de la Ley General de Sociedades Mercantiles, menciona entre los requisitos que debe contener el contrato de sociedad "la expresión de lo que cada socio aporta en dinero o en otros bienes; el valor atribuido a estos y el criterio seguido para su valorización".

La aportación puede consistir en numerario, bienes muebles o inmuebles, derecho reales o crédito, títulosvalor, propiedad industria, trabajos personales, etcétera.

Las aportaciones, salvo pacto en contrario, se entenderán translativas

Bolaffio en su polémica con Manara, no constituye aportación. "El patrimonio —dice De Gregorio— no puede ser constituido con la simple responsabilidad ilimitada de los socios; ésta, según nuestro ordenamiento legislativo, sirve como responsabilidad subsidiaria, respecto a la responsabilidad del patrimonio social, pero no sustituye a este último...", Brunetti, *Trattato del diritto delle società*, Milán, 1948, t. I, núm. 107, p. 239.

⁹ "La participación en la sociedad está, por regla general, unida a la obligación de aportar, como se deduce de la misma definición del contrato social. Esto no indica que la aportación sea un elemento del contrato, sino que la promesa de aportar es ciertamente el presupuesto de la calidad de socio... Si la aportación está destinada a formar el patrimonio (autónomo) es obvio que deba servir, para satisfacer el pasivo. Por ello, la ley confiere acción a los acreedores sociales cuyos créditos no han sido pagados en la liquidación de la comandita, frente a los comanditados, limitadamente a la cuota que les corresponde en la liquidación", Brunetti, *Trattato del diritto delle società*, Milán, 1948, t. I, núm. 99, p. 228.

¹⁰ Decimos objeto del contrato en sentido técnico, no finalidad del contrato. Por objeto del contrato, aludimos a las obligaciones, poderes, deberes y potestades y sujeciones que el mismo crea, como contrato de organización.

de dominio cuando se trate de bienes distintos del numerario; el riesgo de las cosas aportadas estará a cargo del aportante hasta que haga la entrega respectiva (artículo 11 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

Quien aporte un crédito responde: a) de la existencia y legitimidad del crédito; b) de la solvencia del deudor en el momento de la aportación, y c) si el crédito consta en un títulovalor, responderá de que éste no ha sido objeto de la publicación que previene la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, para los casos de pérdida de valores de esta clase (artículo 12 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

La aportación en uso concede a la sociedad el derecho de reservar para sí la tenencia material de la cosa aportada en tal concepto, para emplear esa posesión derivada, directamente en la finalidad social; si se aporta el goce o usufructo, la sociedad podrá, además, hacer suyos los frutos naturales, civiles o industriales que aquélla produzca. Los administradores responden ante el aportante del menoscabo que sufran los bienes así aportados, por culpa o negligencia en el uso o goce de los mismos.

En cuanto a la aportación del nombre, éste por sí mismo no puede constituir contenido de la aportación. Si hablamos del nombre subjetivamente considerado, éste no puede ser separado del titular, ya se trate de persona física o de persona jurídica. El nombre no es un bien por sí mismo, es una cualidad o característica de la persona, como el domicilio, el patrimonio, el estado civil, etcétera.¹¹

Desde el punto de vista del nombre objetivamente considerado (nombre de una negociación o de un establecimiento comercial), siendo un elemento accesorio de la empresa, un simple distintivo, no tiene sustantividad jurídica, ni puede desconocerse su finalidad protectora del ámbito de la clientela del negocio (artículo 214 de la Ley de la Propiedad Industrial). No se puede hablar en realidad de un derecho de propiedad sobre el nombre, sino de un derecho exclusivo al uso de él. ¿Y se podría hablar jurídicamente de aportación de derechos sobre una determinada clientela?¹² En realidad, lo que se intentaría aportar sería el avío o aviamiento, que no puede separarse de la negociación.

9. *Derechos del socio: diversas categorías.* Al quedar celebrado el

¹¹ En este sentido, véase Ramela, Agustín, *Tratando de la propiedad industrial*, Madrid, 1913, t. II, p. 261. En contra de esta opinión, Simonetto, Ernesto, "L'apporto nel contratto de società", *Rivista di diritto civile*, Anno IV, 1958, p. 26 y ss. *Ibid.*, Garrigues, que acepta la aportación del nombre comercial en virtud del proceso de objetivación, *Tratado de derecho mercantil*, Madrid, 1947, t. I, vol. 1º, p. 449.

¹² Así, Rodríguez Rodríguez, *Curso de derecho mercantil*, México, 1947, t. I, p. 397.

contrato de sociedad, de donde deriva la obligación de aportar, las partes adquieren la situación jurídica de socios de la persona jurídica que nace como efecto del propio contrato, con la particularidad de que a partir de ese momento las relaciones jurídicas, para lo futuro, tienen lugar no sólo entre los signatarios del contrato social, sino entre éstos y la sociedad, mientras sean miembros de ella y también entre los futuros socios que adquieran la posición jurídica de tales.¹³

La adquisición de la situación jurídica de socio, constituye el presupuesto de la titularidad de un conjunto de relaciones jurídicas de diversa naturaleza y de contenido también diverso. No es fácil, por lo tanto, lograr una clasificación formalmente lógica de tan numerosas y variadas relaciones, pues comprenden derechos subjetivos, obligaciones, poderes, deberes, potestades y sujeciones.

Y, sin embargo, no puede renunciarse al intento de sistematizar su estudio a través de una clasificación; pero será preciso, para comprender mejor la naturaleza de esas relaciones, tomar en consideración distintos puntos de vista.

Greco los clasifica en: a) derechos subjetivos propiamente dichos, a los que corresponden obligaciones ciertas y determinadas a cargo de la sociedad. Se establecen en interés del socio y éste puede exigir el cumplimiento de la obligación a cargo de la sociedad por los medios de coacción que la ley establece; b) los derechos potestativos, por cuyo ejercicio su titular determina con actos propios y en interés también propio, pero en la esfera de los intereses de otro, efectos modificativos o extintivos de relaciones jurídicas; c) los poderes o potestades, que se ejercen para la tutela del interés de otro o en interés de una comunidad (a veces se designa a estos con el nombre de derechos colectivos).¹⁴

Ejemplo de derechos subjetivos se encuentra en aquellos que permiten a los socios participar en las utilidades del ejercicio decretadas por la asamblea, en el derecho a participar en la cuota de liquidación al extinguirse la sociedad y, en general, en todos los derechos patrimoniales que corresponden a los socios. Es derecho potestativo, el de separación o el que tiende a obtener la liquidación y disolución de la sociedad, en los casos en que proceda. Son poderes o potestades jurídicas todos aquellos que, ejercidos, sirven fundamentalmente para la realización del interés común del grupo, es decir, del interés social, como el derecho de administrar, el de vigilancia, el de invalidar las resoluciones de las asambleas, etcétera.

Desde otro punto de vista, Brunetti clasifica las relaciones que in-

¹³ Graziani, *Diritto delle società*, Nápoli, 1955, p. 62.

¹⁴ Greco, *op. cit.*, p. 147.

tegran en su aspecto dativo la situación jurídica de socio, en derechos individuales, que derivan del ordenamiento jurídico de la sociedad y que no pueden ser modificados o suprimidos, ni aun por resolución de la asamblea. Podría identificárseles con los derechos subjetivos mencionados por Greco. Ejemplo de este tipo de derechos individuales, no patrimoniales, lo encontramos en el que corresponde a cada socio de conservar su posición jurídica dentro de la sociedad.

Al lado de los derechos individuales, Brunetti apunta los derechos sociales que derivan de la voluntad de los socios, es decir, del acto constitutivo o de ulteriores resoluciones de la asamblea legalmente instalada. Pueden ser modificados o suprimidos, sólo por una resolución pronunciada por el mismo órgano que los estableció. Por ejemplo, el derecho que se reconociera en favor de una minoría de accionistas, integrada con un 33% menor al del capital social, para pedir la convocatoria de una asamblea general de accionistas o el derecho para nombrar un consejero que se reconociera en favor de una minoría de accionistas constituida por menos del 25% del capital social (los artículos 184 y 144 de la Ley General de Sociedades Mercantiles fijan respectivamente el 33% y el 25% para atribuir esos derechos a las minorías).

Los derechos individuales son primarios, en tanto que los derechos sociales se establecen como instrumento de la realización de aquéllos; ejemplo: el derecho a las utilidades es un derecho primario, que no puede ser suprimido en ningún caso, al tenor del artículo 17 de la Ley General de Sociedades Mercantiles; pero el derecho a un dividendo cierto y determinado es subordinado, porque sólo tiene existencia cuando una asamblea de accionistas decreta su pago.¹⁵

El derecho de voto es primario porque no puede ser suprimido completamente, ni en el acto constitutivo ni por resolución de la asamblea, excepto en el caso de las acciones de goce; pero estas acciones han dejado de representar verdaderamente la situación jurídica de socio, por haberse reembolsado a su tenedor el valor de su aportación. La acción representa en ese caso un derecho de crédito en contra de la sociedad, subordinado a la resolución de la asamblea que decreta utilidades.

Alejandro Graziani distingue los derechos que integran la posición jurídica de socio: a) en derechos de administración, *lato sensu*. En ellos quedan comprendidos el derecho de voto y el de intervenir en la asamblea; b) derechos de vigilancia que se otorgan a los socios no administradores para conocer el curso de los negocios sociales y para con-

¹⁵ Brunetti, *op. cit.*, p. 224.

sultar los documentos relativos a la administración, y c) los derechos de naturaleza patrimonial que comprenden el derecho a participar en las ganancias y en la cuota de liquidación.¹⁶

Podríamos agregar como un derecho subjetivo de los socios, derecho primario en la terminología de Brunetti, o de vigilancia en la de Graziani, el que corresponde a cada uno de ellos para exigir que se cumplan las estipulaciones del contrato social, a través de la acción de nulidad de los actos ejecutados por la sociedad a través de sus órganos, violando una o varias de las cláusulas del contrato de sociedad. Esta acción de nulidad, como derecho individual de los socios, es independiente del procedimiento especial de oposición a las resoluciones de las asambleas de accionistas a que se refiere el artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Se distingue de este último en que deriva del principio general del cumplimiento de las obligaciones legalmente contraídas y en que su ejercicio no produce el efecto de suspender la ejecución del acuerdo ilegalmente pronunciado por la asamblea de accionistas, a que se refiere el artículo 202 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

10. *Las responsabilidades de los socios en las sociedades de personas y en las sociedades de capital.* En el aspecto pasivo de las relaciones que constituyen la situación jurídica de socio en las sociedades de personas, encontramos mayormente acusados los elementos que distinguen la situación jurídica de socio.

En efecto, en las sociedades de personas, el principio de colaboración de los socios es más enérgico. Así, por ejemplo, el artículo 40 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, es aplicable a la colectiva y a la comandita por lo que se refiere a los socios comanditados, pues en ellas, salvo pacto en contrario, todos los socios deben concurrir en la administración.

Los socios colectivos y los socios comanditados en la comandita simple y en la comandita por acciones, no podrán hacer uso de la firma o del capital social para negocios propios (artículos 50, 57 y 211 de la Ley General de Sociedades Mercantiles). Se trata de una típica obligación de no hacer.

Los socios colectivos y los comanditados en la comandita simple y por acciones, no porque tengan el poder de administración, sino porque es de la esencia de este tipo de sociedades, asumen responsabilidad personal subsidiaria, solidaria e ilimitada, junto con la sociedad, en los términos de los artículos 24, 51 y 207 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

¹⁶ Graziani, *op. cit.*, p. 64.

En la sociedad de responsabilidad limitada, dos socios no pueden ceder su parte social sin el consentimiento de todos los demás, a menos que en el contrato social se exija sólo el consentimiento de los socios que representen las tres cuartas partes del capital (artículo 65 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

En este último tipo de sociedad puede establecerse en el contrato constitutivo o en sus reformas posteriores, la obligación a cargo de los socios, de hacer aportaciones suplementarias, en proporción a la aportación primitiva (artículo 70 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

Tienen, también, el deber de administrar todos los socios de la limitada, cuando no se ha designado quiénes desempeñarán la gerencia o cómo se hará la elección de gerentes (artículo 74 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

Los socios de la colectiva, los de la comandita y los de la limitada, podrán ser excluidos de la sociedad por el uso de la firma o del capital social para negocios propios, por infracción del contrato de sociedad o de las disposiciones legales que lo rijan y por la comisión de actos fraudulentos o dolosos contra la compañía. Además, los socios de la colectiva y de la comandita podrán ser excluidos por quiebra, interdicción o inhabilitación para ejercer el comercio (artículo 50, 57, 86 y 211 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

Las obligaciones de los accionistas de la anónima, se agotan al quedar cubierto el valor de las acciones por ellos suscritas (artículo 87 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

Pero esto no impide que se deben cumplir ciertos *deberes* y que se encuentren en estado de sujeción respecto de ciertos acuerdos o resoluciones sociales.

El accionista que en una operación determinada tenga por cuenta las resoluciones legalmente adoptadas por la asamblea de accionistas, las cuales son obligatorias aun para los socios ausentes o disidentes (artículo 200 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

El accionista que en una operación determinada tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad, carece del derecho de voto en lo que se refiere a los acuerdos de la asamblea relacionados con dichas operaciones (artículo 196 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

De la misma manera, los administradores y comisarios, si son accionistas, no podrán tomar parte con su voto en las resoluciones que se refieran a la aprobación de las cuentas o a su propia responsabilidad (artículo 197 de la Ley General de Sociedades Mercantiles). En ambos casos, responderán frente a la sociedad de la reparación de los daños

y del resarcimiento de los perjuicios que ocasionaren a la sociedad, cuando sin su voto no se hubiere logrado la mayoría necesaria para la validez de la determinación.

11. *El derecho de voto.* Dentro del conjunto de derechos y obligaciones, poderes y deberes, potestades y sujeciones que integran la situación jurídica de socio, el voto y la participación en los beneficios sociales tienen particular relevancia y merecen una breve consideración:

El derecho de voto, como declaración individual de voluntad del socio, es el acto por el cual éste concurre a la formación de una resolución social. Requiere: a) la capacidad del sujeto y la legitimación; b) un objeto; c) una voluntad; d) una causa; e) una forma.¹⁷

a) La capacidad de voto depende de la situación jurídica de socio, en cuanto ésta puede atribuir a su titular sólo un voto limitado en los casos a que se refiere el artículo 113 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Se encuentra legitimado para votar el socio mismo o su representante debidamente instituido.

b) El objeto del voto ha de ser precisamente la proposición que se somete a resolución de los socios, contenida en la orden del día respectiva.

c) La voluntad declarada por medio del voto ha de estar exenta de error, libre de dolo y ha de ser emitida sin violencia; es decir, ausente de vicios que la perturben.

d) Respecto de la causa de la voluntad expresada en el voto, éste ha de ser emitido siempre en interés de la sociedad, de allí que el socio que tenga un interés contrario al interés social, se encuentra privado del derecho de voto.

El problema de la validez de la sindicación de acciones o de la vinculación del voto puede resolverse, atendiendo a la finalidad de la vinculación y, por lo tanto, del voto mismo. Será válida tal vinculación si la finalidad que con ella se persigue coincide con el interés social y carecerá de validez si discrepa o se opone al interés colectivo.

e) La forma del voto o mejor, de su emisión, podrá ser oral o escrita, pero emitido precisamente en la asamblea de socios, en la anónima y en la comandita por acciones (artículos 178 y 208 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

Nada impide que en la colectiva y en la comandita simple, el voto de los socios pueda emitirse por escrito, sin la reunión de los socios en la asamblea.

En la limitada, es posible la emisión del voto por escrito, en los

¹⁷ Romano Pavoni, *Le deliberazioni delle assemblee delle società*, Milán, 1951, p. 95.

casos en que así lo estipule el contrato de sociedad y siempre que se remita a cada uno de los socios el texto de las resoluciones o decisiones por carta certificada con acuse de recibo (artículo 82 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

12. *El derecho a participar en las utilidades de la sociedad.* La participación del socio en las utilidades de la sociedad es, como el derecho de voto, un elemento esencial del contrato de sociedad.

Así pues, todos los socios deben tener una participación en las ganancias. Ninguno puede ser privado de ellas y serán nulas las estipulaciones que excluyan a cualquiera de los socios de participar en los beneficios (artículo 17 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

Como derecho subjetivo, individual del socio, no puede ser desconocido ni en el contrato social ni en posteriores resoluciones de la asamblea. Tampoco puede ser objeto de renuncia válida por el socio titular de él.

La ineficacia de los pactos de renuncia no es susceptible de valer, ni por confirmación ni por prescripción. Cualquier interesado puede obtener la declaración de invalidez de la estipulación, fundado en la ilicitud del objeto del pacto que excluya el socio de su participación en los beneficios de la sociedad. La nulidad es, por lo tanto, absoluta.

Debe, sin embargo, distinguirse el derecho individual primario de los socios a los beneficios, del derecho al pago de una utilidad concreta, realizada en uno o varios ejercicios sociales transcurridos. Este último derecho está subordinado a la redacción del balance que efectivamente arroje utilidades (artículo 19 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

El derecho primario a los beneficios está garantizado por medio de un derecho subordinado, conferido a los socios, el de pedir al comsario, y en su caso al juez de lo civil, la convocación de la asamblea ordinaria, ante la cual deberá presentarse el balance (artículo 185 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).¹⁸

Para finalizar, un breve análisis sobre la facultad de la asamblea para decidir, como órgano supremo de la sociedad, sobre la aplicación de las utilidades del ejercicio.

Siguiendo a Greco,¹⁹ observamos que la Ley General de Sociedades Mercantiles, en algunos de sus preceptos que aluden al reparto de utilidades, parece atribuir a la asamblea una facultad discrecional y así

¹⁸ Por lo que se refiere a las sociedades colectivas y en comandita, los socios tienen el derecho de examinar en cualquier tiempo el estado de la administración, la contabilidad y papeles de la compañía, haciendo las reclamaciones que estimen oportunas, conforme a los artículos 47 y 57 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 185.

en el artículo 19 se establece que: "La repartición de utilidades sólo podrá hacerse después del balance que efectivamente las arroje." El artículo 78 (aplicable a la limitada) dice: "Las asambleas tendrán las facultades siguientes: . . .2º Proceder al reparto de utilidades." Del artículo 181 de la misma ley (aplicable a las sociedades anónimas) se lee la letra:

La asamblea ordinaria se reunirá por lo menos una vez al año, dentro de los cuatro meses que sigan a la clausura del ejercicio y se ocupará, además de los asuntos contenidos en la orden del día, de los siguientes: 1º Discutir, aprobar o modificar el balance, después de oído el informe de los comisarios, y tomar las medidas que juzgue oportunas.

Es preciso esclarecer si esas normas legales han otorgado a la asamblea de socios, efectivamente, un poder discrecional que le permita destinar las utilidades a los fines que ella juzgue oportunos, o si por el contrario, sus poderes se encuentran limitados en esta materia y cuál sea su límite.

La causa del contrato de sociedad es precisamente que cada uno de los socios participe en las utilidades obtenidas como resultado de los negocios sociales y si el balance debe redactarse anualmente, uno por cada ejercicio social, la asamblea debe tener en cuenta la naturaleza y el contenido de la causa para contratar que dio origen al contrato social.

La discrecionalidad de la asamblea, en cuanto "a las medidas que juzgue oportunas", parece referirse sólo a la cuantía de las utilidades distribuibles entre los socios, ponderando las exigencias de las operaciones sociales y no a la posibilidad de privarlas de ellas.

Más adelante Greco,²⁰ comentando el artículo 2350 del Código Civil italiano que consigna expresamente el principio, implícito necesariamente en la estructura de toda sociedad, de que los socios tendrán derecho a una parte proporcional de las utilidades, lo mismo que al patrimonio neto que resulte después de pagadas las deudas sociales, concluye que cuando el código habla de utilidades "parece haberse referido particularmente a las utilidades del ejercicio; porque en el momento de la liquidación final, esas utilidades, si existen, formarán parte del patrimonio neto".

Este argumento, que parece decisivo, tiene mayor énfasis en nuestro régimen legal si se toma en cuenta la norma del artículo 23 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que concede a los acreedores particulares de un socio el derecho de hacer efectivos sus créditos sobre las utilidades que le corresponden según el balance social.²¹

²⁰ *Ibid.*

²¹ Véase Mantilla Molina, "El derecho de los accionistas al reparto de utilidades", *El Foro*, diciembre de 1946, 2ª época, t. III, México, núm. 4, pp. 401 y ss.

Por lo tanto, si el tercero, acreedor particular del socio, puede hacerse pagar el crédito que tenga contra de aquél, con las utilidades de la sociedad que correspondan a su deudor, esto implica la existencia de un derecho a ellas. Si este derecho no se reconociera, no podría servir de garantía al acreedor.

1. Acotación del tema.
2. El ilícito como violación de un deber jurídico fundamental.
3. Ilícitud y antijuridicidad.
4. La finalidad ilícita. El ejercicio abusivo del derecho.
5. Los límites de la autonomía privada.
6. El ilícito y la causa de las obligaciones.
7. El objeto ilícito.
8. El orden público y las buenas costumbres.
9. Legalidad y legitimidad.

EL ILÍCITO CIVIL

SUMARIO: 1. Acotación del tema. 2. El ilícito como violación de un deber jurídico fundamental. 3. Ilícitud y antijuridicidad. 4. La finalidad ilícita. El ejercicio abusivo del derecho. 5. Los límites de la autonomía privada. 6. El ilícito y la causa de las obligaciones. 7. El objeto ilícito. 8. El orden público y las buenas costumbres. 9. Legalidad y legitimidad.

1. *Acotación del tema.* El tema que será materia de esta breve disertación, considerado en toda su amplitud en su acepción jurídica general, presenta para el jurista innegable interés; porque el ilícito, en relación con la actividad de los particulares, fija los límites, las fronteras dentro de las cuales el derecho objetivo permite la existencia de un espacio en el que los sujetos de derecho pueden desarrollar aquella facultad de que se hallan investidos para proponerse la consecución de fines y para seleccionar libremente los medios de que se han de valer para alcanzar aquéllos.

Por otra parte, es por demás sabido que el concepto de ilícito civil juega un papel de vital importancia sobre los efectos de la voluntad de las partes que intervienen en un acto jurídico, efectos que o no se producen —porque ciertamente, en principio, el acto ilícito no debe ser considerado como un acto válido, susceptible de producir las consecuencias que las partes pretenden obtener, si observan una determinada conducta que no está permitida, o se producen ciertos efectos no queridos por el declarante: la obligación de reparar un daño causado.

El autor o los autores de un acto jurídico han realizado una determinada conducta que no les ha sido impuesta coercitivamente por la norma de derecho, sino que el ordenamiento a todo les ha otorgado la facultad de decidir, por propia voluntad, qué comportamiento observarán con vista a un interés particular. En este respecto, han podido decidir libremente.

Los conceptos de libertad y responsabilidad, que fundan la construcción del orden normativo, encuentran en el ilícito una de sus más importantes proyecciones.

El derecho supone y exige el libre albedrío. Si sanciona a quien no cumple sus obligaciones, si castiga al delincuente, es porque cree que la conducta de uno y otro pudo

haberse orientado en un sentido recto. Sin esta acepción del libre albedrío como molde dentro del cual se desenvuelve la actividad humana, no podría constituirse un orden jurídico, pues entonces habría que suponer la existencia de un determinismo negativo de toda libertad. Y para el derecho, en principio, los hombres son siempre responsables de sus actos.¹

Así, considerado en estos términos generales el ilícito civil, conviene tener presente que la conducta del hombre, en sus varias, amplísimas manifestaciones, puede ser estudiada como comportamiento indiferente para el derecho, en cuanto no es susceptible de producir consecuencias jurídicas de ninguna clase. El campo de lo ajurídico, no obstante que comprende una área vastísima de actos humanos, ha sido dejado de lado por el ordenamiento de derecho, que ciertamente no abarca, ni debe por otra parte abarcar, de una manera absoluta, toda la actividad del hombre.

Dentro del ámbito no menos amplio de la conducta humana que produce consecuencias de derecho, que es, claro está, aquel que demanda la atención del jurista, quedan comprendidos hechos y actos, de diversa naturaleza. No sólo aquellas conductas que se desenvuelven en plena conformidad con el orden jurídico, sino también las que se desarrollan en contraste con la norma de derecho. Una y otra conductas producen efectos jurídicos de distinta naturaleza en un caso y en otro.

La conducta que se desarrolla en conformidad con el orden jurídico, a la que llamamos conducta lícita, es objeto de tutela, de reconocimiento o protección por ese orden. La conducta que se realiza en contraste con las disposiciones del ordenamiento, por ser ilícita, produce también ciertos efectos de derecho, efectos que las partes no han buscado ni se han propuesto siquiera, pero previstos en la disposición de la norma. Consecuencias establecidas como sanción garantizadora del cumplimiento de la norma, aplicable en el caso de que acontezca aquel comportamiento que el ordenamiento considera que debe ser reprobado.

Existe pues, dentro de lo jurídico, una conducta jurídicamente valiosa y otra conducta jurídicamente "antivaliosa".

En este problema de estimativa jurídica, y para determinar en cada caso concreto a cuál de estos dos grandes campos corresponde una conducta, hemos de cotejar los fines que persiguen las partes al realizar el acto, así como los medios que al efecto hayan elegido, en comparación con las finalidades posibles dentro del orden jurídico y los medios que este orden pone a disposición de las partes, a fin de obtener

¹ Mouchet, Carlos y Zorraquin Becu, Ricardo, *Introducción al derecho*, Buenos Aires, 1947, p. 11.

como resultado la conformidad o la disconformidad de la conducta observada, con la norma establecida.

Algún autor, no sin razón, ha afirmado que el derecho, antes de transformarse en norma, es una posición que el legislador adopta frente a la conducta de los individuos. Esta posición es el presupuesto lógico normativo y determinante de la licitud o ilicitud, de la orden, de la permisión o de la prohibición que encontramos en el contenido de la ley.

2. *El ilícito como violación de un deber jurídico fundamental.* De esta manera y en razón de este presupuesto, las leyes son prohibitivas, preceptivas o simplemente permisivas.

Es bien sabido que los confines de la autonomía privada, en un orden jurídico determinado, están demarcados por las disposiciones prohibitivas y por las leyes preceptivas.

El artículo 8º del Código Civil del Distrito y Territorios Federales² taxativamente establece que “los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley disponga lo contrario”, y más adelante el artículo 1830 del mismo Código reitera, en parecidos términos, este principio cuando dice que “es ilícito el hecho contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres”.

Así pues, en principio, el acto ilícito, por ser contrario a las leyes prohibitivas, al orden público o a las buenas costumbres, no debe producir efecto alguno y por esta razón podría ser considerado como conducta irrelevante para el derecho. Y sin embargo no es así. El acto ilícito, realizado en disconformidad con el orden jurídico, tiene particular trascendencia jurídica aunque sea porque el derecho se ocupa de él para cuidar que sus autores no alcancen los resultados que pretenden con la ejecución del acto, pues dichos resultados se juzgan —de allí la relevancia jurídica del ilícito— contrarios al orden público o a las buenas costumbres.

Por regla general, el ilícito desemboca en la invalidez, en la ineficacia jurídica del acto. Hay casos no menos frecuentes, en que el ilícito produce efectos no de invalidez, sino de eficacia, en un sentido especial. Cuando aparece el solo calificativo de ilícito respecto de una conducta, ésta resulta dañosa en contra de un particular. En esta hipótesis de daño, el ilícito produce el efecto de dar nacimiento a la obligación, a cargo del autor del acto, de reparar el daño causado.

Hay casos excepcionales, finalmente, en que la conducta ilícita, a

² Los artículos del Código Civil citados en este trabajo, son del Código Civil del Distrito y Territorios Federales.

pesar de serlo, no invalida el acto ni da lugar a la obligación de reparar daño alguno. Se cita como ejemplo el de los matrimonios ilícitos que no son sin embargo nulos en el caso previsto por el artículo 159 del Código Civil, en relación con el artículo 264 del mismo Código, cuando se han celebrado estando pendiente la decisión de un impedimento que sea susceptible de dispensa, o en el caso del matrimonio del tutor con la pupila, o cuando el matrimonio se ha celebrado sin que haya transcurrido plazo de viudez a que se refieren los artículos 158 y 289 del mismo Código.

En estos casos el derecho objetivo, ponderando la gravedad de la sanción de invalidez con el orden público mismo, ha optado por decretar simplemente la reprobación jurídica del acto sin atreverse a privarlo de efectos en vista de que en el matrimonio se encuentran gravemente comprometidos intereses de terceros.

En esta indagación sobre la conducta jurídicamente relevante, conviene observar que la conducta es ilícita y por lo tanto se halla prohibida, en razón de que el comportamiento ilícito constituye una violación del deber jurídico fundamental; la sujeción de los miembros del grupo social a la totalidad del orden de derecho establecido.

La conducta humana que el derecho reprueba, en términos generales, es prohibida en cuanto perturba el orden social, transtorna el "orden público" en el sentido de que el sujeto que realiza el ilícito revela con su conducta que no está acatando las bases fundamentales de la convivencia humana.

Para no mencionar ejemplos extraídos de otras ramas del derecho y sólo ceñirme al problema del derecho civil, la violación de ese deber jurídico fundamental acaece igualmente si se incurre por simple culpa o por dolo en el incumplimiento de una obligación voluntariamente contraída, porque con ello se viola el principio de la seguridad jurídica que desde el punto de vista contractual se conoce *pacta sunt servanda*. También se viola el deber jurídico en el caso de la conducta que causa injustamente un daño a otro, porque todos estamos obligados a no causar, sin derecho, daño a terceros, esencia del principio *neminem laedere*.

Este dato, la violación del deber jurídico, se presenta uniformemente en todos los casos del ilícito (ya en el derecho civil, en el derecho penal o en el administrativo, etcétera). Aunque la respuesta del ordenamiento jurídico es diversa en sus distintas ramas y según la naturaleza y la gravedad de la falta cometida.

Por lo que atañe al derecho civil, las sanciones, es decir, las consecuencias jurídicas que se derivan del incumplimiento de aquel deber, son de dos clases: si en el ordenamiento jurídico se toma en cuenta

para reprobable la conducta, la sola perturbación del orden jurídico y su grado de gravedad, por ser contraria al orden público o a las buenas costumbres, el acto es nulo, y no producirá los efectos jurídicos propios del acto; los efectos que haya podido producir, serán destruidos retroactivamente cuando el juez pronuncie la sentencia de nulidad (artículos 2225 y 2226 del Código Civil).

Si para calificar la ilicitud de la conducta la norma objetiva toma en cuenta el principio *neminem laedere* y el comportamiento observado ha causado un daño injusto a terceros, y en tanto se ha producido esa lesión, la conducta es ilícita; la consecuencia que del daño causado se sigue, es la obligación de reparar. En ese supuesto, el ilícito es fuente de obligaciones.

El artículo 1910 del Código Civil dice: "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause un daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que se demuestre que el daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima."

En el caso de que la consecuencia del ilícito sea la invalidez, el dato determinante estaría en la causa, motivo o fin perseguido con la realización del acto, por su autor.

En el supuesto de la conducta dañosa, el dato decisivo para que nazca la obligación de reparar —consecuencia jurídica del ilícito en esta hipótesis— se presenta en la culpa o, con mayor incidencia, en el dolo (culpa aquiliana).

La reacción del orden jurídico frente al ilícito civil ofrece en resumen dos aspectos: una función represiva a través de la invalidez del acto reprobable y una función restitutoria o reparadora del daño causado, a través de la responsabilidad civil.

La finalidad del acto ilícito *per se* y la responsabilidad civil del acto ilícito, generador de daño, garantizan la inalterabilidad del orden jurídico frente a los actos que pretenden perturbar o que llegan a perturbar el orden jurídico establecido.

Lo reprobable que puede predicarse respecto de la conducta en sí misma o del resultado de ella, no es desde el punto de vista del derecho, sino el presupuesto normativo para la aplicación de la sanción.

En esta indagación acerca del concepto de lo ilícito civil, hemos encontrado: *a)* la violación de un deber jurídico, *b)* la conducta o el resultado reprobable, *c)* la sanción que como ya se dijo, puede consistir en la invalidez del acto o en la reparación del daño causado.

3. *Ilícitud y antijuridicidad.* Cuando tratamos de ahondar un poco más en el aspecto que se refiere a la conducta reprobable, conducta

vedada, debemos advertir que si el derecho prohíbe una determinada conducta o impone coactivamente, en una ley preceptiva, un comportamiento ineludiblemente obligatorio, es porque el legislador ha querido precisar lo que constituye el orden público: prohíbe u ordena determinadas conductas, y el comportamiento vedado o la inobservancia de la conducta ordenada conducen a su autor a la aplicación de la sanción prevista en la norma de derecho como manifestación del aspecto coactivo del orden jurídico, y lograr, de esa manera, el restablecimiento del equilibrio perturbado por el acto ilícito.

La ruptura de ese equilibrio se produce no tanto por la violación misma de un determinado precepto o conjunto de preceptos legales concretamente señalados, sino porque el atentado ha tenido lugar, al realizarse un acto o actos que atacan en su base, en sus propios fundamentos, el orden del derecho; es decir, por cuanto el acto que prohibido fue ejecutado u ordenado no fue realizado, genera un resultado antijurídico.

La conducta es ilícita porque el resultado práctico (finalidad) que se trata de obtener o que de hecho se obtiene, es una finalidad anti-jurídica.

El proyecto de Constitución Francesa de Cinco Fructidor decía de manera un tanto ampulosa: "Nadie es un hombre de bien si no es un fiel observante de las leyes establecidas".

4. *La finalidad ilícita. El ejercicio abusivo del derecho.* Aunque no es el propósito conducir esta charla hacia el examen del ilícito como fuente de obligaciones, como conducta violatoria del principio *pacta sunt servanda*, campo en el cual habría que detenerse en el estudio de la mora, la culpa, el dolo y el daño.

Sólo conviene aclarar que, al respecto, el incumplimiento de la obligación que da lugar al pago de daños y perjuicios puede generar la ejecución forzosa o la rescisión de la obligación y en uno u otro caso, el pago de daños y perjuicios.

El propósito de esta exposición es el análisis del ilícito civil, que invalida el acto, con independencia de la causación de daños.

Empero, conviene considerar la figura jurídica del abuso de los derechos, comprendida dentro de las fuentes de las obligaciones, que presenta la característica de su ilicitud, por el solo motivo que ha impulsado al autor del acto.

En efecto, el artículo 1912 del Código Civil dice: "Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejerció a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho."

De acuerdo con este precepto legal, la ilicitud proviene de que el derecho se ejerza sólo para causar daño a tercero, sin que resulte utilidad alguna para el autor de la conducta observada.

Dejemos de lado por ahora la discusión acerca de si la figura del uso abusivo de un derecho requiere una disposición legal, específica, como ocurre en nuestro Código Civil. Sólo apuntaré que, al quedar comprendido el uso abusivo de un derecho en el concepto de hecho ilícito en general, la verdad es que en el artículo 1912 del Código Civil ha quedado plenamente establecido el principio de la relatividad instrumental de toda facultad o de todo derecho subjetivo reconocido en el ordenamiento jurídico. Es decir, las personas gozamos de un conjunto de derechos que debemos ejercer para fines lícitos y no dañinos. El ejercicio malévolo o "tortiziero" —como dicen las Siete Partidas—, es lo que determina el calificativo de ilicitud en el caso del abuso de los derechos; en donde se observa, por otra parte, que no se requiere que se cause el daño para prohibir el ejercicio de un derecho con la sola intención de dañar. Nadie puede torcer o desviar al ejercer un derecho, la finalidad por la cual se ha reconocido la existencia y protección del derecho mismo. En el uso abusivo del derecho se contraría la *ratio juris* en que se apoya el derecho reconocido.

La idea de finalidad de la tutela de un derecho subjetivo, nos permite calificar de reprobable su ejercicio cuando se pretende ejercer por motivos ilegítimos, no coincidentes con aquella finalidad.

El Código Civil soviético en su artículo primero establece que: "Los derechos civiles son protegidos por la ley, salvo la medida en que se ejerciten en un sentido contrario a su destino económico y social."

En ese cuerpo de leyes, interviene decisivamente la idea de fin para otorgar o negar la tutela de la norma jurídica, tratándose del ejercicio de los derechos reconocidos por el Estado.

Ciertamente no es una idea completamente novedosa la que en este respecto ofrece el Código Civil soviético.

No lo es, particularmente para las legislaciones como la nuestra, de tradición romanista, en las que la causa informa —expresamente aceptada o no en la legislación positiva— la existencia de la obligación. Sólo bastará recordar las obligaciones contraídas por *causa turpis*, *condictio indebiti* del derecho romano y finalmente la inclusión de la causa como elemento de validez del contrato, expresamente reconocida en el Código Napoleón, cuya influencia directa o indirecta es innegable en los códigos de América Latina.

Y aun cuando es verdad que nuestro Código Civil de 1884 suprimió de la causa la "justa causa" como requisito de validez del contrato, no pudo eludir el legislador la presencia de este elemento básico de la

obligación (¿y cómo habría podido hacerlo?) para justificar la inclusión dentro de ese cuerpo de leyes, de clara tendencia positivista, de instituciones tales como el pago de lo indebido o el enriquecimiento ilegítimo.

5. *Los límites de la autonomía privada.* Siempre dentro del campo de las obligaciones y de los contratos, y por lo que atañe al concepto de ilícito, me he de referir necesariamente al escabroso, difícil, problema de la causa y he de hacerlo, así sea de paso, y con el confesado temor de no ser lo suficientemente claro y preciso en el desarrollo de la exposición. Lo intentaré sin embargo.

Por lo que atañe al tema central de esta disertación que se refiere por modo exclusivo a la limitación de la autonomía privada a través del ilícito civil, no escapará a ustedes la trascendencia que tiene tal cuestión para el derecho privado, porque nos hallamos frente a un aspecto importante del ejercicio de la libertad jurídica por los particulares.

Con objeto de no desviar en la medida de lo posible el curso de estas explicaciones, cito a continuación las siguientes palabras de Francisco Geny.³

... Me siento inclinado a creer que no se descubrirá la medida justa y verdadera de los derechos individuales mas que penetrando su objeto económico y social y comparando su importancia, con la de los intereses que ellos contrarían... Estoy convencido de que el progreso jurídico se producirá más amplio y más seguro por un método de investigación sincera, que reconozca abiertamente las lagunas de la ley escrita y procurando remediarlas por medios de procedimientos científicos independientes, penetre con toda franqueza en la naturaleza de los casos objetivos, mejor que por el extraviado camino de una interpretación forzada de los textos legales.

Este autor, en el texto que acabo de citar, se refiere al método que le parece adecuado para colmar las lagunas de la ley; pero la cita invocada tiene una importancia decisiva para esclarecer la cuestión que nos interesa ahora, a saber, la invitación para penetrar con toda franqueza en la naturaleza de las cosas, en busca del equilibrio de los intereses. Es la búsqueda de ese equilibrio de intereses, con un criterio objetivo y de acuerdo con la naturaleza del orden social y económico legalmente establecido, lo que no debe perderse de vista en la indagación de la función del ilícito, cuyos resultados deseo presentar a la consideración de ustedes.

Es preciso, ahora, observar una vez más que la libertad jurídica, aun considerada como una creación del derecho objetivo, es un elemento necesario de todo ordenamiento, de necesidad absoluta, que se impone

³ *Métodos de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Madrid, 1925.

indefectiblemente al legislador, por encima de sus particulares puntos de vista y de sus personales deseos. La norma de derecho que contiene una orden o una prohibición dirigida a los sujetos de esa norma para que conforme a ella realicen una conducta, pone en claro la posibilidad de que el comportamiento no querido por el legislador pueda ser realizado. Así pues, la esencia misma del concepto de derecho —y de ello estamos tratando ahora, no de lo arbitrario ni de lo despótico—, lleva implícito el concepto de libertad.

Sólo que cuando se habla de libertad jurídica, también implícitamente aludimos a un cierto tipo de libertad, a libertad organizada, precisada, ordenada.

Desde el punto de vista de la libertad, el derecho es norma. Desde el punto de vista de la norma, el derecho es libertad jurídica, según los conceptos expuestos en este respecto por Legaz Lacambra.⁴

Frente a un deber hacer o un deber no hacer, existe siempre un poder hacer y un poder exigir.

Respecto a la primera consideración, tenemos las leyes prohibitivas y preceptivas; en la otra, aparecen las leyes permisivas o simplemente facultativas.

En estas últimas se desarrolla en toda su amplitud la autonomía privada como "acto de voluntad libre, que tiende a un fin práctico tutelado por el ordenamiento jurídico y que produce, como consecuencia de tal tutela, determinados efectos previstos en la norma". En este intento de definición sigo con algunas variantes, las ideas de Salvador Pugliatti. Y si analizamos el contenido del negocio jurídico, como expresión plena de la autonomía privada, hallamos: 1º La finalidad propuesta por el autor del acto, 2º la selección de los medios para alcanzar esa finalidad, 3º La libertad de elección de tales fines y medios.

Si bien se observa, estos elementos que caracterizan a la autonomía privada se encuentran en íntima relación con el concepto de causa del contrato y también con la causa de la obligación, conceptos que difieren entre sí y tienen connotaciones distintas.

En efecto, cuando hablamos de la causa del contrato, nos referimos o queremos referirnos a la elección del instrumento jurídico, que las partes han escogido para realizar la finalidad o las finalidades propuestas por una de ellas.

Cuando hablamos de causa de la obligación, aludimos a los motivos determinantes, a la multiplicidad de móviles que han influido decisivamente en el ánimo del contratante para obligarse.

La causa del contrato se entiende así en sentido objetivo; es la causa típica de la institución, es la función específica de una cierta figura

⁴ *Filosofía del derecho*, Barcelona, 1953, p. 593.

de contrato apta para producir determinados efectos que el derecho objetivo atribuye a la figura jurídica abstracta, reconocida y reglamentada por la ley. Así, por ejemplo, si queremos adquirir la propiedad de una cosa mediante el pago de un precio, recurrimos a la figura del contrato de compraventa, aunque también podemos elegir el contrato de permuta. A la finalidad propuesta por el comprador y el vendedor, corresponde una figura de contrato específico: la compraventa.

Los motivos determinante, los móviles, los fines variadísimos que han hecho que una de las partes quiera adquirir la propiedad de un inmueble, constituyen propiamente la causa de la obligación: se desea comprar una casa para habitar en ella, para darla en arrendamiento o para establecer una industria o comercio, etcétera. La causa de la obligación es la consideración del fin que obra sobre la voluntad del contratante.

Aquí, la causa ilícita puede ser considerada como uso abusivo de un derecho; por ejemplo, la norma reconoce a todos los posibles compradores la facultad para adquirir una cosa mediante el pago de un cierto precio. Pero ciertamente yo estaré realizando la finalidad en razón de la cual me ha sido reconocida la tutela jurídica, si el propósito que me propongo alcanzar con el ejercicio de ese derecho es torcido, en suma ilícito, porque *so capa* el ejercicio de un derecho, en realidad pretendo defraudar a mis acreedores.

No debe perderse de vista, para poder juzgar de la ilicitud de un acto o de la celebración de un contrato, la función esencialmente instrumental de cada institución, los fines prácticos para los que ha sido creado cada contrato, en función del interés u objetivo perseguido por las partes, que ha de ser en todo caso no reprobable.

El intérprete debe entonces establecer una valoración de este interés en función de aquellos fines legítimos propios de la institución.

Parece oportuno hacer notar al respecto la importancia del criterio que para realizar una clasificación de los contratos ofrece Messineo, atendiendo a la función económicosocial de cada uno de ellos. Así, podemos hablar de contratos de cambio (compraventa y permuta), contratos de crédito (mutuo y operaciones bancarias), contratos de colaboración o mejor, de organización (asociación, sociedad), contratos de garantía, hipoteca, prenda, fianza), contratos de prevención de riesgos (seguro).

Como puede observarse, la base económica y funcional de la clasificación propuesta por Messineo, nos permite precisar la función instrumental de cada contrato y facilitar el cotejo entre los fines que se propone el contratante y los fines propios del contrato como figura abstracta.

En la simulación relativa, aparece claramente esta disyunción o disconformidad entre el contrato fingido o simulado y el contrato real o disimulación subyacente, oculto entre las cláusulas establecidas exteriormente por las partes.

Por lo demás, este criterio es útil para precisar cuál es o debe ser el contenido de las cláusulas esenciales, las naturales y las accidentales en cada caso.

6. *El ilícito y la causa de las obligaciones.* Por lo que toca a la causa de la obligación, es decir, a los motivos determinantes, a los móviles para contratar, la ilicitud ejerce notoria influencia también sobre los vicios de la voluntad; es decir, sobre el error declarado en el contrato y determinante de la obligación, en la medida en que tal error sobre los fines que cada una de las partes tuvo a la vista para celebrar el contrato sea conocido por ellas, habiendo sido declarado como presupuesto de la voluntad de contratar (artículos 1813 y 1821 del Código Civil).

Y de la misma manera, la causa o motivo determinante influye sobre la condición impuesta por los contratantes: si la condición es ilícita, produce la nulidad del acto (artículo 1943 del Código Civil).

Finalmente, la ilicitud incide sobre el objeto de la obligación.

7. *El objeto ilícito.* El objeto de la obligación (no del contrato, como erróneamente dice el artículo 1824 del Código Civil), es la cosa que el obligado debe dar o el hecho que debe hacer o no hacer, y el artículo 1827 del mismo Código dice que el objeto del contrato además de posible debe ser lícito. La licitud o ilicitud del objeto califica exclusivamente al hecho que el obligado debe hacer o no hacer (prestación o abstención). Por lo tanto, la ilicitud recae sobre la conducta del obligado. Cuando ésta es ilícita se produce la nulidad de la obligación (artículo 2225 del Código Civil).

En verdad, en último análisis, toda obligación se resuelve en conducta, ya positiva ya negativa.

La ilicitud en el objeto significa que el comportamiento (lo que el obligado debe hacer o no hacer) ha de producir la invalidez de la obligación, cuando el comportamiento que debe observar el obligado entraña una conducta antisocial. Tal es el caso de la estipulación en el contrato de trabajo de jornadas inhumanas que comprometen la seguridad de la vida del trabajador o las que contengan renuncia de los trabajadores a cualquiera de los derechos o prerrogativas otorgadas por la ley en su favor (artículo 22 de la Ley Federal del Trabajo). La ilicitud de esta conducta antisocial se funda en la necesaria protección de la vida y seguridad del obrero.

De la misma manera, la huelga es ilícita si se lleva al cabo cuando

la mayoría de los huelguistas ejecutan actos violentos contra las personas o las propiedades o, en caso de guerra, cuando los trabajadores huelguistas pertenezcan a establecimientos que dependan del gobierno (artículo 263 de la Ley Federal del Trabajo).

Debemos, sin embargo, hacer una distinción respecto de la ilicitud del objeto. En cada caso será preciso indagar si el ilícito incide sobre el efecto buscado por las partes (por ejemplo, renuncia al ejercicio de la acción proveniente de dolo o violencia en que la ilicitud produce la nulidad del acto en todo caso) o si la ley prohíbe el uso del medio empleado. Así por ejemplo, la prohibición del pacto comisorio no impide que el acreedor pueda adquirir la cosa dada en prenda si el precio ha sido fijado por peritos. En ese caso es posible, sin incurrir en ilicitud, alcanzar el efecto deseado, empleando los medios que para el caso la ley establece.

8. *El orden público y las buenas costumbres.* Analicemos por último los conceptos de orden público y de buenas costumbres a los que aluden los artículos 8 y 1830 del Código Civil, para caracterizar el ilícito.

El artículo 8º del Código Civil parece atribuir al Estado la facultad amplia e ilimitada de prohibir a los particulares toda conducta que en concepto de los titulares del poder público convenga declarar ilícita.

En párrafos anteriores he tratado de presentar el ilícito como una conducta: *a)* contraria a los fines de una determinada institución jurídica, y *b)* como una conducta contraria a los medios legalmente permisibles para realizar un determinado efecto que se considera reprochable porque perturba el orden social. La prohibición deriva de aquella perturbación que ataca al orden público y a las buenas costumbres. La conducta no es ilícita por ser prohibida.

No toda conducta vedada es ilícita necesariamente. Sólo puede ser calificado como reprochable aquel comportamiento que no es conforme al orden público y a las buenas costumbres.

En verdad, el artículo 8º del Código Civil debería propiamente postular: son nulos los actos ejecutados contra el tenor de una ley prohibitiva, por ser contrarios al orden público y a las buenas costumbres.

Y el orden público y las buenas costumbres no se originan de la ley, no de las fuentes formales del derecho, son la *ratio* de la prohibición o de la conducta imperativamente obligatoria. Uno y otro concepto toman su origen en las fuentes reales del derecho, es decir, en los hechos sociales mismos, en la estructura jurídica, política y económica del grupo social que el legislador ordinario está obligado a respetar y hacer cumplir.

Si el orden público y las buenas costumbres fueran solamente un

dictado del legislador y no coincidieran con las fuentes reales del derecho, incidiríamos en lo que constituyó la razón del descrédito de la escuela de la exégesis: el culto exagerado de la ley, que ha sido definitivamente superado en nuestros días y cuya crítica sería innecesario repetir ahora.

No es este aspecto doctrinal el único que puede hacerse valer contra esa supuesta facultad omnimoda del legislador para la determinación del ilícito. Esta actitud legalista necesariamente degenera —y está degenerando ya— en un poder legislador de la burocracia en el que han caído casi todos los países y que consiste en una anormal actividad legisladora de los empleados administrativos, en toda suerte de materias y problemas para resolver los cuales, lo más expeditivo ha sido la abundante proliferación de la legislación especial, dejando de lado, como ha sido notorio en algunos casos recientes, básicos conceptos de la técnica jurídica y de los principios constitucionales de nuestro régimen.

La adopción de un criterio simplemente legalista para definir el ilícito, es por otra parte completamente inaceptable para el jurista. Aun en el supuesto de que la burocracia legisladora ciñera todos sus actos a la técnica formal para la elaboración de una ley, no puede eludir el deber de consulta a las fuentes reales del derecho, antes de proceder a calificar de ilícita determinada conducta, antes de establecer una norma prohibitiva o preceptiva, válida constitucionalmente.

La naturaleza del ilícito, como algo que escapa y está por encima del poder arbitrario del legislador, se pone de relieve en el caso del fraude a la ley. Los actos realizados en fraude a la ley, cuya ilicitud no creo que alguien ponga en duda, proporcionan un ejemplo bien claro, en el sentido de que el ilícito no reside en la legalidad del acto, sino en la finalidad (*causa turpis*) que se persigue con su realización.

En efecto, el acto que se realiza para defraudar el propósito, la *ratio juris* de la ley, se caracteriza, hasta donde sabemos, porque reviste una completa sumisión a la norma establecida; es un acto realizado para burlar el ordenamiento jurídico acatando mañosamente, respetuosamente, la letra de la ley, pero eludiendo las finalidades que el ordenamiento persigue en su conjunto; mejor dicho, mediante el fraude a la ley se obtiene en vía indirecta, un fin vedado, sin que el acto por sí mismo pueda ser calificado de violatorio de este o aquel precepto. Es un acto ilícito, *contra juris*, pero *secundum lege*.

9. *Legalidad y legitimidad.* Frente al problema de la naturaleza y origen del ilícito, es necesario distinguir, en cuanto a los poderes del Estado, los conceptos de legalidad y legitimidad.

El primero, por su propia naturaleza, se agota en el concepto de ley

resultado del proceso legislativo; proceso o trámite legislativo formalmente establecido en la constitución.

La legitimidad, en cambio, en el esquema de constitución de un estado de derecho, está en la esencia del ejercicio del poder público y es garantía importante de la coexistencia ordenada de la sociedad civil. La legitimidad se inserta en la raíz misma del estado de derecho y se relaciona, considerando el problema desde el punto de vista del derecho privado, con el fundamento de la autoridad de los órganos del Estado y de la soberanía del pueblo.

La legitimidad de un acto legislativo del poder público es la expresión, en forma de ley, de un conjunto de principios rectores de todo un sistema jurídico, económico, político, social, que constituye, por decirlo así, las "reglas del juego" conforme cada uno espera que se desarrolle la convivencia del grupo.

En los países de derecho legislado, la ley, el reglamento, las sentencias de los tribunales, constituyen simplemente una fórmula que expresa o pretende expresar la norma en ellas contenida.

En los países de derecho consuetudinario, la fuerza obligatoria de los precedentes judiciales descansa en que la sentencia es expresión de la norma contenida por la costumbre como fuente real de derecho.

La interpretación del precedente, para aplicarlo a los nuevos casos, no se liga en aquellos países a un concepto letrista, sino que se inclina por extraer del precedente la idea directriz que informa la resolución dictada anteriormente, pues dicha idea expresa una norma de derecho susceptible de ser aplicada a la controversia planteada al juzgador.

Estos principios, que desde el punto de vista de la técnica jurídica informan el concepto de lo ilícito, deben tenerse presentes para el deslinde del campo de su aplicación en el derecho privado, problema en el que los estudiosos de esta rama de la jurisprudencia deben aportar su experiencia, los resultados de sus investigaciones y los conceptos elaborados a través del desarrollo de esa disciplina.

Este aspecto del derecho privado, que podríamos llamar orgánico, puede adaptarse y debe adaptarse a los nuevos requerimientos económicos y sociales del mundo moderno. De ello han dado muestras evidentes los estudios de derecho civil y de derecho mercantil de reciente elaboración y sobre este aspecto he querido llamar la atención de ustedes.

Para terminar esta disertación general sobre el ilícito civil, considerado como ataque o insumisión al orden jurídico, y la gravedad de sus consecuencias, quiero citar la elegante definición del derecho que nos legó Dante Alighieri con profundo sentido jurídico y humanístico:

“El derecho es una adecuada proporción en las relaciones de los hombres entre sí y de estos con las cosas, así que respetando esa debida proporción sirve a la sociedad y corrompiéndola, corrompe a la vez a ésta.”

1. Concepto de la interpretación.
2. La interpretación de la ley.
3. El objeto de la interpretación.
4. Métodos de interpretación.
5. Las lagunas de la ley y la integración del derecho.
6. La analogía.
7. Los principios generales del derecho.
8. Las nuevas corrientes. Breve reseña.
9. La interpretación como técnica jurídica.

INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN DE LA LEY

SUMARIO: 1. Concepto de la interpretación. 2. La interpretación de la ley. 3. El objeto de la interpretación. 4. Métodos de interpretación. 5. Las lagunas de la ley y la integración del derecho. 6. La analogía. 7. Los principios generales del derecho. 8. Las nuevas corrientes. Breve reseña. 9. La interpretación como técnica jurídica.

1. *Concepto de la interpretación.* Interpretar, en términos generales, quiere decir captar o aprender el significado de una expresión artística, científica, intelectual, etcétera.

En este sentido amplio, la interpretación tiene por objeto conocer "lo que quiere decir" un signo o grupo de signos determinados, ya sean estos gramaticales (las palabras pronunciadas o escritas), ya se trate de signos musicales (una melodía), de signos pictóricos, esculturales o de cualquier otra naturaleza que ellos fueren. En todo caso, cuando hablamos de interpretación, expresamos la idea de penetrar el sentido de aquello que sirve de instrumento para expresar una idea o concepto, un sentimiento o un estado de ánimo.

La interpretación en este sentido puede ser simplemente *recognoscitiva* (filológica, histórica), reproductiva o *representativa* (gramatical, musical, etcétera). Pero puede ser también interpretación,¹ y en este último sentido constituye uno de los problemas fundamentales de la técnica jurídica.²

2. *La interpretación de la ley.* Pero en tanto la interpretación recognoscitiva o reproductiva se agota en el conocimiento de aquello que expresa el signo objeto de la interpretación, el proceso de interpretación normativa va más allá de ese límite. En efecto, su función no es sólo la de dar a conocer simplemente el pensamiento que expresan las palabras contenidas en la fórmula legislativa, sino que en la interpretación jurídica, el conocimiento del precepto es únicamente el primer momento de este particular proceso interpretativo, para penetrar después en la estructura del juicio de valor que debe encontrarse expresado en el precepto legal. En suma, al intérprete del derecho no le basta conocer el concepto lógico-gramatical de la fórmula empleada

¹ Betti, Emilio, *Teoria générale della interpretazione*, Milán, 1955, t. I, 343 y ss.

² La técnica jurídica comprende tres grandes partes: a) la dogmática, b) la sistemática, c) la hermenéutica (teoría de la interpretación).

por el legislador, sino identificar el pensamiento allí contenido con la estructura lógico-jurídica de la norma de derecho (supuesto, debe ser, consecuencia). Y todo ello para poder aplicar dicha norma al caso concreto de que se trata.

El proceso de interpretación normativa implica los siguientes pasos: a) el signo representativo, b) la aprehensión de su contenido lógico-gramatical, c) la comprensión o intelección de la norma jurídica allí contenida; d) con la finalidad de aplicar la norma abstracta al caso concreto.

Este proceso intelectual, por sí mismo complejo, distinto a cualquier otro proceso interpretativo, no se realiza íntegramente si el resultado a que se llega a través del mismo no se inserta en el ordenamiento jurídico del que forma parte el precepto interpretado. Requiere, pues, en el intérprete, un conocimiento preciso del conjunto total del ordenamiento de que se trata.³

El orden jurídico, entendido en su amplitud, no sólo está constituido por las leyes mismas, sino por un conjunto variadísimo de actos, jurídicos en particular, datos sociales, económicos, políticos, morales, etcétera. La ley es una expresión del derecho; el derecho actúa a través de la norma. Pero a la vez, el orden jurídico en su totalidad, actúa e influye en la vida de la norma según las diferentes épocas históricas.⁴

El proceso de la interpretación jurídica, que no es *cognoscitivo* simplemente, debe ser en todo caso *comprensivo*.

En suma, la interpretación jurídica es el proceso de comprensión del contenido de uno o varios preceptos legales, con objeto de determinar el sentido de la norma.⁵

3. *El objeto de la interpretación.* Cuando el intérprete ha logrado captar el sentido de la norma jurídica que expresa la fórmula legislativa, después de haber reconocido la estructura jurídica de esa norma, entonces, y sólo entonces, estará en posibilidad de aplicarla. La finalidad de la interpretación de la ley —ya se dijo—, es lograr su aplicación al caso concreto.

El intérprete habrá de comprobar que un determinado caso específico presenta los elementos contenidos en el supuesto normativo, para concluir de allí en la aplicación de las consecuencias de derecho derivadas de la realización de la hipótesis.

En rigor, la aplicación de la norma se refiere únicamente a las consecuencias establecidas para el caso previsto.

³ Galloni, Giovanni, *La interpretazione della legge*, Milán, 1955, p. 78.

⁴ Romano, Santi, *L'ordinamento giuridico*, Florencia, 1951, p. 15.

⁵ En este sentido Legaz Lacambra, Luis, *Filosofía del derecho*, Barcelona, 1953, pp. 411, 412 y 414; Marzano, Gabrielle, *L'interpretazione della legge*, Milán, 1955, p. 29.

El juez, al aplicar el derecho, tiene que proceder a realizar otro proceso de interpretación, ahora no respecto de la norma, sino de los hechos cuya realización produce consecuencias jurídicas.

Frente al acontecer del hecho jurídico, el juez no realiza interpretación normativa alguna: comprueba en la realidad que ha acontecido aquello que la norma establecía en su hipótesis.

Algunos juristas, entre ellos Aftalión García Olano y Vilanova,⁶ enseñan que el objeto de la interpretación jurídica no es la ley, sino "conducta humana", los jueces no interpretan las leyes o normas, sino que interpretan o comprenden conductas, a través de ciertos esquemas de interpretación —tipos, estándares— llamados leyes.

En mi concepto, tan respetables autores confunden la finalidad de la interpretación, que es la aplicación de la norma, con la interpretación misma y no distinguen, frente a la realización del hecho o acto jurídico, que ellos llaman "conducta", la interpretación propiamente normativa, de la interpretación recognoscitiva o declarativa, que ha sabido distinguir pulcramente Emilio Betti, ya citado.

Con el problema del objeto de la interpretación, se relaciona íntimamente la cuestión de las diversas escuelas que han prevalecido en distintas épocas y conforme a las cuales el objeto o finalidad de la interpretación es distinto. Algunas sostienen que el objeto de la interpretación es indagar la voluntad del legislador; otras afirman que la ley, una vez promulgada, se desvincula totalmente de aquello que el legislador quiso esablecer en la norma y ésta adquiere con independencia de la voluntad de su autor, una supuesta voluntad propia, variable según la época histórica, el momento y las circunstancias de su aplicación; otras, en fin, sin olvidarse de la voluntad legislativa, afirman que el juzgador en cada caso concreto de aplicación debe sustituirse a la voluntad presunta del legislador si el problema no está resuelto en la ley, como si éste estuviere presente en el momento en que se ha de decidir el conflicto no previsto.

Cada una de estas escuelas, a las que me referiré en seguida, tiene su propio método de interpretación.

4. *Métodos de interpretación.* Aun cuando la labor de interpretación se llevó al cabo desde el derecho romano y en gran medida a ella se debe la evolución del derecho quirritario, mediante la adaptación del mismo a las nuevas formas de vida del pueblo romano, el intento de formular una teoría de la interpretación jurídica no se lleva al cabo, sino a principios del siglo XIX y con motivo de la aplicación del Código Civil francés de 1804.

⁶ *Introducción al derecho*, Buenos Aires, 1956, t. I, p. 448.

A) *Escuela de la exégesis*. La magna labor codificadora que se realizó en Francia en esa época, dio lugar a la elaboración doctrinal de la escuela de la exégesis, a la que se debe el primer esfuerzo sistemático y metódico sobre la interpretación de la ley. La escuela de la exégesis se caracteriza:

a) Por postular que el código contiene en sus preceptos todo el derecho civil;

b) La labor del intérprete, por lo tanto, ha de consistir en indagar el pensamiento del legislador. Esta labor es el único recurso posible para interpretar la fórmula dudosa u oscura;

c) La codificación, obra exclusiva de la voluntad del legislador, no tiene relación con los antecedentes históricos sociales, políticos, anteriores a la obra de la codificación;

d) Cuando una ley es clara, no es lícito eludir su letra;

e) Si la expresión legal es oscura o incompleta, deberá buscarse el pensamiento del legislador a través de los trabajos preparatorios, las condiciones que prevalecían en el momento en que la ley fue promulgada, y

f) Sólo en el caso extremo de que ni aún así se pueda conocer la voluntad del legislador, está autorizado el intérprete para recurrir a los principios generales del derecho.

La Ley debe ser interpretada según la voluntad misma que ha presidido su origen. Desprenderla de ella para hacer variar su contenido con el movimiento social y adaptarla a las exigencias de la hora presente o a las transformaciones de la existencia, no sería serle fiel: entonces sería el medio el que haría la ley y no ésta la que regiría el medio.⁷

B) *Escuela dogmática*, cuyo exponente de mayor relieve es Savigny.

Reaccionando contra el método de la escuela de la exégesis y coordinando su posición con el criterio sostenido por Savigny, su ilustre fundador, acerca de que la fuente de todo derecho es el espíritu del pueblo, concluye que la ley no debe ser considerada como un hecho, sino como una significación lógica que evoluciona y se transforma sin cesar.

La escuela dogmática, lejos de ocuparse del análisis filológico de las palabras de la ley, para encontrar la voluntad del legislador, considera al ordenamiento jurídico como un todo establecido sistemáticamente, en el cual cada norma se encuentra vinculada con las demás, para constituir un sistema coherente y uniforme. Para esta escuela, el derecho no se agota en la ley sino en la realidad de la vida social.

⁷ Baudry-Lacantinerie, G., *Houques-Fourcade, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 1, ed. 1907, núm. 258, pp. 207 y 210.

Para poner en contacto la investigación lógica con aquella realidad, Savigny postula el auxilio indispensable de una indagación histórica, que permitirá conocer no sólo el contenido del derecho legislado, sino el contraste entre las normas vigentes y aquellas que fueron derogadas.

Savigny sostiene que la interpretación consta de cuatro elementos:

a) El gramatical o filológico, b) el racional o lógico, c) el histórico y d) el sistemático.

El primer elemento nos permite conocer y penetrar el lenguaje empleado en el precepto; por medio del elemento lógico descomponemos el pensamiento del legislador para establecer las relaciones entre las distintas partes que lo integran. El dato histórico nos lleva a conocer el derecho existente en la época en que la ley fue elaborada y los cambios que la misma ha introducido. Finalmente, el elemento sistemático establece el vínculo que liga al precepto con una institución y después con todo el sistema.

Savigny hace notar que estos elementos no se excluyen entre sí, sino que ha de recurrirse a ellos simultáneamente. En esto último consiste probablemente la mayor aportación de Savigny en lo tocante a la interpretación jurídica.⁸

C) *Método teleológico*. Contra el dogmatismo conceptual al que llevó el método preconizado por Savigny, reaccionaron notorios juristas, entre ellos Ihering y Heck. Para quienes el intérprete antes que cualquier otro elemento, ha de tener presente la noción de *fin* de la norma jurídica; ha de preguntarse en primer lugar, cuál es el interés que jurídicamente la norma trata de proteger y, después de conocer este elemento, decidir la controversia, interpretando el precepto de modo que por su aplicación resulte efectivamente protegido el interés que el precepto intenta garantizar.

D) *Método de Saleilles*. Se conoce también con el nombre de método de la evolución histórica. A principios de siglo, Reymond Saleilles, tratando de completar al historicismo, afirmó que el método interpretativo debe partir de la ley, que es la base y la fuente de todo sistema jurídico.

La ley, sin embargo, que es fruto de las circunstancias sociales que prevalecen en el momento de su elaboración, puede adaptarse a las nuevas exigencias que se van presentando al ritmo de la evolución social. Esta capacidad de adaptación de la ley se lleva al cabo a través de la interpretación, que no se realiza ciertamente tratando de buscar la voluntad del legislador, ni teniendo en cuenta sólo las necesidades

⁸ Aftalión, Enrique, García Olano, Fernando y Vilanova, José, *op. cit.*, pp. 459 y ss.

económicas y sociales que prevalecían en el momento en que la ley fue formulada, porque el texto mismo tiene una vida propia que no se liga necesariamente con los antecedentes que dieron lugar a su formulación. El intérprete puede ajustar el texto de la ley y debe hacerlo, eligiendo entre las varias significaciones de los textos legales aquella que esté en mayor armonía con las transformaciones de la vida social.

Así, Saleilles se separa completamente del método tradicional de la interpretación, que sólo tiene en cuenta el precepto legal y del cual extrae a través de un proceso lógico todas sus consecuencias. Para Saleilles, lo importante en la interpretación es acudir a los elementos externos de la ley, a las costumbres, a las concepciones morales y a las modificaciones que se operan en el seno de la sociedad, para hacer que el texto se transforme a sí mismo, merced a la interpretación, al ritmo del desenvolvimiento social. Se trata, pues, de una interpretación evolutiva que parte de los textos legales a los que el intérprete, en consonancia con las transformaciones de la sociedad, va dando en cada época un sentido, una interpretación, regido por la vida social.⁹

E) *Escuela de la libre investigación científica*, cuyo fundador fue Francois Geny. Comienza por hacer una crítica de los métodos de interpretación de la escuela de la exégesis. La labor del juez se vería frustrada, dice Geny, si en todo caso debiera limitarse a aplicar mecánicamente el texto gramatical de un precepto, sin que le estuviese permitido, aun en presencia del texto claro, examinar al mismo tiempo, por medio de elementos extrínsecos, el sentido y alcance racional de la fórmula, la finalidad que el legislador persiguió al dictar la ley (*ratio legis*) y las circunstancias que determinaron la aparición del precepto (*ocassio legis*). Todo ello a un tiempo mismo.

Critica la distinción tajante entre interpretación gramatical e interpretación lógica. Ambas se complementan necesariamente, pues la interpretación gramatical debe ser al mismo tiempo lógica.

Si la interpretación gramatical coincide con los elementos extrínsecos al texto mismo (*ratio* y *ocassio legis*) el intérprete debe aplicar el texto sin duda alguna.

La norma jurídica se expresa en el precepto por medio del lenguaje, que es sólo un instrumento que sirve para expresar algo a la razón humana, a la cual le está permitido, en todo caso, indagar si ese instrumento de expresión manifiesta o declara un concepto que lógicamente puede ser admitido.¹⁰

⁹ García Olano y Vilanosa, Aftalión, *op. cit.*, p. 462.

¹⁰ "El antiguo aforismo *in claris non interpretatio...* no tuvo en su origen, ni puede tener otro significado que éste: que cuando de las palabras del precepto se deduce de

La función de la ley ha sido completamente desnaturalizada en la escuela de la exégesis, al atribuirle la particularidad de agotar todo el derecho: en primer lugar, por la omnipotencia que los racionalistas del siglo XVIII atribuían al poder del legislador, como si su obra hubiera sido elaborada con exactitud matemática “y mediante el mecanismo de un brutal análisis de los textos y de razonamientos categóricos apoyados en ellos, llegase a veces a resultados extraños verdaderamente al sano instinto jurídico, cuando no desconciertan el sentido común más elemental”.¹¹

En segundo lugar, porque al no quedar agotado todo el derecho en los textos legislativos, y porque el legislador no pudo tener en cuenta todos los casos posibles que presenta la vida social en el momento mismo en que fue elaborada la ley, ni menos con posterioridad a su promulgación, debe quedar excluido:

Todo procedimiento forzado de investigación que persiga a todo trance la voluntad del legislador... aun en el caso de que la imperfección o silencio del texto hagan manifiestamente imposible la averiguación de aquélla y que la expresión del concepto, subjetiva de los intérpretes, se haga únicamente bajo el pretexto de traducir la ley.¹²

En los casos de oscuridad o insuficiencia de la ley, la labor del intérprete, dice Geny, no es propiamente de interpretación, sino de integración de la norma jurídica, allí donde la voluntad del legislador falta totalmente.

Distingue este autor la labor propiamente interpretativa, de la tarea integradora, que lleva al cabo el juez o el intérprete para colmar las lagunas de la ley.

En la parte positiva de su doctrina, Geny afirma que interpretar la ley es simplemente comprender el contenido conceptual del precepto, por la fórmula que lo expresa, labor que debe hacerse sin prejuicios sobre la perfección de la norma que se va a descubrir ni sobre su adaptación al medio social.

Ante todo, a la fórmula es a la que hay que pedir la revelación de la voluntad legislativa; desde el momento en que ésta se deduzca del texto, sin contradicción por parte de elemento alguno exterior, dictará sin vacilación alguna al intérprete, la decisión... Sin salirnos de esta fórmula, hay que deducir de ella todo su contenido. Acerca de ello y dentro de los límites impuestos por el buen sentido, me parece que se debe dar al intérprete la mayor latitud.¹³

un modo indudable la voluntad legislativa, no debe admitirse, so pretexto de interpretar la norma, la indagación de un pensamiento y de una voluntad distintos”, Ruggiero, Roberto de, *Instituciones de derecho civil*, Madrid, s/f, Editorial Reus, t. 1, p. 133.

¹¹ Geny, Francisco, *Métodos de interpretación y fuentes en el derecho privado positivo*, Editorial Reus, Madrid, 1925, p. 248.

¹² Geny, Francisco, *op. cit.*, p. 119.

¹³ Geny, Francisco, *op. cit.*, p. 268.

Esta investigación, que se lleva al cabo partiendo de las palabras empleadas por la ley, implica una lógica del lenguaje, sin la cual las palabras quedarían sin sentido. La interpretación lógica interviene conjuntamente, como un elemento interno, "trabajando sobre las palabras expresión de una voluntad inteligente", para prestar fecundidad y racionalidad al contenido del texto.

Por otra parte, como la ley no es sólo un fenómeno psicológico, sino fundamentalmente un fenómeno social, es necesario analizar a la vez, para poder apreciar su alcance práctico, las relaciones de hecho que el legislador ha querido regular, las circunstancias que las determina, las exigencias morales, políticas sociales, económicas a las que el precepto tiende a satisfacer y todo esto constituye la *ratio legis*.

Debe tenerse presente, también, el ambiente social y jurídico, el momento histórico en que la ley fue elaborada, las ideas reinantes en las mentes de sus autores; es decir, la ocasión en que se promulgó el precepto (*ocasio legis*).

Podrá recurrirse también a los trabajos preparatorios, pero sin concederles una desorbitada importancia, como uno de tantos elementos que sirvan para desentrañar el contenido de la fórmula.

Unas veces estas circunstancias extrínsecas nos servirán para ampliar el alcance literal de la disposición (interpretación extensiva), otras nos autorizarán fundadamente para corroborar que la fórmula se expresó en términos demasiado amplios, cuando la voluntad del autor de la ley es más restringida (interpretación restrictiva).

De esta suerte, inspirándose ante todo en la fórmula de la ley escrita, ilustrándola y completándola con los elementos extrínsecos de donde ella tomó forma y vida, podrá penetrarse la voluntad suprema, que es lo que únicamente constituye su razón de ser y la que da la medida de su fuerza imperativa.¹⁴

F) *Método de Kantorowicz*. Este autor fundó la llamada escuela del derecho libre (1906), que es, según expresión de Kantorowicz, una especie de derecho natural rejuvenecido.

La ciencia del derecho no se limita al conocimiento de la norma, sino que a su vez dicha ciencia crea derecho. El juez, al interpretar el derecho, crea normas jurídicas, con la finalidad de realizar la justicia.

Kantorowicz rechaza toda interpretación racional y dogmática de los textos y por lo tanto, en su opinión, la realización de la justicia, particularmente al llenar las lagunas de la ley, no puede alcanzarse a través de la analogía, de la interpretación extensiva ni de los principios generales del derecho.

¹⁴ Geny, Francisco, *op. cit.*, p. 292.

La ausencia de un precepto aplicable autoriza al juez para ocupar el lugar del legislador. En ese evento el juez se encuentra libre de toda traba dogmática y aun está autorizado para separarse del sistema del código, para realizar la justicia.

Repugna todo concepto de la plenitud hermética del orden jurídico y sostiene que frente a la insuficiencia de la ley, el juzgador debe realizar una labor personal creadora del nuevo derecho, colocándose en la misma situación del legislador.

En el derecho positivo, el Código Civil suizo autoriza al juez para actuar como legislador frente a las lagunas de la ley.

Pero aun en esta legislación, no se llegó al extremo del método de la escuela del derecho libre, porque el artículo primero del citado código en su parte final, impone al juez la obligación de "inspirarse en la doctrina y jurisprudencia más autorizadas". Dentro de esta escuela, el juez, al pronunciar su fallo, entiende que la norma no formulada no nace en el momento de la resolución judicial, sino que el problema jurídico planteado ante él necesariamente se hallaba sometido a la norma que el juez posteriormente se limita a declarar. El juez lo que hace es individualizar esa norma en el caso concreto, inspirándose en aquella norma general expresada antes, que él declara.¹⁵

G) *Método de la teoría pura del derecho (Kelsen)*. De acuerdo con esta teoría, cuando hay que aplicar una norma de grado superior, el legislador o el intérprete encuentran que esa norma superior prevé no sólo el procedimiento de la producción de la norma inferior, sino el contenido de ella. Esta determinación nunca es completa, siempre queda un margen de aplicación más o menos amplio, un marco de posibilidades dentro del cual el aplicador de la norma puede moverse legítimamente, bien porque la norma superior haya autorizado el arbitrio del juzgador o del juez, o bien porque la disposición de la norma que trata de aplicarse es ambigua y permite varias significaciones.

La actividad del intérprete debe iniciarse fijando los límites de ese marco y, por tanto, en el conocimiento de las varias posibilidades que dentro de él están comprendidas.

El juez, al optar por cualquiera de las posibilidades que le brinda la ley, ejerce un acto de voluntad y en este sentido es creador de normas individualizadas.

Kelsen ha superado en esta forma el intelectualismo de las escuelas tradicionales, al introducir en la labor de interpretación el dato de la voluntad.

¹⁵ Cfr. Recaséns Siches, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1956, p. 58 y ss.

Así, el juez, cuando elige a tiempo esas posibilidades, más que un acto de conocimiento pone en juego un juicio de valor, que le sirve de base para imprimir un cierto sentido —y no otro— a su sentencia.

Respecto de las lagunas de la ley, dice este autor que si en el ordenamiento jurídico no existe una disposición aplicable, no es posible incluir el caso concreto en lo previsto en el ordenamiento, porque falta la premisa necesaria para aplicar la consecuencia jurídica. Si sobre el particular el ordenamiento jurídico no ha estatuido, el caso previsto es indiferente al derecho; pero es así que el juez tiene la obligación de decidir el caso ante él planteado, luego puede aplicar su propio criterio mediante un acto de voluntad, optando por la aplicación de una norma individualizada por él, por aplicación del principio de que lo que no está prohibido está permitido. Pero este apotegma no forma parte de ningún ordenamiento legal. No tendría aplicación sino precisamente en ausencia de una disposición expresa, lo cual quiere decir que el supuesto de aplicación de aquella regla es precisamente la existencia de una laguna de la ley.¹⁶

El resultado a que conducen los elementos gramatical, racional, histórico y sociológico, nos puede llevar a tres tipos de interpretación:

a) La interpretación declarativa en la que el resultado obtenido concuerda, coincide en toda su amplitud con lo expresado en la fórmula filológica del texto.

b) La interpretación es extensiva, cuando el intérprete, a través del empleo de todos esos elementos, comprueba que las palabras empleadas en el texto expresan menos que el verdadero contenido de la norma. En ese caso el intérprete está autorizado para dar una amplitud mayor a la norma por aplicar, que la que tendría si se tomaran las palabras del texto en el significado más restringido con que normalmente se usan.

Por lo contrario, el resultado de la interpretación se llama restrictivo, cuando de la investigación que se ha llevado al cabo para captar o desentrañar el sentido del precepto se concluye que las palabras expresan más de lo que verdaderamente la norma comprende. En esta hipótesis, el intérprete está autorizado para aplicar el precepto con un sentido menos amplio que aquel que tendría si se atuviera exclusivamente a su expresión gramatical.

En todo caso de interpretación extensiva o de interpretación restrictiva, no se debe tratar de corregir la norma, sino de atribuirle el valor efectivo, el que realmente tiene, que en cierta manera ha sido desvirtuado al ser expresado en forma inadecuada.

¹⁶ Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, Buenos Aires, 1960. Véase también García, Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, 1949, pp. 353 y ss.

5. *Las lagunas de la ley y la integración del derecho.* Geny establece claramente la distinción entre la labor interpretativa y la obra integradora de la ley. Esta última consiste en suplir el silencio de las normas, completando aquéllas mediante la elaboración de una nueva fórmula, que no está contenida en el ordenamiento.

La interpretación supone la existencia de un precepto jurídico; mediante la integración, el jurista intenta elaborar un nuevo precepto.

Ha de buscarse la solución justa recurriendo, en primer lugar, a la analogía y, posteriormente, si el método analógico resultare ineficaz, deberá resolverse el caso conforme a los principios generales del derecho.

La ley, a través de sus preceptos, no puede prever absolutamente todos los casos posibles que presenta la vida, en sus múltiples, variados aspectos que ofrecen las relaciones humanas, que sin embargo por razones de orden, de seguridad y de justicia, deben ser sometidos a la norma jurídica.

El artículo 18 del Código Civil¹⁷ impone al juez la obligación de resolver todas las controversias que se someten a su decisión, aun frente al silencio u oscuridad o insuficiencia de la ley.

La situación que se presenta cuando la ley es omisa, frente a un caso no contemplado por ella, se conoce con el nombre de "lagunas de la ley".

Estas lagunas deben ser colmadas por el juzgador, mediante el procedimiento de integración de la ley. La integración de la ley se lleva al cabo completando los preceptos mediante la elaboración de otros que no se encuentran expresamente contenidos en las disposiciones formuladas por medio del acto legislativo.

Los procedimientos de integración y de interpretación de la ley son diversos. En la interpretación, el intérprete trabaja frente a una disposición legislativa y su labor consiste en aprehender o desentrañar el significado de lo que el precepto expresa; en la integración, por el contrario, la ley es omisa, el caso concreto no está comprendido en la hipótesis de un precepto (se trata de silencio o insuficiencia de la ley). La interpretación supone la existencia de un precepto jurídico; por medio de la integración se trata de elaborar el precepto.

La interpretación es un proceso mental complejo, que se puede llamar de grado único, mientras que la integración es un proceso mental de segundo grado.

El acto legislativo está constituido por un conjunto conexo y coherente de normas, ordenadas hacia un solo fin, que es la regulación de las actividades humanas, presidida por la idea de justicia. Este conjunto

¹⁷ Del Distrito y Territorios Federales.

organizado de disposiciones lleva en sí su propia fuerza de expansión y de dilatación, que bien empleada sirve para disciplinar todas las relaciones sociales, aun las que no han sido previstas expresamente por el legislador. De allí, concluyen estos autores, que no puede hablarse de lagunas de la ley.¹⁸

No puede negarse que la ley en ciertos casos es omisa, que el legislador no puede prever todas las hipótesis posibles que se han de presentar al juez y, en este sentido, la ley, como acto legislativo, tiene lagunas. Del derecho no puede postularse la existencia de tales lagunas, porque éste, el derecho, cuenta con sus propios métodos de auto-integración que son la analogía y los principios generales del derecho.

6. *La analogía.* En el caso de las lagunas de la ley, cesa la labor propiamente interpretativa para dar lugar al esfuerzo integrador que se lleva al cabo, en primer lugar, por medio de la analogía. Entonces, el intérprete no busca la intención real o supuesta del autor de la ley; por medio de la analogía, el juzgador crea una nueva y distinta regla fundada sobre la identidad de razón, para aplicar un determinado precepto a un caso no previsto, fundándose en el principio de que donde existe la misma razón, debe aplicarse la misma disposición.

En otras palabras, cuando un caso no previsto en la ley presente las mismas características fundamentales de otro previsto en determinado precepto, la razón autoriza aplicar al caso no previsto la disposición que se refiere a un caso semejante.

Por medio de la analogía se trata de inducir de una solución particular, consagrada por el derecho, la solución aplicable a un caso semejante, regido por el mismo principio interno. Se parte así de un estudio comparativo entre dos situaciones jurídicas. Una de ellas establecida en la ley, y la otra no. Mediante este estudio comparativo se aplica al caso no legislado la solución dada al caso legislado, que presenta caracteres similares.

La analogía en el método que nos lleva a la fuente orgánica del derecho, para disciplinar así los casos semejantes no expresamente contemplados.

El fundamento de la analogía es la aplicación del principio de igualdad jurídica, en virtud del cual exige que casos semejantes sean disciplinados por normas también semejantes.

La analogía excede el ámbito de la interpretación propiamente dicha, pues quien aplica este método debe investigar con qué disposición el legislador habría regulado el caso si lo hubiera previsto, atendiendo a la razón inspiradora del precepto que se trata de aplicar por analogía.¹⁹

¹⁸ Coviello, Nicolás, *Doctrina general del derecho civil*, México, 1938, p. 91.

¹⁹ Torrente, Andrea, *Manuale diritto privato*, Milán, 1952, pp. 24 y ss.

El procedimiento analógico no tiende a investigar la voluntad del legislador, sino a conocer la *ratio legis* de un precepto, para aplicarlo a un caso semejante no previsto.

La cuestión previa y más importante que debe decidirse para la aplicación del procedimiento analógico es ésta: si la falta de una determinada disposición normativa es una simple omisión en que el legislador incurrió, o si se trata de una cuestión que no ha sido tomada en consideración, por quedar fuera de todo el sistema. En el primer caso nos encontramos frente a una laguna de la ley, al cual es aplicable el procedimiento analógico; en el segundo caso (inaplicabilidad del sistema jurídico), la cuestión de que se trata es indiferente al derecho objetivo, dado "que no modifica aquella original situación de libertad y que permite al sujeto de la relación regularla como le plazca".²⁰

El juzgador se encuentra frente a dos situaciones: una de ellas, prevista en la norma; la otra diversa, no prevista, pero que contiene elementos de hecho semejantes a los elementos de hecho previstos en la norma. No basta que exista un elemento de semejanza o identidad entre los dos casos para que se autorice la aplicación del procedimiento analógico. No obstante que se trate de dos casos diversos, el elemento de identidad debe ser *decisivo* para que el tratamiento jurídico sea idéntico. El problema práctico consiste en distinguir cuidadosamente: a) cuáles son los elementos comunes entre los dos supuestos; b) cuáles son los elementos diversos entre ellos; c) cuáles son de entre los elementos comunes, aquellos que la norma toma en cuenta decisivamente para dictar la disposición; d) si los elementos diversos, por su número, por su naturaleza, por su contenido o por cualquiera otra razón, no modifican la disposición del precepto que se trata de aplicar por analogía.²¹

Sólo cuando se encuentre que este elemento de hecho común, relevante, es en tal forma fundamental, que ha sido la causa de la disposición legislativa, su razón, puede aplicarse el principio analógico *ubi eadem ratio, eadem juris dispositio*.

El intérprete debe tener siempre en consideración que la aplicación del procedimiento analógico está regida por la naturaleza real de la relación y por el principio del derecho positivo. Ambos elementos constituyen los límites infranqueables para la aplicación de la analogía.

El procedimiento analógico no tiene aplicación cuando se trata de un principio de derecho excepcional (*jus singulare*) pues por hipótesis, la disposición de derecho excepcional sólo es aplicable expresa-

²⁰ Marzano, Gabrielle, *op. cit.*, p. 72.

²¹ Laserra, Giorgio, *L'interpretazione della legge*, 1955, p. 97.

mente al caso o a los casos específicamente determinados por vía de excepción en el precepto, y no a otros, aun cuando sean semejantes.

Tampoco es aplicable la analogía en el derecho penal, en virtud del principio que reza: *nullum crimen nulla poena sine lege*, que significa que un hecho es punible sólo en el caso en que expresamente concurren en él los elementos típicos delictuosos establecidos expresamente en la ley penal.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en ejecutoria que puede leerse en el tomo xxvi, página 1277 del *Semanario Judicial de la Federación*, dice:

Si bien el artículo 14 constitucional prohíbe imponer penas por simple analogía y aun por mayoría de razón, esto no quiere decir que las leyes penales no admitan interpretación y que deban aplicarse según su significado literal, que puede ser antijurídico y aun conducir al absurdo; los tratadistas mismos admiten que puede ser interpretada la ley penal. La prohibición del citado artículo constitucional debe entenderse en sentido natural y razonable, haciendo uso de los diversos procedimientos de dialéctica jurídica, tales como la historia, los trabajos preparatorios, el fin de la ley, la concordancia de los textos, etcétera. En este sentido se ha podido justamente decir que la interpretación no debe ser ni extensiva ni restrictiva, sino sólo declarativa de la voluntad del legislador.

Se distingue entre analogía *legis* y analogía *juris*. En la analogía *legis* se parte de una precepto legal singularmente determinado para aplicarlo a un caso que no coincida completamente con el supuesto de la norma, pero que tiene un elemento común fundamental con el que la forma disciplina (*ratio legis*).

En la analogía *juris*, el intérprete no toma como base un precepto legal concreto y específico, sino todo un conjunto o grupo de normas que se refieren a una institución, para desprender de ellas el principio rector que ha determinado lo que ellas disponen y aplicar dicho principio al que se ha llegado por inducción y generalización, al caso no previsto en ninguna de esas disposiciones (*ratio juris*).²²

²² "La analogía de la ley parte de una proporción jurídica concreta. Desenvuelve su idea fundamental purificándola mediante la eliminación de todos los factores no esenciales y aplica la idea depurada de esta suerte a los casos que encajan en ella y que sólo se distinguen de los resueltos en la ley en puntos secundarios, que no afectan intrínsecamente a la esencia de la ley... En cambio, la analogía *juris* arranca de una pluralidad de disposiciones jurídicas singulares y extrae de ellas, por vía de inducción, principios más generales y los aplica a casos que no caen bajo ninguna de las disposiciones de la ley", Enneccerus, Kipp, Wolff, *Derecho civil*, Barcelona, 1947, t. 1, p. 217.

"Así como la analogía no se confunde con la interpretación extensiva, la restricción no debe ser considerada como una interpretación limitativa, pues se trata de mejorar el pensamiento de la ley y no de precisar su expresión literal", Legaz Lacambra, Luis, *op. cit.*, pp. 404 y 405.

En la analogía *juris*, nos encontramos frente a la aplicación de los principios generales del derecho que es el segundo de los procedimientos conocidos para la integración de la ley.²³

Si por medio de la aplicación del método analógico no es posible encontrar la solución al caso concreto, el juez está obligado a recurrir a los principios generales del derecho.

7. *Los principios generales del derecho.* Sobre la naturaleza de los principios generales del derecho, se ha planteado la cuestión de saber en qué consisten.

Algunos autores consideran que se trata de los principios de derecho natural; otros consideran que son aquellos principios heredados del derecho romano; no falta quien afirma que los principios generales del derecho son aquellos que se identifican con la justicia y, finalmente, una opinión sostiene que se trata de los principios informadores, fundamentales que vivifican todo un sistema de derecho objetivo.

No es posible aceptar que los principios generales del derecho sean aquellos tomados del derecho romano o la sola idea de la justicia, porque cada sistema de derecho positivo en el curso de la historia, como producto social, se apoya y encuentra su fundamento, su razón y origen, en fenómenos sociales distintos; ni son los principios de la justicia subjetivamente considerados, porque en ese caso se daría al juzgador completa libertad estimativa, para fallar el caso, de acuerdo con su libre arbitrio, lo cual sería contrario a la seguridad y certeza del orden público.

En cambio, puede encontrarse una aproximación entre las tesis que postulan el conocimiento de los principios generales del derecho identificándolos con aquellas normas de validez intrínseca (derecho natural) válidas por sí mismas y las ideas fundamentales inspiradoras de un sistema concreto de derecho positivo.

En efecto, no se trata de investigar en el caso, cuáles sean los principios de validez universal y absoluta, lo cual constituye un problema de filosofía del derecho, sino que estrictamente situados en los límites de la dogmática jurídica, se trata de investigar los principios del derecho natural, incorporados en la legislación positiva, es decir, las ideas directrices fundamentales, inspiradoras que ha tomado en cuenta

23 "...Se distingue (artículo 3, Disposiciones Preliminares): a) una analogía *legis* (cuando una controversia no puede decidirse con una disposición precisa de la ley, se tendrá en consideración las disposiciones que regulen casos similares o materias análogas), de una: b) analogía *juris* (cuando el caso sea aún dudoso, se decidirá según los principios fundamentales sobre los que reposa todo el ordenamiento jurídico positivo, y que puede obtenerse de él por una generalización progresiva de las normas particulares, de las varias materias y de las diversas instituciones)". Pugliatti, Salvador, *Introducción al estudio del derecho civil*, México, 1943, p. 332.

el legislador, para establecer los preceptos que constituyen la ley dictada por él; principios que dan a todo el sistema coherencia, conexión interna, armonía, disposición y congruencia hacia la realización del principio de justicia.²⁴

Lo cual quiere decir que a falta de una disposición formalmente válida, en concordancia con el sistema, el juzgador debe formular un principio con validez intrínseca, generalizando las disposiciones particulares, hasta llegar por inducción a dichos principios.²⁵

En el método interpretativo, la institución y el sistema limitan la actividad del juez; en cambio, al aplicar los principios generales, el sentido de la institución y la idea del sistema son el objeto y fin de la investigación, para que una vez conocidos se desprenda de ellos la *ratio juris*.

En rigor, la analogía *juris* y la aplicación de los principios generales del derecho son una misma cosa.

El papel de la equidad, en este caso, sirve para comprobar, para corroborar que se ha llegado a captar esos principios y que la norma individualizada que ha creado el juez para resolver el caso concreto se ajusta a la armonía del sistema y a la justicia del caso particular.

8. *Las nuevas corrientes. Breve reseña.* Después de la publicación de la obra de Geny y como consecuencia de que el pensamiento de este autor negó categóricamente que la legislación constituya la única fuente del derecho y negó asimismo que la labor del intérprete tenga por objeto esclarecer la voluntad del legislador, quedó abierto el camino, en los países de derecho legislado y aun en los de derecho consuetudinario, para que, justifilósofos, científicos y técnicos del derecho, procedieran a enjuiciar la propia obra de Geny y a desarrollar en diversas direcciones particulares trabajos de investigación acerca del método, el contenido y el objeto de la labor del intérprete.

Antes de apuntar algunas de las corrientes del pensamiento contemporáneo al respecto, es conveniente hacer notar que el autor de *Métodos de interpretación y fuentes en el derecho privado positivo*, aparte del esfuerzo para explicar sistemáticamente la técnica de la interpretación jurídica, puso en claro que verdaderamente la labor interpretativa que llevaban al cabo (en la doctrina y en la jurisprudencia) jueces y profesores de derecho, no se dirigía en verdad hacia una búsqueda de la voluntad del legislador; pues si bien los intérpretes habían sido formados dentro de la escuela de la exégesis y afirma-

²⁴ Vecchio, Giorgio del, *Los principios generales del derecho*, Barcelona, 1933, pp. 23 y ss.

²⁵ Véase Legaz Lacambra, Luis, *op. cit.*, pp. 430 y ss., y García Máynez, Eduardo, *op. cit.*, p. 372.

ban seguir los principios de este método interpretativo, sus razonamientos metodológicos discurrían las más de las veces de otra manera bien diversa a los que preconizaba la escuela de la exégesis. La jurisprudencia de los tribunales franceses, particularmente de la Corte de Casación, para encontrar la solución adecuada frente a los nuevos hechos (el individualismo y la transformación imponente de la sociedad burguesa) llevó al cabo una labor de integración y no de interpretación, para la cual hubo de olvidarse de la supuesta voluntad del legislador, fingiendo, en el mejor de los casos, haber descubierto aquella voluntad, cuando en realidad la sentencia pronunciada no era expresión de otra voluntad —si alguna contenía— que la del propio intérprete.

Un examen, aun poco detenido de la *Recopilación Dalloz*, en lo que atañe a la jurisprudencia de los tribunales en Francia durante el siglo XIX, nos lleva a ese convencimiento. Recordemos solamente el caso de la ingeniosa elaboración que los jueces y los profesores de derecho realizaron, partiendo del concepto romano de culpa y de imputabilidad del hecho dañoso, para llegar a fundar la responsabilidad de los patrones en el caso de los riesgos a que se hallan sometidos los trabajadores a su servicio. Acaecido el siniestro y no teniendo a la mano el asidero de la culpa ni en el patrón ni en el obrero, llegaron, por aplicación del principio *ubi emolumentum ibi onus*, a la responsabilidad objetiva del daño de la empresa que designaron como responsabilidad civil, sin culpa probada. El puro texto del Código Civil (“Los textos ante todo”) los llevarían, por sí mismos, al resultado contrario al que llegaron: al caso fortuito; es decir, a la ausencia de toda responsabilidad del patrón.

Algo semejante ocurre ahora, cuando se trata de la interpretación de la ley. Mientras las diversas escuelas filosóficas del derecho se ocupan en explicar la naturaleza jurídica de la labor del intérprete, en señalar el objeto de esa interpretación, el razonamiento al que se entrega el jurista para desentrañar y conocer la norma contenida en cierto texto legal, discurre por cauces que conducen y han conducido siempre al intelecto del jurista al descubrimiento de la regla del “deber ser”, aunque para ello tenga que apartarse, sin proponérselo conscientemente, de las reglas conceptualmente rígidas dictadas por los teóricos del derecho.

Pasemos revista a algunas corrientes doctrinales y al pensamiento expuesto por graves autores que en esta materia disfrutaban de buen predicamento.

Hans Kelsen²⁶ ilustre fundador de la escuela vienesa. Este jurista, de relevantes méritos y sus secuaces, no dudan en presentar el proceso interpretativo como un acto de voluntad del juzgador. La labor del juez no es propiamente interpretativa, cada sentencia viene a integrar, a completar todo el aparato del derecho, porque la decisión es verdaderamente una norma individualizada. El juez, al resolver el caso, está incluyendo dentro de la serie escalonada de normas jurídicas, la sentencia referida al caso particular. Según entiendo, el pronunciamiento entra a formar parte de todo ese abundante complejo de normas que constituyen el derecho, en la medida en que esa sentencia encuentra su apoyo y justificación en una norma de grado superior.

Carlos Cossío,²⁷ por su parte, propugna por una actitud que denomina "egológica". Para este autor "aplicar la ley es poner un sentido en la conducta que se considera". Tal sentido ha de ser desentrañado de la propia conducta, no de la ley. El sentido jurídico, pues no está en la ley; según Cossío, se encuentra en el acto o actos controvertidos y allí ha de ir el juez a buscarlo, para ponerlo de manifiesto en su sentencia.

Otros entienden, y así Joaquín Dualde²⁸ que la labor del intérprete es una indagación de las causas (conscientes y subconscientes) que actuaron en la mente y en la voluntad de los autores de la ley, para crear una norma determinada. Debe irse en busca de los orígenes, de los "porqué", ocultos o manifiestos, de una norma o de un conjunto de normas que fueron redactadas en tal o cual sentido.

Entre nosotros, el profesor Recaséns Siches²⁹ enseña que debe abandonarse en el proceso interpretativo la lógica tradicional, que no nos conducirá a buen resultado, para sustituirla por lo que él llama "una lógica de lo razonable", y conocer así qué es lo que el orden jurídico positivo quiere respecto de una determinada situación. Provistos de un juicio de valor suficientemente fundado (idea de justicia) hemos de llegar a resolver el conflicto que se plantea, en la medida de aquella idea de justicia que encontramos en el trasfondo del precepto legal aplicable.

En una actitud semejante, dirigida a romper el conceptualismo interpretativo, o mejor, la interpretación puramente intelectual, formalista, fundada en la pura lógica matemática, hallamos la jurisprudencia

²⁶ *La teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, 1941 y *Teoría general del derecho y del Estado*, traducción de Eduardo García Máynez, México, 1950.

²⁷ *El derecho en el derecho judicial*, Buenos Aires, 1945.

²⁸ *Una revolución en la lógica del derecho* (concepto de interpretación del derecho (concepto interpretación del derecho privado), Barcelona, 1933.

²⁹ *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, 1956.

cia sociológica norteamericana que en los países de derecho no escrito ha puesto de relieve que también en otras latitudes ha aparecido una rebelión en contra de la lógica formal. La jurisprudencia sociológica norteamericana halló que los principios extraídos hasta entonces del derecho consuetudinario, considerados por los tribunales como intangibles axiomas matemáticos, han dejado de tener eficacia en la época actual, frente a los nuevos problemas jurídicos que plantean las transformaciones constantes del mundo moderno. Postula una comprensión de la realización social de hoy en día y sostiene que el juzgador debe ponderar tales nuevas situaciones frente a los principios inmutables de la justicia aun a costa, cuando ésta así lo exige, de un riguroso razonamiento lógico deductivo.³⁰

La jurisprudencia sociológica, frente al problema de conciliar la fijeza y rigidez de la norma jurídica escrita o consuetudinaria, con la constante transformación, desarrollo y creación de nuevos hechos, de nuevos problemas e intereses que se plantean al juzgador; es decir, ante el secular conflicto entre la justicia y la seguridad, apunta ciertamente, en mi concepto, que en nuestros tiempos en que los cambios que registran la ciencia y la técnica modernas se producen de manera vertiginosa, la técnica de la interpretación debe dirigirse en el sentido de unificar la teoría del derecho con la labor de constante creación de nuevas formas, y ésta es entonces la labor encomendada al intérprete.³¹

Esta observación que formula la jurisprudencia sociológica, es en mi concepto una indudable verdad que impone al jurista la vida misma del derecho y el ejercicio de la práctica en los tribunales. Pero habrá que advertir el peligro de una aceptación lisa y llana de esta realidad que puede conducir fácilmente a la solución del problema por un camino absolutamente indeseable, el del capricho del intérprete, el de la arbitrariedad del juzgador, si como suele ocurrir, quien lleva al cabo esa labor, no se halla provisto de una técnica interpretativa suficientemente depurada.

Al respecto, las escuelas y facultades de derecho deben incluir la enseñanza y práctica de la técnica de la interpretación en los pro-

³⁰ Pound Roscoe, *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, versión castellana de José Puig Brutan, Barcelona, 1950, p. 200.

³¹ Pound Roscoe: "El derecho es algo más que un cuerpo de reglas. Consiste en reglas, principios, conceptos y *standards* para la conducta y la decisión; pero también consiste en doctrinas y formas de pensamiento profesional y reglas de arte profesionales, mediante las que los preceptos de conducta y decisión pueden aplicarse, desarrollarse y alcanzar eficacia, como las fórmulas del ingeniero representan experiencia, su formulación científica y el desarrollo lógico de su formulación pero también suponen destreza e inventiva para concebir nuevas fórmulas y para llevarlas a la práctica, con una técnica depurada", *op. cit.*, p. 206.

gramas de ciertos cursos, particularmente en lo que se refiere a la parte introductoria o de introducción al derecho, en la exposición de la cátedra y mejor quizá, en la tarea de los seminarios, porque es parte fundamental en la formación del futuro jurista. Es casi un lugar común afirmar que los conocimientos teóricos o informativos de indudable trascendencia en la enseñanza del derecho, carecen de auténtica eficacia si no van acompañados del conocimiento de aquella parte de la técnica jurídica que se refiere a la hermenéutica, la cual ha de enseñarse mejor, por lo que yo entiendo, por medio de ejercitaciones interpretativas de textos legales, para lo cual los seminarios pueden prestar muy eficaz colaboración.

Ciertamente, en esta materia no debería omitirse esfuerzo en el afán de capacitar al estudiante, en lo que atañe a esa tarea magistralmente llevada al cabo por el pretor romano, que se esforzó por encontrar la solución adecuada al caso "ampliando, restringiendo o corrigiendo" el sentido y alcance de la norma jurídica encerrada en el precepto y aprehendida mediante la tarea previa interpretativa, considerada ésta *strictu sensu*. A fin de cuentas, no es otra posición que postula la jurisprudencia sociológica norteamericana.

Si el pensamiento de Kelsen se puede relacionar con alguna idea de Nietzsche y Dualde, nos hace pensar en la teoría de Freud; Recaséns Siches parece influido por Bergson, en tanto que el realismo de Geny y de jurisprudencia sociológica nos llevan a recordar el pensamiento de Aristóteles.

De propósito he tomado, a guisa de ejemplos, algunas consideraciones del pensamiento contemporáneo que se ocupan del problema, para poner de relieve en qué diferentes sentidos considera cada autor la labor del intérprete y cómo, en cada uno de ellos, es distinto el contenido de esa labor y el objeto que se propone el jurista al llevarla al cabo, según se trate, de la teoría pura del derecho de Kelsen, del pensamiento egológico de Cossio, de la jurisprudencia norteamericana de intereses, de tendencia pragmática o de la escuela filosófica de los valores que profesan Recaséns Siches y García Máynez.

9. *La interpretación como técnica jurídica.* La discusión acerca del problema que entraña la interpretación de la ley es una cuestión exclusivamente de técnica jurídica. Es una labor de bien modestas proporciones si se la compara con los graves, amplios problemas que el mundo moderno ofrece a la filosofía y a la ciencia del derecho.

Es posible que si nos limitamos a contemplar la cuestión exclusivamente dentro del campo de la técnica jurídica, podamos hallar un camino menos arduo que nos conduzca al enunciado de las reglas a las que se ha ajustado el pensamiento del jurista cuando realiza la labor

de interpretación, para que, a través de las palabras empleadas en el texto del precepto, es decir, la fórmula, penetrar el contenido y el sentido de la norma jurídica que ella expresa, a fin de aplicarla al caso práctico que se presente (dato real), de acuerdo con el conocimiento que, a través de la dogmática jurídica, alcancemos de los caracteres "jurídicamente relevantes" que presenta el caso dado. Entonces procederemos a la aplicación del precepto.

No escapa a las anteriores reflexiones que en toda esta labor de interpretación intervienen o deben intervenir los datos históricos, sociológicos, económicos, políticos, etcétera, que integran la formación del jurista, como presupuestos indispensables para captar el contenido y el sentido de la norma subyacente en la fórmula.

A esta preparación previa del jurista, necesaria para concluir la labor de sistematización que debe llevar al cabo el intérprete, alude el *Digesto* (1.3.24): "No es lícito juzgar o resolver una conducta, tomando en cuenta sólo una parte de la ley, sin haberla estudiado en su conjunto."³²

³² *In civile est nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita judicare vel respondere* (Digesto 1.3.24).

1. Antecedentes.
 2. Las bases constitucionales de la reforma.
 3. La estructura jurídica de la propiedad rústica.
 4. La evolución económica.
 5. El desarrollo integral.
 6. Información complementaria.
- Conclusiones.

EVOLUCIÓN DE LA REFORMA AGRARIA MEXICANA

SUMARIO: 1. Antecedentes. 2. Las bases constitucionales de la reforma. 3. La estructura jurídica de la propiedad rústica. 4. La evolución económica. 5. El desarrollo integral. 6. Información complementaria. Conclusiones.

1. *Antecedentes.* En el siglo xvi, a partir de la conquista española, la propiedad agraria en México se acumuló en unas cuantas manos de españoles y de criollos. El campesino mexicano, antiguo dueño de ella, que vivía en pequeños poblados o comunidades, fue desposeído de su propiedad paulatinamente.

Durante la Colonia española (siglos xvi a principios del xix), la propiedad rústica estaba formada: a) por grandes latifundios, b) por las propiedades de la Iglesia, c) por la propiedad comunal de los pueblos indios.

Después de la independencia de España alcanzada en 1810, el gobierno de la República no logró establecer una equitativa distribución de la propiedad rural en provecho de los campesinos. Las leyes de amortización y de nacionalización de los bienes del clero, puestas en vigor en el curso del siglo xix, no tuvieron como resultado la entrega de la tierra al campesino. El trabajador del campo, hasta la primera década del siglo xx, continuó en la condición de peón de las grandes haciendas.

2. *Las bases constitucionales de la reforma.* Es así como la Revolución mexicana tiene un propósito francamente agrarista y obrerista a la vez. La finalidad de la lucha armada fue la equitativa distribución de la propiedad rústica y la mejoría de las condiciones de vida de los obreros de las fábricas.

En razón del primer propósito, en plena lucha revolucionaria se expide la ley agraria de 6 de enero de 1915 que después fue incorporada al texto de la Constitución federal de la República y que fijó las bases en que se apoya actualmente la propiedad rústica en México:

a) Restitución y dotación de tierras a las poblaciones campesinas que lo requieran.

b) Fraccionamiento forzoso de las grandes haciendas.

c) Creación de la pequeña propiedad rural y fijación del máximo de su extensión protegida legalmente.

3. *La estructura jurídica de la propiedad rústica.* Las tierras restituidas a las comunidades indígenas forman la propiedad ejidal que es inalienable, inembargable e imprescriptible. No está sujeta a gravamen alguno. El dominio de las tierras pertenece a la comunidad. Su explotación, sin embargo, puede hacerse colectivamente o individualmente por los miembros del núcleo ejidal. Los derechos del campesino son transmisibles por herencia.

Además de la propiedad ejidal, la Constitución de la República reconoce y garantiza la pequeña propiedad agraria, si no excede de 100 hectáreas en terrenos de primera calidad propios para la agricultura. En terrenos áridos de mala calidad, la extensión máxima de la pequeña propiedad puede llegar hasta 800 hectáreas.

4. *La evolución económica.* La reforma agraria mexicana ha recorrido hasta hoy varias etapas evolutivas. Sin embargo, su estructura jurídica y su esencia socioeconómica, han permanecido invariables. La meta final de la reforma coincide con lo expuesto en fecha reciente por el eminente filósofo norteamericano John Dewey: crear en el campo aquellas condiciones sociales y económicas dentro de las cuales los individuos puedan ejercer su actividad en un medio que permita el desarrollo de sus atributos personales y la justa recompensa de sus esfuerzos.

La reforma agraria se inició como un movimiento de reivindicación de la tierra para crear una economía de subsistencia.

La segunda etapa de la reforma agraria tuvo como finalidad crear una economía de mercado local y posteriormente nacional. Se inicia entonces en el país la construcción de grandes obras de irrigación y se fundan los bancos de Crédito Ejidal y de Crédito Agrícola, como organismos para financiar a los agricultores (ejidatarios y pequeños propietarios). Esta etapa comprende la tercera década del siglo actual y se prolonga aproximadamente hasta 1945. El aspecto dinámico, de explotación económica del campo, empieza a adquirir entonces particular importancia como parte fundamental del significado de la reforma y como problema de urgente resolución.

En la segunda mitad de los años 40 se inicia la tercera etapa de la reforma agraria. Es una consecuencia del desarrollo industrial del país, que en forma sostenida y constante se ha mantenido desde entonces. Es, a la vez, causa que propició en sus orígenes el "despegue".

Efectivamente, en ese momento se había ya alcanzado una reestructuración definitiva de la propiedad rural, y 30 años corridos en el proceso de ejecución de la reforma nos habían enseñado —a gran costo por cierto— que la acción de las autoridades mexicanas tenía que llevarse a la adopción de medidas en ayuda del campesino, para

colocarlo en situación de desarrollar y aplicar convenientemente su fuerza de trabajo aplicada a la tierra. Es el aspecto dinámico de las medidas que se están llevando a la práctica.

A esta tercera fase se la denomina Reforma Agraria Integral y en ella la política agraria se dirige no sólo a crear una economía de mercado nacional, sino a la vez tiende a lograr el establecimiento de un ritmo de producción agrícola acorde y paralelo con el avance industrial de la nación.

Esta tercera etapa se encamina a alcanzar un desarrollo armónico entre la producción y el consumo, entre capitalización en función productiva y ahorro, procurar la distribución general y en cierta medida uniforme del producto nacional, coordinar precios y salarios, inversión y ocupación y, a la vez, establecer una adecuada inversión pública para ampliar y mantener la infraestructura en la construcción y conservación de obras hidráulicas, redes de caminos, electrificación, servicios de transporte, etcétera.

En suma, mediante la ejecución de este plan, las autoridades, uniendo sus esfuerzos a la actividad privada, están realizando un programa agrario, de integración económica horizontal, lo cual significa el reconocimiento de la interacción entre los factores agrícolas e industrial del país, y es precisamente ese fenómeno socioeconómico de interacción lo que ha servido de base para la redacción y ejecución de un programa agrario de grandes alcances, acorde con el desenvolvimiento económico general del país.

5. *El desarrollo integral.* Con un criterio realista, el programa del desarrollo ha tenido en cuenta las posibilidades que ofrece el suelo mexicano, los recursos aprovechables, las diversas condiciones del espacio en función económica y se ha procurado impulsar a la vez que el desarrollo agrícola, la ganadería y la industria forestal, cuyo potencial productivo no ha sido aún aprovechado en la medida de sus posibilidades.

En efecto, los terrenos susceptibles de explotación ganadera cubren el 44% de la superficie del país. El 17% está constituido por regiones boscosas susceptibles de explotación forestal. Sólo el 15% aproximadamente de la extensión territorial de México está constituido por terrenos aprovechables para la agricultura. El resto lo forman extensiones no susceptibles de explotación económica.

Estos datos nos sirven para apreciar en qué medida la Reforma Agraria Integral debe comprender y comprende la explotación de los bosques y la cría de ganado, que servirán en lo futuro de firme apoyo a la agricultura.

En otro aspecto, la Reforma Agraria Integral se propone alentar el

establecimiento de industrias regionales primarias, tales como la industrialización de la leche, fruticultura, establecimiento de plantas empacadoras de frutas y legumbres; creación de granjas avícolas y productoras de miel de abeja, etcétera.

6. *Información complementaria:*

a) En el año de 1964, los bancos agrícolas refaccionaron a los campesinos en la suma de seis mil millones de pesos. En el mes de abril del corriente año ha sido organizado el Banco Nacional Agropecuario con un capital de mil quinientos millones de pesos, para apoyar las operaciones de crédito que practican los bancos regionales de crédito al agricultor.

b) Desde hace varios años, ha sido establecido el seguro agrícola que garantiza la recuperación de los préstamos otorgados a los campesinos por medio de seguro sobre sus cosechas.

c) Por lo que se refiere al otorgamiento de créditos, en la Reforma Agraria Integral se persigue la finalidad de que, concluido el periodo del préstamo, el campesino obtenga un aumento tanto en la producción como en sus ingresos particulares.

d) La superficie regable del país con aguas superficiales es de ocho millones de hectáreas; con aprovechamiento de aguas subterráneas, tres millones de hectáreas. Durante los últimos seis años las obras de riego incorporaron al cultivo más de trescientas cincuenta mil hectáreas.

He tratado de dar a conocer, aunque de una manera general y por lo tanto incompleta, un panorama de la evolución de la reforma agraria en México, que se encuentra tan íntimamente vinculada con el esfuerzo de las autoridades y particulares, para lograr el desarrollo económico del país.

Conclusiones: La reforma agraria en su desarrollo e integridad debe tener como finalidad crear la liberación económica, social y cultural del hombre en su plenitud. Para ello debe comprender:

a) además de la distribución equitativa de la tierra entre el mayor número posible de agricultores;

b) la ejecución de aquellas medidas que sean necesarias para que la tenencia de la tierra se realice en función económicamente productiva;

c) para ello, la reforma agraria debe formar parte del desarrollo económico general del país en coordinación armónica con la ganadería, la industria forestal y la industria manufacturera.

1. Preámbulo.
 2. El examen final en el sistema escolástico.
 3. Los exámenes masivos.
 4. La participación del alumno en el desarrollo del curso.
 5. La resolución de la Conferencia sobre Enseñanza del Derecho en la Universidad de Michigan.
 6. La resolución de la Primera Conferencia de Facultades y Escuelas Latinoamericanas de Derecho (México, 1959).
 7. El control de resultados de los cursos.
 8. Diversos sistemas de control de aprendizaje.
 9. Las pruebas parciales. La conveniencia de su implantación en nuestro medio escolar.
- Conclusión.

IMPLANTACIÓN DE CURSOS SIN PROMOCIÓN POR EXAMEN FINAL

SUMARIO: 1. Preámbulo. 2. El examen final en el sistema escolástico. 3. Los exámenes masivos. 4. La participación del alumno en el desarrollo del curso. 5. La resolución de la Conferencia sobre Enseñanza del Derecho en la Universidad de Michigan. 6. La resolución de la Primera Conferencia de Facultades y Escuelas Latinoamericanas de Derecho (México, 1959). 7. El control de resultados de los cursos. 8. Diversos sistemas de control del aprendizaje. 9. Las pruebas parciales. La conveniencia de su implantación en nuestro medio escolar. Conclusión.

1. *Preámbulo.* La inclusión de esta consulta en el temario oficial de esta conferencia (pedagogía jurisdiccional), que atañe a los medios de control del rendimiento escolar, es indicio de que la preocupación de las facultades de derecho sobre el punto, debe llevarnos a meditar una vez más si el examen final cumple hoy su misión satisfactoriamente, para en su caso proponer la búsqueda de una forma eficiente, objetiva y justa de evaluación del aprendizaje.

2. *El examen final en el sistema escolástico.* Heredamos de la escuela escolástica, junto con el sistema pedagógico de exposición catedrática y de memorización de textos, el sistema de comprobación de ese aprendizaje, por medio de un acto de disertación y de réplica, instalado al final del curso lectivo y del que dependía completamente la promoción del sustentante, al grado de estudios inmediato superior.

No puede negarse que ese sistema comprobatorio de los resultados de la enseñanza demostró su eficacia desde tiempo inmemorial, mientras se aplicó en exámenes de grupos académicos reducidos en los que por esta sola razón fue posible la comunicación personal y el coloquio directo, casi individual, dentro de la cátedra y durante el desarrollo del curso, entre el docente y los escasos integrantes del pequeño auditorio constituido por los discentes. Y la prueba oral resultaba por otra parte idónea, en tanto que el tiempo de duración de cada examen, que era efectivamente individual, excedía en mucho a los escasos minutos que hoy nos vemos precisados a dedicar para tal objeto. Entonces, el examinador podía realizar verdaderamente una investigación paciente y minuciosa para comprobar la intensidad y la calidad de la información que sobre la materia había alcanzado al sustentante. No.

era infrecuente, que en el acto del examen de curso, la disertación del alumno (así solía llamársele a la prueba) pusiera en evidencia la erudición del que se sometía a un alarde de los conocimientos adquiridos en las aulas de la universidad. Era posible, entonces, otorgar la mención *cum laude*, después de varias horas en que los sinodales atendían las largas explicaciones del sustentante y replicaban solemne, sesudamente, sobre el tema propuesto.

3. *Los exámenes masivos.* Hoy en día, en que los fenómenos demográficos y el proceso de capilaridad, efecto de la dinámica social, han multiplicado desmesuradamente la población escolar en las facultades de derecho, los docentes, merced a la propia experiencia directa, vamos adquiriendo conciencia de que si, por una parte, el método catedrático de exposición frente a un auditorio muy numeroso, resulta antipedagógico, por otra parte, comprobamos reiteradamente que el sistema de exámenes verdaderamente "masivos" que estamos obligados a practicar, nos deja insatisfechos, a la conclusión del periodo de las pruebas finales y dubitativos también, en cuanto a la justicia de algunos de nuestros fallos, al calificar a un tan grande número —a las veces agobiante— de examinandos.

Venimos pues animados de la mejor voluntad a consultar el tema y a invitar a la reflexión conjunta sobre el particular, a tan ilustrados congresistas.

Empecemos por fijar el alcance y precisar los límites de la cuestión.

4. *La participación del alumno en el desarrollo del curso.* Promover al alumno que cursa una materia en nuestras facultades prescindiendo del examen final, quiere indicar solamente la urgencia de intentar la búsqueda de un control del rendimiento escolar más eficiente y más justo, de naturaleza más objetiva, que el actual sistema de examen final. De ninguna manera —y me interesa dejar bien claro este punto— el estudio que se propone ha de tener como meta la supresión de todo método comprobatorio del aprendizaje.

Parece evidente que un sistema adecuado para la promoción gradual del estudiante de un curso lectivo a otro, permitirá finalmente a las facultades latinoamericanas de derecho otorgar el grado académico de la licenciatura o sus equivalentes sólo a quienes han tenido oportunidad de demostrar fehacientemente en diversas etapas o grados su formación e información paulatinas en las diversas ramas de la jurisprudencia, hasta completar el ciclo total que se requiere en los estudios profesionales, científicos y de investigación jurídica para desempeñar la función social encomendada a los hombres de derecho.

5. *La resolución de la Conferencia sobre Enseñanza del Derecho en la Universidad de Michigan.* Entre las resoluciones tomadas en el año

de 1959 en la Conferencia sobre Enseñanza del Derecho, que se celebró en la Universidad de Michigan, se dice:

El abogado del futuro deberá conocer y comprender debidamente los problemas de orden jurídico y social de todos los pueblos del mundo; conocimiento y comprensión de los efectos que produzca en la población el progreso técnico y capacidad para constituir y poner en marcha la maquinaria jurídica y social que permita a ese complejo mundo, provincia o sociedad, convivir en paz y de acuerdo con el orden jurídico. Por supuesto que el mundo del futuro como el de hoy necesita pensadores, directores jurídicos y abogados postulantes.

En el cabal cumplimiento de esa tarea radica la razón y la justificación de las facultades y escuelas de derecho.

6. *La resolución de la Primera Conferencia de Facultades y Escuelas Latinoamericanas* (México, 1959). En la declaración de principios y recomendaciones sobre la enseñanza del derecho, fruto de la Primera Conferencia de Facultades y Escuelas Latinoamericanas de Derecho (Ciencias Jurídicas y Sociales), celebrada en mi país en el año de 1959, se precisa (declaración marcada con el número 28) que "el control del rendimiento escolar se realizará a través de la asistencia a las cátedras, preseminarios y seminarios, de los trabajos prácticos y de investigación y del resultado de las pruebas o exámenes".

7. *El control de resultados de los cursos*. Una de las críticas más acertadas que se han enderezado en contra de los exámenes finales —y de ella no estamos exentos los docentes— consiste en que aparte sus deficiencias intrínsecas, al examen de curso se le ha dado, desviando su función primordial, una categoría pedagógica que no tiene, ni puede corresponderle: la de culminación o coronamiento de un curso lectivo.

A la vez, se ha degradado el examen final, pues precisamente porque en él el estudiante se ha de jugar la suerte de todo un curso y ello en escasos, angustiosos minutos, en los que en el ánimo del alumno y en mayor o menor medida se origina un proceso síquico inhibitorio o depresivo momentáneo, que perturba su normal estado anímico. Algún profesor ha calificado al examen final de "verdadero instrumento de tortura".

No es pertinente aquí y ahora, agregar otros cargos en contra del examen final tal como se ha venido practicando tradicionalmente.

8. *Diversos sistemas de control de aprendizaje*. El sistema de exámenes, cualquiera que se adopte y las medidas aplicadas para su reforma o en su caso para sustituirlo por otro medio de comprobación de la enseñanza y del aprendizaje, no debe, en mi concepto, ser objeto de un tratamiento aislado.

El control de la enseñanza se encuentra íntimamente ligado con la integral reorganización del proceso educativo y así la solución, que en su caso se tomara, atañe a la reforma en otros aspectos de vital importancia, que de la misma manera preocupan a las facultades de derecho en Latinoamérica, a saber: reforma de los planes de estudio, de los programas de materias y de la metodología de la enseñanza.

No puedo extender esta consulta a aquellas importantes cuestiones. Sólo apunto por ahora que el control de los resultados escolares debe responder una secuencia lógica y pedagógica de los planes de estudios, a una adecuada modernización y graduación en los programas de materias y a métodos eficientes en la enseñanza del derecho.

Es el sistema de control de la enseñanza y del aprendizaje un elemento adjetivo y no sustantivo, un simple medio comprobatorio de la formación jurídica que va alcanzando por etapas sucesivas el alumno y por lo tanto, es fácil advertir la interna conexidad y la relación o concomitancia que se impone entre planes, programas, métodos y controles.

Apuntando lo anterior y como un necesario presupuesto, conviene ahora consultar algunos sistemas conocidos y vigentes en centros académicos con los que se ha sustituido o se ha intentado corregir las deficiencias del examen final:

a) Sistema de promedios. Este sistema presenta dos variantes:

Una denominada de promedio general, en que para la promoción del alumno, se suman las estimaciones o calificaciones de las asignaturas que forman el curso y el resultado se divide entre el número de ellas. Si el cociente es igual o superior a un determinado nivel mínimo, se produce la promoción del alumno.

La segunda variante consiste en que la promoción depende del promedio alcanzado en las materias que se consideran básicas o más importantes de cada grado (promedio de las materias básicas).

b) El tercer sistema (segundo en el orden de esta exposición) llamado de requisitos mínimos, va desde la sola exigencia de un número determinado previamente de asistencias a los cursos, hasta la demostración de ciertas habilidades del alumno, a fin de poner de manifiesto su dominio en el principio de que la enseñanza universitaria tiene por objeto el método de aprender, con preferencia el contenido de la materia.

c) Conocimiento de temas globales. En este sistema el alumno ha de desarrollar un tema que demuestre los conocimientos adquiridos en asuntos fundamentales de dos o tres materias correspondientes al grado que cursa. Se pretende con ello calificar la madurez del sustentante

y reducir el número de exámenes a que ha de ser sometido en cada curso.

Este sistema puede tener como complemento la concesión de ciertos créditos, si se ha cumplido con determinados requisitos (presentación de trabajos prácticos o de investigación, número de asistencias a las cátedras, etcétera).

Es el sistema que frecuentemente se usa en las facultades de derecho en Francia.

Su adopción requiere la constitución de grupos de profesores designados entre los docentes de las distintas materias que comprenderá la prueba, para formular los temas materias del examen y para calificar sus resultados.

d) Un cuarto sistema, en uso frecuente en las universidades norteamericanas, consiste en la preparación de una batería de pruebas pedagógicas, todas ellas escritas y que contienen un número más o menos amplio de preguntas que pueden ser contestadas rápidamente, brevemente, por el sustentante. Cada respuesta acertada tiene un determinado valor en puntuación. El cómputo de la puntuación debe ser superior al nivel mínimo, para que tenga lugar la promoción.

9. *Las pruebas parciales. La conveniencia de su implantación en nuestro medio escolar.* Si se toma en cuenta el factor de la sobrepoblación escolar y si se relaciona este factor con el método de aprendizaje de los alumnos, se consulta la conveniencia de establecer, distribuidas durante el año lectivo de una manera regular, varias pruebas parciales, cuyos resultados deberán tomarse en promedio con la calificación de un examen oral, general, que comprenda todos los temas del curso.

Los resultados de este examen oral no decidirían por sí solos acerca de la promoción, sino que se habría de tener en cuenta las calificaciones obtenidas en las pruebas parciales. Los alumnos que en las pruebas parciales alcanzaron un alto nivel de calificación previamente fijado por la facultad, podrán ser promovidos al curso superior, sin sustentar el examen oral.

En todo caso, para tener derecho a ser promovido con o sin examen oral, se requerirán dos requisitos: un mínimo de asistencias las cátedras (señalado previamente por la facultad) y la presentación de dos trabajos de investigación o de práctica durante el curso, aprobados por el docente con la debida anticipación al examen oral.

Las pruebas serán de práctica en las materias predominantemente técnicas de la enseñanza.

En este sistema propuesto, la prueba oral queda eliminada para los estudiantes de alta calificación.

Se sustituye su carácter de control único y definitivo y se le coloca como medio entre otros varios ya señalados, con los que se combinará, para controlar la formación de sólo un determinado número de alumnos (los de niveles medio e inferior).

Y se ofrece, como una oportunidad ulterior, funcionando en sus resultados, independiente de los otros medios de control propuestos, para aquellos alumnos que no han llenado los requisitos establecidos para ser promovidos por medio del sistema en su conjunto.

Quedará abolido el sistema de exámenes extraordinarios.

No está por demás señalar que conforme al sistema de consulta se establecerá una selección de los alumnos, claramente perceptible.

Se consulta a esta conferencia, la conveniencia de adoptar, como forma de pruebas parciales, el sistema de baterías de pruebas, que se conoce como *standard tests*.

CONCLUSIÓN

1. Suprimir el examen final como medio único de promoción del curso.

2. Establecer un sistema de control de rendimiento escolar, que comprenda:

a) Una serie de pruebas parciales, escritas distribuidas en periodos regulares y constantes (bimestrales, trimestrales, etcétera). Sus resultados se promediarán para calificar el rendimiento del alumno.

b) Una prueba oral general (versará sobre todos los temas del curso) a la que se someterán aquellos alumnos que no hayan alcanzado un alto nivel de calificación en las pruebas parciales. Los resultados de la prueba oral se promediarán con la calificación de las pruebas parciales sustentadas durante el curso.

3. Para tener derecho a la prueba (ya sea parcial escrita o general y oral) se exigirá:

a) Un nivel mínimo de asistencia al curso, fijado previamente por la facultad.

b) La presentación de dos trabajos escritos ya de investigación, ya de práctica (o de ambos en su caso) que señalará el docente. En las materias de índole práctica los trabajos podrán ser sustituidos por labores o trabajos de esa naturaleza.

4. Eximir de la prueba oral a los alumnos de un alto nivel de rendimiento en el aprendizaje. El nivel será fijado previamente por cada facultad.

5. Los alumnos que no reúnan los requisitos establecidos para sustentar las pruebas parciales, tendrán derecho a la prueba oral. De su resultado dependerá exclusivamente la promoción del alumno, sin tomar en consideración otro dato.

6. Se suprimirán los exámenes extraordinarios.

1. Nomenclatura.
2. El derecho romano.
3. Periodo intermedio.
4. Derecho canónico.
5. Derecho hispánico.
6. Antiguo derecho francés.
7. El Código Civil Napoleón.
8. Derecho civil mexicano.
9. El código chileno.
10. La doctrina en Alemania.
11. Doctrina italiana.
12. La promesa unilateral y la promesa bilateral.
13. El contrato preliminar y el definitivo.
14. Tesis de Chiovenda.
15. Opinión de Carnelutti.
16. El contenido del contrato preliminar.
17. La apertura de crédito en libros y el reporte.

EL CONTRATO DE PROMESA

SUMARIO: 1. Nomenclatura. 2. El derecho romano. 3. Periodo intermedio. 4. Derecho canónico. 5. Derecho hispánico. 6. Antiguo derecho francés. 7. El Código Civil Napoleón. 8. Derecho civil mexicano. 9. El código chileno. 10. La doctrina en Alemania. 11. Doctrina italiana. 12. La promesa unilateral y la promesa bilateral. 13. El contrato preliminar y el definitivo. 14. Tesis de Chiovenda. 15. Opinión de Carnelutti. 16. El contenido del contrato preliminar. Sus efectos. 17. La apertura de crédito en libros y el reporte.

1. *Nomenclatura*. Los estudiosos no han unificado su opinión acerca del nombre adecuado que corresponde a esta figura jurídica. Se le conoce bajo las siguientes designaciones: "pacto de *contrahendo*", "pacto de *inheundo*", "antecontrato" o "precontrato" (traduciendo literalmente del francés los vocablos *avant-contract*). En la doctrina italiana es frecuente la designación de "contrato preliminar" y, finalmente, en nuestro Código Civil se le llama "contrato preparatorio" o "promesa".

En el desarrollo de este trabajo se usarán indistintamente las voces "contrato preparatorio" y "promesa", tanto porque, como ya se dijo, así designa el Código Civil del Distrito y Territorios Federales al contrato por medio del cual las partes contraen la obligación de celebrar otro, en lo futuro, como porque las voces "contrato" o "precontrato" inducen a colocar a ese convenio en el periodo precontractual, con lo que se incurriría en una denominación que no concuerda con la naturaleza contractual que en nuestro derecho positivo presenta esta figura jurídica.

Por demás está decir que existiendo, como existen, varias denominaciones en idioma castellano para designar a la promesa, no se justificaría el uso de las designaciones latinas (pacto de *contrahendo* o pacto de *inheundo contrato*).

2. *El derecho romano*. En el derecho romano primitivo, los *nudos pactos*, como se sabe, en los que la declaración de voluntad de los autores del acto se emitía ausente de toda formalidad, carecían de fuerza obligatoria, cuando menos mientras no revestían las formalidades que establecía para cada caso el derecho civil. De la formalidad recibía el negocio la *causa civilis obligandi*. Es dudoso que antes de la República la promesa de contrato haya tenido fuerza obligatoria.

La Constitución Diecisiete de la Compilación de Justiniano, capítulo *De Fide Instrumentorum*, dispone que si las partes convienen en la venta y a la vez acuerdan redactar el contrato por escrito, la redacción de ese documento es requisito sin el cual el acto no producirá efecto alguno; pero si hubiese habido *arras*, el contratante que no cumpla lo prometido las perderá en favor de la otra parte, o tendrá derecho a reclamar del otro contratante lo doble del importe de las *arras*.

Este texto es confuso acerca de la naturaleza obligatoria de la promesa, que hasta entonces era sólo un *nudo pacto*. No obstante, no deja duda acerca de que en Roma y a partir de la República, era usual que las partes se comprometieran verbalmente a celebrar en lo futuro un contrato por escrito. Los estudiosos de estas cuestiones no aclaran cuáles eran los efectos que producía un pacto de esta naturaleza en el caso de incumplimiento de algunas de las partes.

3. *Periodo intermedio*. En el derecho intermedio, el problema de los efectos que produce el contrato de promesa se suscita no sólo respecto de la compraventa, sino de cualquiera otro contrato que las partes se propusieran celebrar en lo futuro. En ese periodo aparece la locución *pacto de contrahendo*.

Surgió también la cuestión, que ha llegado hasta nuestros días, acerca de si aun reconociendo validez al convenio de celebrar un contrato futuro, existe la posibilidad de exigir coactivamente el cumplimiento directo de tal obligación. En tanto que, apoyados en el principio *nemo potest praecise cogi ad factum*, algunos intérpretes opinaban que el incumplimiento de la promesa de contratar no es susceptible de ejecución en forma directa; por lo tanto, la parte que se niega a celebrar el contrato definitivo sólo queda obligada a reparar los daños que haya sufrido el otro contratante y a indemnizar a este último de la falta de ganancia derivada del incumplimiento de la obligación contraída. La opinión contraria se inclinó en el sentido de que el pacto de *contrahendo* es susceptible de ejecución forzada, en especie, es decir, que puede obtenerse coactivamente la celebración del contrato definitivo, como fue acordado por las partes.

4. *Derecho canónico*. En el derecho canónico, no se establecía claramente, en un principio, la distinción entre simple pacto y contrato propiamente dicho; aparece más tarde el concepto de *pactum geminatum*, que si bien daba origen a una obligación natural, era susceptible de convertirse en obligación civil, a través del *pactum constitutum*.

5. *Derecho hispánico*. Es interesante apuntar, por lo que se refiere al derecho hispánico, que el Ordenamiento de Alcalá,¹ consagra rotun-

¹ El Ordenamiento de Alcalá y la Novísima Recopilación, dispusieron: "pareciendo

damente el principio de que la fuerza obligatoria de los contratos nace del acuerdo de voluntades, y que las partes quedan obligadas como "parezca que quisieron obligarse". Por lo tanto, desde que tiene lugar el consentimiento, no se requieren otras formalidades para que el contrato adquiera fuerza obligatoria; vincula a las partes de la manera en que propusieron quedar vinculadas.

6. *Antiguo derecho francés.* En el derecho consuetudinario francés, la cuestión dividió las opiniones de los juristas.

Mientras por una parte se sostenía que el futuro comprador que había celebrado la promesa podía ofrecer el precio y obligar al otro promitente a la entrega de la cosa (*tiranquello*), por otra parte se afirmaba que el promitente quedaba sólo obligado al otorgamiento del contrato prometido (*dumulin*). Así aparece una distinción entre los contratos de promesa de venta y los contratos de venta. En los primeros, las partes no han querido quedar obligadas, sino al otorgamiento del contrato futuro de compraventa, en tanto que en el contrato de compraventa, el vendedor queda obligado a transmitir la propiedad y el comprador a pagar el precio de la cosa vendida.²

Manuel Borja Martínez, siguiendo a Giovanni Carrara³ nos informa que Molineo formuló una teoría que influyó en los autores del Código de Napoleón en el sentido de que "cuando todos los elementos sustanciales de la compraventa intervienen, el *pactum de vendendo* se convierte inmediatamente en venta y entonces no se tiene una promesa de venta, sino una verdadera venta".

7. *El Código Civil Napoleón.* El artículo 1589 del Código Civil francés dispone que "la promesa de venta equivale a venta cuando hay consentimiento recíproco de las dos partes sobre la cosa y sobre el precio".

Marcel Planiol enseña que la promesa de venta "es un contrato por medio del cual una persona se obliga a vender a otra una cosa, sin que ésta consienta inmediatamente en comprarla". Así, pues, este autor

que alguno se quiso obligar a otro por promisión o por algún contrato, o en otro manera, sea teniendo de cumplir aquello a que se obligó, y no puede poner excepción que no fue hecha estipulación, que quiere decir, prometimiento con cierta solemnidad de derecho, o que fue hecho el contrato u obligación entre ausentes o que no fue hecho a otra persona privada en nombre de otras entre ausentes, o que se obligó alguno, que daría a otro o haría alguna cosa; mandamos que todavía vale la dicha obligación i contrato que fuere hecho, en cualquier manera que uno se quiso obligar a otro".

La partida quinta, tit. XI, ley 2ª, define la "promisión como la oferta verbal o escrita que una persona hace a otra con intención de obligarse sobre una cosa determinada que le ha de dar o hacer", Rezzonico, Luis María, *Estudio de los contratos en nuestro derecho civil*, 2ª ed. Buenos Aires, Edición Depalma, 1958, t. I, p. 383.

² Alabiso, Aldo, *Il contratto preliminare*, Dott. H. A., Giuffrè Editore, Milano, 1966, p. 4.

³ Borja Martínez, Manuel, "El Contrato Preparatorio", *Jurídica*, Anuario de la Escuela de Derecho de la Universidad Iberoamericana, t. I, núm. 1, julio, 1966, p. 68.

enseña que la promesa de venta es un convenio esencialmente unilateral; porque si quien la hace otorgar consintiera inmediatamente en comprar, no habría promesa de venta sino una venta perfecta. Es, pues, un error en el que han incurrido todos los autores modernos: pensar que el artículo 1589 del Código Civil francés regula los efectos de la promesa sinalagmática de comprar y de vender. El Código Civil no ha podido prever sino las promesas unilaterales de venta.⁴

En la actualidad el problema se ha planteado, no sólo respecto de la promesa de venta, sino que se refiere a la celebración del contrato preparatorio o preliminar en relación con cualquier especie de contrato (compraventa, mutuo, comodato, arrendamiento, prestación de servicios, etcétera).

8. *Derecho civil mexicano.* El Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, abandonó la posición de los códigos civiles de 1870 y 1884, que se referían a la simple promesa de compraventa; reconoció fuerza obligatoria, en sus artículos 2243 y 2244, al contrato preparatorio, estableciendo que puede asumirse válidamente la obligación de celebrar un contrato futuro. Se sabe que el antecedente legislativo inmediato de nuestro Código Civil al respecto es el Código Federal suizo de las obligaciones (artículo 22).⁵

De acuerdo con el sistema adoptado por el Código Civil del Distrito y Territorios Federales conforme al cual la promesa bilateral de celebrar un contrato futuro es una figura jurídica autónoma, la doctrina mexicana se ocupa fundamentalmente del estudio de la naturaleza, estructura y efectos del contrato preparatorio.⁶

9. *El código chileno.* Particular interés ofrece la posición que adopta el Código Civil de la República de Chile, por cuanto, de acuerdo con el artículo 1554 de dicho Código, la promesa de contrato no pro-

⁴ Planiol, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, París, t. II, 9^{ème}. Edition, Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, 1923, núm. 1401, p. 473.

⁵ El artículo 1548 del Código Civil portugués de 1867 que se cita como antecedente del artículo 2243 del Código Civil, no alude al contrato preparatorio, o a la promesa de contrato (*in genere*) sino a la promesa de compraventa.

⁶ Consúltese Macedo, Pablo, "Los contratos preparatorios", *Revista general de derecho y jurisprudencia*, t. I, México, 1930, p. 35; Borja Soriano, Manuel, "Caracteres de la promesa de venta que la distinguen de la venta", *La Justicia*, núm. 81, México, marzo de 1937, p. 1778; *Apuntes de contratos*, Imprenta de Gutiérrez Eskildsen, t. VI, vol. primero, México, 1926, p. 113; Aguilar y Gutiérrez, Antonio, "El contrato preparatorio o la promesa de contrato", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, año I, núm. 2, pp. 53 y 55; Lozano Noriega, Francisco, *Apuntes de contratos*, ed. de la Asociación Nacional del Notario, p. 71; García López, Agustín, *Apuntes de contratos*, p. 40; Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano*; Durán Castro, Edmundo, *El pre-contrato*, Editorial Cajica, Puebla, 1963; Borja Martínez, Manuel, "El Contrato Preparatorio", *Jurídica*, Anuario de la Escuela de Derecho de la Universidad Iberoamericana, t. I, núm. 1, julio, 1969, pp. 65 y ss.

ducirá obligación alguna si no reúne los siguientes requisitos: a) redacción por escrito, b) licitud del contrato prometido, c) fijación del plazo o condición para la celebración del contrato definitivo, y d) que para la perfección de este último, sólo falten la tradición de la cosa o las solemnidades que las leyes prescriban.

El objeto directo de la promesa de celebrar un contrato es una obligación de hacer, que, de acuerdo con el artículo 1553 del propio Código Civil, es susceptible, en caso de mora del deudor, de cualquiera de las siguientes formas coactivas, a elección del acreedor, junto con la indemnización de la mora: a) la ejecución forzada directa, b) la ejecución de la promesa por un tercero a costa del deudor, y c) la indemnización compensatoria por la falta de celebración del contrato definitivo.

Este sistema legislativo, de acuerdo con los artículos 1553 y 1554, se inclina por negar validez a las promesas unilaterales y por considerar que las promesas sinalagmáticas celebradas por escrito dan nacimiento a una obligación de hacer, coercible en forma directa si se ha fijado un plazo o condición para la celebración del contrato prometido. En el Código una promesa de contrato, ya se refiera a un negocio simplemente obligatorio o translativo de dominio, es un acto jurídico plenamente eficaz, para cuya perfección sólo se requiere la tradición de la cosa o el cumplimiento de las solemnidades propias del contrato definitivo.

En ese cuerpo de leyes encontramos que el contrato preliminar es un negocio jurídico en vía de perfeccionamiento, en el que, si se ha prometido la celebración de un contrato, y la promesa reúne todos los requisitos mencionados en el artículo 1554 citado, el acreedor podrá hacerse entregar coactivamente la cosa objeto del negocio celebrado o si la obligación es de hacer el demandante podrá obtener que un tercero, a costa del obligado, preste el servicio prometido.

Alessandri Rodríguez, citado por Luis María Rezzonico⁷ al comentar el artículo 1554 dice que el origen del precepto del Código Civil chileno es desconocido.

10. *La doctrina en Alemania.* La doctrina alemana, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, ha llevado al cabo fructuosas investigaciones sobre el contrato preliminar. En efecto, según informa Alabiso, el vocablo *vorvertrag* (antecontrato), fue empleado por Thöl en el año de 1854. Göppert hace notar la importancia que tiene este con-

⁷ *Estudio de los contratos en nuestro derecho civil*, 2ª ed. Buenos Aires, Editorial Depalma, 1958, t. 1, p. 583, nota núm. 4.

trato vinculatorio por sí mismo y pone de relieve la utilidad de su función auxiliar.⁸

Debemos a Degenkolb⁹ la penetrante distinción entre aquellos negocios jurídicos en que ambas partes declaran una voluntad o un querer de ejecución actual, de otros negocios en que las partes declaran una voluntad para ser ejecutada en lo futuro. Al distinguir tan claramente esos dos diversos contenidos de la voluntad declarada por las partes, Degenkolb señaló definitivamente el camino para encontrar solución y poner orden y claridad en la confusión que se originó en aquel fragmento del Código de Justiniano.

Degenkolb demostró que el acuerdo de voluntades de las partes, para celebrar un contrato futuro, crea un vínculo obligatorio entre los propios otorgantes, cuyo objeto es crear una obligación de hacer (la celebración del contrato definitivo), en tanto que el contrato definitivo puede tener por objeto obligaciones de dar, de hacer o de no hacer.

El problema se presentaba ahora en el momento de la ejecución coactiva, para determinar si el vínculo obligatorio permite la ejecución forzada en especie o si el incumplimiento de la obligación contraída por las partes, da lugar únicamente al pago de daños y perjuicios.

11. *Doctrina italiana.* En Italia, la opinión de Degenkolb fue difundida por Leonardo Coviello,¹⁰ quien postuló la autonomía del contrato preliminar con efectos obligatorios, para las partes, de concluir el contrato definitivo. En el aspecto legislativo, el proyecto Pisanelli estatuye que la promesa de venta no transfiere la propiedad y que su incumplimiento sólo da lugar a la obligación de resarcimiento de daños e indemnización de perjuicios.

En ese proyecto quedaba resuelta la cuestión de los riesgos de la cosa prometida en venta y los efectos simplemente reparatorios de los daños y los perjuicios a que daba lugar la celebración de la promesa de compraventa.

Aunque el Código Civil italiano de 1865 no reprodujo el artículo 1859 del Código Civil francés, la doctrina estuvo influida por la opinión de los primeros comentaristas del Código de Napoleón, en el sentido de que la promesa de venta equivale a la venta.

La jurisprudencia italiana, más tarde, establece que:

El elemento que distingue al contrato preliminar de otros contratos definitivos, reside en la voluntad de los contratantes, la cual en el contrato definitivo se dirige de manera directa e inmediata a la transmisión de la propiedad o de otros derechos, al paso que

⁸ Alabiso, Aldo, *Il contratto preliminare*, Milano, Dott, A., Giuffrè-Editore, 1966, p. 6.

⁹ *Idem*, p. 7.

¹⁰ *Dei contratti preliminare nil diritto moderno italiano*, 1896.

en el contrato preliminar esa transmisión se hace depender de una nueva posterior declaración de voluntad, que los contratantes mismos se obligan a prestar en lo futuro.¹¹

Actualmente, la doctrina considera al contratante preliminar como entidad distinta, aunque conexas con el contrato definitivo.¹²

Otra parte de la doctrina sostiene que el contrato definitivo es sólo un efecto del preliminar.¹³

Y un eminente autor¹⁴ sostiene que el preliminar y el definitivo son etapas en la formación sucesiva de un solo negocio jurídico. Más adelante volveré sobre esta opinión de Carnelutti.

12. *La promesa unilateral y la promesa bilateral.* La promesa puede ser unilateral, es decir, puede consistir en la oferta o policitud previa a la celebración de un contrato o puede nacer de un acuerdo de voluntades (dos o más) por virtud del cual las partes convienen entre sí en celebrar en lo futuro un contrato. Si la obligación de celebrar el futuro contrato es asumida por una sola de las partes contratantes, el contrato es unilateral. Será bilateral si las obligaciones de contratar para lo futuro son recíprocas.

En las ofertas de objetos en determinado precio hechas al público, el policitante se obliga a mantener su ofrecimiento (artículo 1860 del Código Civil). En la misma manera el que por anuncios de ofrecimiento hechos al público se comprometa en favor de quien llene determinada condición o desempeñe cierto servicio (oferta con promesa de recompensa) contrae la obligación de cumplir lo prometido (artículo 1861 del Código Civil). En los concursos con oferta de recompensa el oferente se obliga a pagar la recompensa prometida (artículos 1866 y 1867 del Código Civil).

En la estipulación a favor de tercero, la declaración unilateral de voluntad presenta un aspecto complejo, porque esa declaración, con fuerza vinculatoria, nace de un acuerdo de voluntades: el consentimiento de las partes signatarias del contrato en el cual el estipulante y el promitente convienen en que este último quedará obligado en favor de un tercero. Dentro del ámbito del contrato, la voluntad de las partes se funde en una sola declaración, que se proyecta unida fuera del ámbito del contrato y se dirige hacia el tercero a quien corresponde la aceptación o rechazo de esa estipulación, en la que

¹¹ Alabiso, Aldo, *op. cit.*, p. 48.

¹² Messineo, Francisco, *Contratto preliminare*, vol. xv, Milán, 1962, p. 166; Cariota Ferrara, Luigi, *El negocio jurídico*, trad. de Manuel Albaladejo, Madrid, Aguilar, 1956, p. 231; Santoro-Passarelli, F., *Dottrina generale del diritto civile*, Nápoles, 1954, p. 195.

¹³ Montesano, *Il contratto preliminare, e sentenza costitutiva*, 1953; Satta, Salvatore *L'escusione forzata*, Torino, 1952.

¹⁴ Carnelutti, Francisco, *Teoría general del derecho*, versión castellana de Francisco Javier Osset, núm. 189, p. 458.

han convenido previamente el estipulante y el promitente (artículos 1868 a 1872 del Código Civil).

Estas anotaciones sobre la policitud u oferta de contratar y la promesa unilateral como fuente especial de obligaciones, tienen por objeto establecer la distinción entre la forma de obligarse y la promesa que nace del contrato preliminar, en el cual, por definición, se ha formado convencionalmente, por acuerdo de voluntades, mediante el intercambio de declaraciones recíprocas, por virtud del cual los otorgantes de la promesa asumen la obligación de celebrar entre sí un contrato futuro.

En este respecto, Antonio Aguilar Gutiérrez¹⁵ se expresa así:

El criterio de distinción que nos ofrece Alguer, eliminando las confusiones en atención a la falta —en las figuras con las cuales se pretende confundir a la promesa— de alguno de los dos elementos característicos del contrato preliminar como son: a) el ser un contrato, y b) el tener por objeto la conclusión de un contrato futuro... En efecto, no pueden confundirse con el contrato preparatorio, por no ser contratos la oferta o policitud; la declaración unilateral de la voluntad y los actos preparatorios. No podrán confundirse tampoco el contrato preliminar a pesar de ser contratos, debido a que el contenido de estos no implica una obligación de contratar en lo futuro aquellos contratos con los cuales se ha querido confundirse: el contrato a plazo (téngase en cuenta, al respecto, la objeción formulada por la Escuela Negativa); el contrato condicional y otros.

El contrato preparatorio se distingue de los tratos previos que normalmente anteceden a la celebración de un contrato, tendientes a lograr el acuerdo de voluntades entre las partes, mediante las discusiones de las cláusulas que ha de contener el contrato. Las discusiones previas a la redacción del clausulado del contrato no tienen por sí mismas fuerza vinculatoria. Podrían tal vez dar lugar al resarcimiento de daños, si uno de los interesados, sin causa justificada, rompiera las pláticas, con daño del otro futuro contratante (*culpa in contrahendo*).

13. *El contrato preliminar y el definitivo.* En la problemática del contrato de promesa, se ha discutido en la doctrina si dicho contrato es una figura autónoma frente al contrato definitivo, o si por lo contrario, la promesa no es sino un momento inicial de la formación sucesiva de un solo negocio, del cual el contrato preliminar sería sólo una primera fase del acto que se iría formando en varias etapas hasta su conclusión en el contrato definitivo. Como una variante de esta opinión, se ha considerado al contrato definitivo como el efecto o la consecuencia de la promesa. Dentro de esta corriente de opinión des-

¹⁵ "El contrato preparatorio o la promesa de contrato", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado*, año 1, núm. 2, mayo-agosto de 1948, p. 58.

taca la posición de Demogue para quien "el contrato preliminar es sólo una fase en la realización de un solo contrato; aquél es un contrato incompleto, imperfecto".¹⁶

En la doctrina italiana, Francisco Messineo sostiene que la promesa:

Es uno de los aspectos de la formación progresiva del contrato; o mejor, de la producción progresiva de los efectos contractuales, en cuanto como consecuencia del preliminar, los efectos normales no se producen todos inmediatamente, en razón de que tal es la intención de las partes. Sólo surge un efecto, esencialmente formal e instrumental: la obligación que asumen las partes de estipular entre sí un futuro contrato.¹⁷

Por lo contrario, para Degenkolb¹⁸ el contrato preliminar, aunque carezca de coercibilidad en forma específica, se basta a sí mismo como figura contractual perfecta, porque reúne todos los elementos de existencia de un contrato, a saber: el consentimiento de los otorgantes para suscribir el contrato definitivo, y el objeto físico y jurídicamente posible: el futuro contrato que las partes se proponen celebrar.

De la misma opinión que Degenkolb son, en Francia L. Boyer, en Italia L. Coviello.¹⁹ La dogmática mexicana, como ya se dijo sostiene la autonomía del contrato de promesa.

14. *Tesis de Chiovenda.* Es particularmente interesante la opinión de Chiovenda, en lo que se refiere a la naturaleza del contrato preliminar, porque el eminente procesalista realiza un examen de la cuestión a la vez, desde el punto de vista de la relación contractual y de la sentencia que se pronuncie en el caso de inejecución del contrato preliminar por negativa de una de las partes. Para este autor.²⁰

...importa sobre todo que la cuestión se plantee bien. Lo que se pide al juez, en este caso, no es ya que él quiera en vez del incumplimiento y que concurra a construir en su lugar el contrato definitivo... Tal concepción ultraprivadística del proceso y de la sentencia está bien distante de la moderna ciencia procesal; es precisamente mérito de ésta el haber eliminado tales conceptos de la doctrina. No se trata de constituir con la sentencia el contrato definitivo; se trata de prescindir de él. La sentencia no será constitutiva porque constituye directamente el derecho al que se tiende, por ejemplo la propiedad.

Y más adelante agrega el mismo autor:

¹⁶ *Traité des obligations en générale*, t. II, p. 3.

¹⁷ Messineo, Francisco, *Contrato preliminare*, *Digesto italiano*, voz *C. preliminare*, Milán, 1962; *ibid.*, "Contrato preliminare", *Enciclopedia de diritto*, vol. xv, Milán, 1962, p. 166.

¹⁸ Citado por Aldo Alabiso, *Il contratto preliminare*, Milán, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1966.

¹⁹ Citado por Alabiso, *op. cit.*, p. 13.

²⁰ *De la acción nacida del contrato preliminar*, *Ensayos de derecho procesal civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía., Editores, 1949, t. I, p. 213.

Lejos de querer, en representación del obligado, el estado en el proceso, quiere por cuenta propia y a despecho de aquél, y *sustituye* la actividad ajena sólo en el sentido de que obtiene con la actividad propia resultados económicos y jurídicos que por lo regular habrían podido obtenerse con la actividad del obligado.

En opinión de Chiovenda, la promesa de contratar produce el efecto, en el caso de incumplimiento de la misma y a través de la ejecución forzada, de que el juez que condena al promitente incumplido a otorgar el contrato (obligación de hacer) puede válidamente suscribir el contrato definitivo en sustitución de la parte que se niega a otorgarlo. Por lo tanto, el incumplimiento de la promesa no tiene por efecto solamente el pago de daños y perjuicios (como ocurre en nuestro derecho positivo, respecto de la violación de la promesa de matrimonio), sino a la ejecución forzada, en forma directa, de la obligación de hacer, que contiene la promesa según lo que dispone el artículo 2247 de nuestro Código Civil; si el promitente rehúsa firmar los documentos necesarios para dar forma legal al contrato concertado, en su rebeldía los firmará el juez, salvo el caso de que la cosa ofrecida haya pasado por título oneroso a la propiedad de tercero de buena fe, pues entonces la promesa quedará sin efecto, siendo responsable, el que la hace, de todos los daños y perjuicios que haya originado a la otra parte.

En el mismo sentido, la fracción III del artículo 517 del Código del Procedimientos Civiles, prescribe:

Si el hecho consiste en el otorgamiento de algún instrumento o la celebración de un acto jurídico, el juez lo ejecutará por el obligado, expresándose en el documento que se otorgó en rebeldía.

Conviene citar la disposición contenida en el artículo 2932 del Código Civil italiano de 1942, en el que se percibe la influencia de la opinión de Chiovenda:

Artículo 2932. Ejecución específica de la obligación de concluir un contrato. Si aquel que se ha obligado a concluir un contrato, no cumple lo prometido, la otra parte, siempre que sea posible y no quede excluido del título, puede obtener una sentencia que produzca los efectos del contrato no concluido.

Si se trata de contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad de una cosa determinada o la constitución o la transmisión de otro derecho, la demanda no puede ser acogida si el demandante no exhibe la prestación que le compete o no ofrece cumplirla legalmente, a menos que tal prestación no sea aún exigible.

En la tesis de Chiovenda el derecho de los otorgantes del contrato preparatorio a la ejecución de la promesa, surge de una secuencia en la que el contrato preliminar tiene como función constituir el funda-

Lejos de querer, en representación del obligado, el estado en el proceso, quiere por cuenta propia y a despecho de aquél, y *sustituye* la actividad ajena sólo en el sentido de que obtiene con la actividad propia resultados económicos y jurídicos que por lo regular habrían podido obtenerse con la actividad del obligado.

En opinión de Chiovenda, la promesa de contratar produce el efecto, en el caso de incumplimiento de la misma y a través de la ejecución forzada, de que el juez que condena al promitente incumplido a otorgar el contrato (obligación de hacer) puede válidamente suscribir el contrato definitivo en sustitución de la parte que se niega a otorgarlo. Por lo tanto, el incumplimiento de la promesa no tiene por efecto solamente el pago de daños y perjuicios (como ocurre en nuestro derecho positivo, respecto de la violación de la promesa de matrimonio), sino a la ejecución forzada, en forma directa, de la obligación de hacer, que contiene la promesa según lo que dispone el artículo 2247 de nuestro Código Civil; si el promitente rehúsa firmar los documentos necesarios para dar forma legal al contrato concertado, en su rebeldía los firmará el juez, salvo el caso de que la cosa ofrecida haya pasado por título oneroso a la propiedad de tercero de buena fe, pues entonces la promesa quedará sin efecto, siendo responsable, el que la hace, de todos los daños y perjuicios que haya originado a la otra parte.

En el mismo sentido, la fracción III del artículo 517 del Código del Procedimientos Civiles, prescribe:

Si el hecho consiste en el otorgamiento de algún instrumento o la celebración de un acto jurídico, el juez lo ejecutará por el obligado, expresándose en el documento que se otorgó en rebeldía.

Conviene citar la disposición contenida en el artículo 2932 del Código Civil italiano de 1942, en el que se percibe la influencia de la opinión de Chiovenda:

Artículo 2932. Ejecución específica de la obligación de concluir un contrato. Si aquel que se ha obligado a concluir un contrato, no cumple lo prometido, la otra parte, siempre que sea posible y no quede excluido del título, puede obtener una sentencia que produzca los efectos del contrato no concluido.

Si se trata de contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad de una cosa determinada o la constitución o la transmisión de otro derecho, la demanda no puede ser acogida si el demandante no exhibe la prestación que le compete o no ofrece cumplirla legalmente, a menos que tal prestación no sea aún exigible.

En la tesis de Chiovenda el derecho de los otorgantes del contrato preparatorio a la ejecución de la promesa, surge de una secuencia en la que el contrato preliminar tiene como función constituir el funda-

mento de la sentencia constitutiva del derecho al otorgamiento del contrato definitivo. De manera que la naturaleza del contrato preliminar y los efectos del mismo se explican, en opinión de Chiovenda, por la congruente relación o interdependencia de actos en que se combina el derecho sustantivo (contrato preliminar) y el derecho procesal (acción, proceso, sentencia constitutiva) constituyendo así, propiamente, la fuente u origen de donde surge como acto debido el contrato definitivo.

Independientemente de que la explicación de Chiovenda pueda ser discutida, es oportuno hacer notar que tanto Degenkolb como Chiovenda, y más adelante Carnelutti, llegan por distintos caminos a señalar la naturaleza instrumental del contrato preliminar. Recordemos, de paso, que la construcción conceptual de los derechos potestativos, dentro de los cuales colocó Chiovenda al derecho de la acción procesal, tiene como antecedentes la opinión de Degenkolb expuesta en *La coacción en el contradictorio y naturaleza de la norma contenida en la sentencia*, en la que la acción aparece como un derecho abstracto de obrar (instrumental) independiente de la existencia del derecho sustancial, cuyo reconocimiento o constitución las partes pretenden obtener por medio de la sentencia.

15. *Opinión de Carnelutti.* Carnelutti, por su parte, considera que por lo que se refiere a la promesa de contrato, en relación con el contrato definitivo, nos encontramos en presencia de la formación progresiva de lo que él denomina acto continuado.

Este autor observa que en el acto continuado la unidad del fin reclama el concepto de continuación, como ocurre en la sucesión progresiva de los actos del procedimiento, en el que dicha unidad de fin estaría representada por la sentencia.

Declara Carnelutti que la idea del acto continuado, de la misma manera que la de acto cumulativo y del acto concurrente, ha sido trasladado por él a la teoría general del acto jurídico, tomándola del campo del derecho penal y espera que, como ocurrió en el derecho penal, haya de dar útiles resultados.

Veamos cómo explica Carnelutti la identidad del concepto de acto continuado, en el derecho penal y en la teoría general del derecho:

Basta por lo demás, el espontáneo acercamiento del acto ilícito al acto debido, para demostrar que esta figura no es propiamente exclusiva del delito; así como el hurto continuado podría decirse que es un hurto a plazos ¿por qué no habría de ser el pago a plazos un pago continuado?

Y agrega en seguida:

Los expertos en negocios saben que algo análogo sucede, y es natural que así suceda, también en materia de contrato, a propósito del cual se habla hace ya tiempo de su formación progresiva. Pensemos, entre otros casos, en la combinación del contrato definitivo con el contrato preliminar, o del contrato interpretativo con el contrato interpretado. Todos estos casos, lo que son de continuación que por pertenecer los actos sucesivos a la misma especie, se puede llamar homogénea.²¹

En la opinión de Carnelutti, como puede observarse, la promesa de contrato, que como acto jurídico continúa en su realización en el contrato definitivo, se combina con este último para alcanzar un fin común a través del cual ambos negocios jurídicos se encuentran íntimamente ligados.

El concepto de negocios conexos o negocios combinados no es nuevo, era conocido desde el derecho romano bajo la forma de los pactos adjectos (*pacta adjecta*) o de la carga modal. Pero se debe a recientes investigaciones el mejor conocimiento de estas combinaciones de negocios, que se manifiestan en el mundo moderno bajo los más variados aspectos.

Además de las observaciones de varias declaraciones de voluntad producidas en un solo negocio, se presentan combinaciones de varios negocios jurídicos (en ellos)... o en una pluralidad de negocios, de los cuales ninguno es perfecto ni productivo de efectos por sí mismo, con independencia de los otros; antes bien, los efectos de esos varios negocios se coordinan, para el cumplimiento de una función fundamental. La relevancia de la combinación de varios negocios, se pone de manifiesto cuando la suerte de uno de ellos se liga en alguna manera, con la existencia o la vida de otro negocio o de otros negocios. El nexo entre todos ellos permite que los elementos de existencia, los requisitos de validez, la eficacia o la ejecución de los negocios con los que se comunica, de la misma manera que el contenido de uno se encuentra determinado por el contenido del otro...

Pueden distinguirse varias especies de negocios accesorios: los negocios preparatorios, los interpretativos, los complementarios y los auxiliares.²²

La opinión de Carnelutti se aparta enteramente de la posición de Chiovenda y niega que la sentencia que se pronuncia en el juicio en que una de las partes demanda de la otra la ejecución de lo prometido en el contrato preliminar, constituye por sí el derecho, pues al comentar el artículo 2932 del Código Civil italiano afirma que la sentencia cuya naturaleza es declarativa y no constitutiva, sólo produce el efecto de hacer definitivas o mejor, de atribuir certeza jurídica a

²¹ Carnelutti, Francisco, *Teoría general del derecho*, versión castellana por Francisco Javier Osset, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, núm. 189, p. 458.

²² Santoro-Passarelli, Francisco, *Dottrine generali del diritto civile*, quinta edición, Nápoli, 1957, p. 195.

las relaciones de derecho que ya existían antes de la sentencia y que se originaron del contrato preliminar, el cual permanece disciplinado al contrato definitivo.²³

16. *El contenido del contrato preliminar. Sus efectos.* De las opiniones expuestas, podemos desprender algunos datos que nos permitan deslindar los conceptos de contenido, objeto y efectos de la promesa bilateral de contrato.

Tomemos como punto de partida la definición que de la promesa de contrato ofrece el artículo 2243 del Código Civil, como aquel acuerdo de voluntades por virtud del cual los otorgantes asumen la obligación de celebrar un contrato futuro. De acuerdo con este concepto, la promesa está constituida por dos declaraciones de voluntad recepticias, en virtud de las cuales cada una de las partes contratantes, de manera recíproca, ofrece y acepta celebrar en lo futuro el contrato definitivo.

En este sentido, los otorgantes del contrato preliminar, actuando dentro del campo de la autonomía privada por propia voluntad, se colocan en un estado de sujeción frente al otro contratante.

La creación de este estado de sujeción en que se encuentran colocadas las partes, agota enteramente el efecto propio del contrato preliminar. Quiero decir que, como consecuencia del consentimiento de las partes, se colocan los otorgantes en una situación jurídica en que han autolimitado, por libre y espontánea decisión, su voluntad jurídica, y el efecto del contrato es haber creado ese vínculo o autolimitación de la voluntad.²⁴

No es exacto, por lo tanto, como ha venido afirmando la doctrina, que los efectos de la promesa quedan diferidos. Los efectos del contrato preliminar se cumplen y se agotan inmediatamente: perfeccionada la promesa surge el vínculo jurídico que asegura a las partes la celebración del contrato definitivo.

Ésta es la característica específica de la promesa de contrato, que la distingue de las otras especies de contratos: dar lugar a la modifica-

²³ Carnelutti, Francisco, *Sistema*, t. 1, p. 54, e *Instituciones del proceso civil italiano*, Padova, 1956, p. 35.

²⁴ "Es aun porque se trata propiamente de una imputación de efectos contractuales, porque debe asegurarse a la otra parte, que se quiere concluir tal contrato, precisamente la situación jurídica contractual, por lo que no queda sino considerar al sujeto en estado su sujeción respecto al precepto mismo de la autonomía privada; es decir, se asume la responsabilidad por la ejecución específica de la obligación de contratar que se convierte, señaladamente en autorresponsabilidad", Carusi, Franco, "In tema di contratto preliminare e sentenza costitutiva", *Rivista di diritto civile*, Anno 1, núm. 4, Padova, 1955, p. 875.

ción de la situación jurídica en que se encuentran las partes antes de la celebración del contrato preliminar y después de la celebración de dicho contrato. Se trata de efectos exclusivamente jurídicos, conceptuales.

El contrato definitivo no forma parte del vínculo obligacional; queda fuera de él el contenido de la voluntad de las partes, se agota en la promesa de celebrarlo, es el objeto indirecto de la obligación contraída, en tanto que el objeto directo es simplemente el propósito de las partes de contraer la obligación de su otorgamiento. El contrato preliminar no tiene una función económica, como apunta claramente Felipe Clemente de Diego,²⁵ en igual sentido Borja Jiménez.²⁶ El objeto del contrato preliminar presenta una naturaleza compleja en cuanto, por una parte, de manera concreta, las partes se obligan a emitir dentro de un cierto plazo fijado por acuerdo de ambas (artículo 2246 del Código Civil) una segunda declaración de voluntad, que habrá de constituir en el contrato definitivo y por la otra la promesa presenta un aspecto abstracto o normativo en cuanto contiene un conjunto de reglas o disposiciones contractuales previamente fijadas por las partes, conforme a las cuales ha de quedar configurado, en sus elementos básicos, el contrato definitivo. De allí que la promesa de contratar para ser válida aparte de constar por escrito, debe contener los elementos característicos del contrato definitivo y limitarse a cierto tiempo (artículo 2246 del Código Civil).

En cuanto los otorgantes quedan obligados a la celebración del contrato definitivo, y esta obligación, cualquiera que sea la naturaleza de este contrato, siempre será una obligación de hacer (artículo 2245 del Código Civil), la distinción entre el primero y el segundo contrato que puede contener obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, (aunque generalmente el objeto del contrato definitivo es dar nacimiento a una obligación de dar) permite establecer esa relación de conexidad o combinación de negocios que explican y fundamentan recíprocamente al contrato definitivo y al contrato preparatorio y que constituyen aquella unidad de los actos combinados a que se refería Carnelutti y la existencia del elemento aglutinante entre ambos contratos constituido por la unidad de fin.

Pero también existe unidad en el principio u origen de ese acto continuado, cuya fuente original se encuentra en la voluntad de las partes que otorgan la promesa; en la voluntad también encontramos dos momentos, representados por las dos declaraciones sucesivas, la

²⁵ *Instituciones de derecho civil español*, Madrid, 1959, t. II, p. 146.

²⁶ *Op. cit.*, p. 74.

que se contiene en el contrato preliminar, que es una promesa de *futuris* y la que se contiene en el otorgamiento del contrato definitivo que es también una promesa de ejecutar la obligación que es objeto del contrato definitivo, pero aquí se trata de una promesa de *presentis*, en la que las partes han asumido la obligación de cumplir la prestación que han prometido realizar en dos etapas, por decirlo así.

Los efectos del contrato preliminar se agotan en el intercambio de declaraciones. El contrato definitivo no es efecto del contrato preliminar, es el objeto de éste, o más claramente el motivo determinante de las declaraciones de los promitentes.

En la teoría de la causa, entendida como motivo o fin del contrato preliminar, se puede ver con mayor claridad: *a)* la distinción entre las declaraciones de voluntad y el objeto del contrato preliminar y del contrato definitivo, *b)* el nexo de correspondencia entre uno y otro contrato, *c)* la unidad de fin de carácter económico o patrimonial que presiguen las partes con la celebración sucesiva de ambos contratos, *d)* el contenido normativo del contrato preliminar distinto del contenido económico del contrato definitivo, *e)* la naturaleza instrumental o normativa del primero de dichos contratos y el contenido económico del contrato definitivo.

17. *La apertura de crédito en libros y el reporto.* Tomemos dos ejemplos bancarios que pueden ilustrar la exposición anterior: la apertura de crédito y el reporto.

Mediante la apertura de crédito el banco acreditante asume la obligación de poner a disposición del acreditado ciertas sumas de dinero, que este último deberá restituir al banco dentro de un cierto plazo. El artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito define así la apertura de crédito:

En virtud de la apertura de crédito, el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado o a contraer por cuenta de éste una obligación para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos y condiciones convenidos quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones y gastos y comisiones que se estipulen.

Muchas veces, tanto los comerciantes como quienes no lo son, saben que van a necesitar dinero pero no saben cuándo ni cuánto necesitarán. La obtención de un préstamo en estas condiciones es desventajoso para ellos, pues si se calcula por lo bajo no será satisfecha la necesidad de dinero y si se calcula con exceso el prestatario estará obligado a abonar unos intereses que no tendrán justificación. Para eludir estos incon-

venientes, las personas que necesitan de dinero acuden a los bancos como negociantes de crédito y en vez de concertar un préstamo concertan una apertura de crédito, es decir, un contrato cuyo objeto no va a ser el dinero, sino el crédito mismo como bien económico.²⁷

Propiamente, en el contrato de apertura de crédito el banco acreditante simplemente asume la obligación de prestar más tarde al acreditado, cuando éste lo solicite, una suma de dinero. El objeto de este contrato no es el crédito, como lo afirman Garrigues y Bauche, como antes digo, sino la vinculación, el compromiso jurídico del banco (promesa de *futuris*) de celebrar uno o varios contratos de préstamo bancario con el acreditado. Es un acto continuado que se inicia con el otorgamiento del contrato de apertura de crédito, y que concluye con la restitución a la institución acreditante de las sumas de dinero, de las que el acreditado ha dispuesto, más el pago de los intereses estipulados.²⁸

En otro contrato bancario, el reporto, que ha sido considerado como un contrato bursátil, el reportador, mediante el pago de una suma de dinero al reportado, adquiere la propiedad de títulos de crédito y se obliga a transferir a este último la propiedad de otros tantos títulos de la misma especie en el plazo convenido, contra el reembolso del mismo precio más un premio (artículo 259 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito).

El contrato de reporto aparece bajo el aspecto de operación de mutuo con garantía de valores, un verdadero contrato de venta de género con pacto de retroventa.

El reportado, que de acuerdo con el artículo 259 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito transfiere al reportador la propiedad de los títulos, y éste se obliga a su vez a reventar, a quien le ha transmitido dicha propiedad, títulos de las mismas características y por el mismo valor de aquellos que ha recibido en reporto.²⁹

En mi concepto, el pacto que contiene esta obligación bancaria y la naturaleza del mismo quedan explicados claramente a través del

²⁷ Bauche Garcíaadiego, Mario, *Operaciones bancarias*, Editorial Porrúa, 1967, p. 246. p. 224.

²⁸ En contra Sergio Sotgia, *Appunti per un curso di diritto bancario*, Padova, 1944, p. 188, siguiendo la opinión de Greco, dice: "La doctrina concluye por lo tanto que el contrato de apertura de crédito es un contrato definitivo y autónomo, de contenido complejo y, según la opinión de algunos autores, un verdadero contrato de préstamo sin desembolso inmediato de capital."

²⁹ Véanse, Cervantes Ahumada, Raúl, *Títulos y operaciones de crédito*, México, 1961, p. 224.

contrato preliminar de promesa, que es como ya se ha dicho, un acto continuado, normativo, por sí mismo vinculatorio y que es la *causa obligandi* del contrato o los contratos definitivos que celebrarán en lo futuro las partes.

1. Preliminar.
2. El resarcimiento.
3. Las vicisitudes de la culpa.
4. El hecho lícito dañoso.
5. Las cosas peligrosas.
6. La reparación de daños en el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales.
7. Los daños y perjuicios. Bases para cuantificarlos.
8. El riesgo creado.
9. Los accidentes de circulación.
10. El seguro de responsabilidad civil.

RESPONSABILIDAD, SEGURO Y SOLIDARIDAD SOCIAL EN LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS

SUMARIO: 1. Preliminar. 2. El resarcimiento de daños. 3. Las vicisitudes de la culpa. 4. El hecho lícito dañoso. 5. Las cosas peligrosas. 6. La reparación de daños en el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales. 7. Los daños y perjuicios. Bases para cuantificarlos. 8. El riesgo creado. 9. Los accidentes de la circulación. 10. El seguro de responsabilidad civil.

1. *Preliminar.* El tema propuesto sugiere que sea considerado y desarrollado desde el punto de vista de la influencia de la responsabilidad civil sobre el contrato de seguro de daños y cómo este contrato a su vez ha influido en la transformación de la responsabilidad civil. Por otra parte, el tema apunta en su enunciación cómo, a través de los seguros obligatorios de reparación del daño, ha encontrado en la solidaridad social una más segura satisfacción de la víctima.

En esta transformación de la responsabilidad civil, como instrumento jurídico puesto al servicio de la reparación de las lesiones injustamente sufridas, se percibe una clara trayectoria de la obligación de reparar el daño que sufre la víctima, como efecto de la violación del principio *neminem laedere* y que aparece como una sanción; después, se presenta como el instrumento técnico por medio del cual la víctima logra desplazar, al patrimonio de otra persona, la lesión que ha sufrido y, finalmente, la responsabilidad civil tiende a convertirse en una protección social, garantizada por el seguro.

Ahora bien, para que la víctima pueda lograr tales finalidades, es necesario que exista un fundamento jurídico por razón del cual una persona o un grupo de personas deben soportar el daño que ha sufrido un tercero.

Tradicionalmente el autor del daño injustamente causado es quien ha debido soportar las consecuencias de la acción pasiva. Hasta épocas relativamente recientes, el problema de la responsabilidad civil se cifraba en la indagación de la persona que había causado el daño, para imponer a su cargo la obligación de repararlo.

Pero a partir del momento en que en el derecho civil apareció el concepto de riesgo creado, como fuente de la obligación de reparar el daño, la responsabilidad civil dejó de ser necesariamente la conse-

cuencia de un hecho ilícito; el daño debe ser reparado porque la víctima tiene derecho a ser indemnizada.

La responsabilidad civil ha dejado de ser una sanción para convertirse en una medida compensatoria del daño sufrido. El concepto de responsabilidad civil, fundado en la culpa, a través de diversas épocas, en la doctrina y en la jurisprudencia, ha tenido que ampliarse cada vez más y más, para fundar la obligación de reparar el daño causado por terceros, o los daños causados por los animales que se encuentran bajo nuestra guarda, o bien, mediante el artificio de la culpa presunta, que ha sido fecundo en los casos de responsabilidad por el uso de cosas peligrosas o por las cosas inanimadas, hasta llegar a la responsabilidad que no se funda en culpa, tal como ocurre en la teoría del riesgo creado. La responsabilidad civil no sólo se ha transformado, sino que ha sufrido una verdadera deformación.

El profesor George Ripert, en presencia de esta radical transformación, ha podido escribir: "Cuando todos los espíritus estén convencidos de que no hay nada en común entre la idea de responsabilidad fundada en la culpa y la idea de reparación fundada en el riesgo, una gran claridad habrá penetrado en el derecho civil".¹

Somos responsables no en cuanto somos culpables del daño, sino en cuanto estamos obligados a repararlo. Frente a un cierto daño, lo importante es saber si hay una persona que deba reparar el perjuicio. En este sentido, se ha dicho que la responsabilidad civil ha hecho de la reparación del daño un sistema de protección tendiente a lograr que la víctima de un evento dañoso, en una sociedad altamente mecanizada, no deba ser quien sufra las consecuencias del daño o cuando menos que no sea la víctima quien soporte tales consecuencias en su integridad, aunque en la producción del daño no haya intervenido culpa, ni haya sido producido por una conducta ilícita.²

2. *El resarcimiento de daños.* La obligación de reparar un daño en el derecho romano aparece unida a la noción de injuria: la lesión que se infiere a otro, sin ningún derecho.

¹ Prefacio al *Traité de responsabilité civile en droit français*, de René Savatier, p. XII.

² Ripert G. y Boulanger J., *Tratado de derecho civil*, según el *Tratado de derecho civil* de Planiol, versión española de Delia García Daireux, Buenos Aires, 1955, t. v, p. 43: "Como la acción de responsabilidad tiene por objeto la reparación del daño causado, se ha tomado el hábito de llamar acciones de responsabilidad a todas aquellas que tienden a la reparación de un daño, cualquiera que sea la causa de la obligación de reparación; se dice, por ejemplo, que el patrono es responsable de los accidentes ocurridos a sus obreros. Esa calificación no es exacta, pero es difícil corregir una terminología corriente. La legislación moderna ha multiplicado las reglas sobre la reparación de los daños. Debe verse en ellas, aplicaciones parciales de la teoría del riesgo. No hay en ello una extensión de la responsabilidad civil, sino una reparación fundada en una cosa distinta de la culpa. Una persona no es responsable, sino cuando incurre en culpa, pero puede serle impuesta por la ley la obligación legal de reparar ciertos daños."

El método casuístico, esencialmente analítico, del pretor y de los juristas romanos, no permitió una elaboración doctrinal en forma sistemática y es así porque la ley Aquilia (486 a.C.) concedió la acción de reparación de daños sólo en el caso de ciertos delitos particularmente determinados y siempre que la lesión sufrida por la víctima hubiera sido *injuria datum*.³

Los beneficios de la *actio legis Aquiliae* poco a poco se fueron concediendo no sólo al propietario sino al poseedor de buena fe, al acreedor pignoraticio, al usufructuario y también al arrendatario, aunque quedó siempre excluido del ejercicio de la acción el comodatario. Importa señalar que desde esa remota época —merced a la labor del pretor y a la introducción de la acción de dolo— se inicia un proceso evolutivo no interrumpido hasta nuestros días, que presenta una clara tendencia a incluir paulatinamente en las acciones resarcitorias un número cada vez mayor de casos en los cuales los daños no deben ser soportados por la víctima.

Apunta ya, sin embargo, en el derecho pretorio, una distinción de ciertas acciones delictuosas, en las que el autor del daño debe cubrir lo doble o lo triple del daño causado, según que la víctima ejercite la acción dentro de un año o después de ese plazo. En este segundo caso, la *actio rei persecutio* no tiene carácter punitivo, sino simplemente indemnizatorio por el importe de los daños efectivamente sufridos.⁴

Esta trayectoria, en opinión de un ilustre romanista,⁵ relativa a las acciones de reparación de los daños, se detuvo en la compilación justiniana. No comparto esta opinión, cuando menos no en el sentido en que lo expresa Biondi. Los esfuerzos por conceder a la víctima una satisfacción equitativa y justa en un número cada vez mayor de hipótesis de daño, no se ha detenido; ha seguido en constante evolución después de Justiniano; pero siguió desarrollándose por otros diferentes caminos por efecto de la influencia, sin duda decisiva, que en el derecho intermedio ejercieron los comentaristas de la obra de Justiniano y más tarde los canonistas, al introducir los conceptos de culpa

³ *Quod non jure factum est, hoc est, contra jus, id est si culpa quis occiderit*. Digesto 9. 2. 5. párrafo 1, (Ulp).

⁴ Sohm, Rodolfo, *Instituciones de derecho romano, historia y sistemas*, traducción de Wenceslao Roces, México, 1951, p. 388. Cfr. también J. Ortolán, *Legislation romaine, III, Explication historique des instituts de Justinien*, Douzième édition, con adiciones de J. E. Labbé, París, 1883, párrafo 1777, p. 447, quien en relación con los textos del Digesto "Vel criminaliter agere, vel civiliter", dice: La acción de injurias de la que aquí tratamos, es una acción privada para obtener contra el delincuente una condena pecuniaria. La misma Ley Cornelia en sus disposiciones relativas a las injurias daba nacimiento a una acción semejante, es decir, a una acción privada (Digesto 47. 10. 5. párrafos 6 y 7. Digesto 3. 3. 42. párrafo 1.).

⁵ Biondi, Biondo, *Istituzioni di diritto romano*, tercera edición, Milán, 1956, p. 514.

y de dolo, con un contenido moral: la conducta reprochable del agente que incurría en un error al obrar, ya sea por negligencia o ya sea por malicia.

Desde entonces vamos a encontrar el fundamento de la responsabilidad en la idea de culpa, y esta idea, que en el derecho romano sólo había significado la conducta dañosa no autorizada por el derecho *quod non jure fit*, a partir de los canonistas adquiere otra connotación: ya no es necesario que exista la violación de un texto legal expreso para que el acto dañoso comprometa la responsabilidad de su autor; en adelante, es suficiente que el daño haya sido causado por simple inadvertencia, por imprudencia (culpa) o malicia (dolo) de la persona responsable. La conducta del autor del daño tendrá que ser apreciada a través de un juicio de valor que habrá de formular el juez, sobre la conducta realizada para concluir si el daño es la consecuencia de que el agente violó al actuar el deber de conducirse con el cuidado la previsión y la pericia de un hombre prudente y diligente.⁶

Así, la obligación de reparar el daño causado deriva de la responsabilidad (civil o penal) y ésta a su vez surge de culpa o dolo; es la consecuencia de la violación de un deber general de prudencia y diligencia que se impone, como principio, desde el punto de vista moral y jurídico, para obligar al autor del daño a repararlo.⁷

⁶ Ripert y Boulanger dicen: "La influencia del derecho canónico, que nos parece indudable, no ha sido estudiada suficientemente. Los canonistas, naturalmente, debían concentrar su examen sobre la gravedad de la falta cometida. El que obra con dolo o malicia es culpable sin que haya necesidad de un texto formal que prohíba el acto... La responsabilidad legal no es sino el reflejo jurídico de la responsabilidad moral. El autor debe reparar el daño causado y la idea de reparación es claramente una idea moral", *Tratado de derecho civil*, según el *Tratado de Derecho Civil* de Planiol, cit. t. v, p. 17. El Canon 2195 dispone: "Bajo el nombre de delito se entiende el derecho eclesiástico, la violación externa y moralmente imputable a una ley que lleve añaña una sanción canónica." La imputabilidad del acto delictivo puede proceder del dolo o de la culpa; es decir, de la *deliberata voluntas violandi legem* o de la *ignorantia legis violata u omissio debite diligentie*. Vicenzo, Giudice del, *Nociones de derecho canónico*, Pamplona, 1953, p. 31. Tres son los elementos constitutivos del delito, por derecho eclesiástico: a) violación externa de una ley, b) que la violación sea moralmente imputable, y c) que la ley lleve añaña una sanción canónica, por lo menos indeterminada... B. Elemento subjuntivo... De la violación del orden jurídico social tiene que responder el delincuente, ante Dios y ante la Iglesia, pues el orden social no es un orden disgregado del orden moral, sino una parte de él. De aquí que no pueda haber violación imputable del orden social o sea delito, si no hay a la vez, violación del orden moral, o sea pecado, *Código de derecho canónico*, traducido y comentado por los doctores Lorenzo de Miguelez Domínguez, Sabino Alonso Morán O.P. y Marcelino Cabreros de Anta CMF, Madrid, 1954, pp. 785 y 786.

⁷ "El deber de no dañar a otro", es el título de uno de los capítulos de la obra de Ripert, *La regla moral en las obligaciones civiles*, 3ª ed. p. 210; que es la misma idea postulada por otros autores (Josserand, *Cours II*, núm. 426; *Lalou responsabilité civile*, núm. 394) que ven en la culpa la lesión de un derecho de otro. Sevatiér René, *op. cit.*, t. 1, nota 2, p. 8, y más adelante: "¿Cómo reconocer una responsabilidad a cargo de alguien que actúa

Domat (en el siglo xvii) logró expresar estas ideas en una fórmula sintética, que recogería después Pothier y se vería reproducida más tarde en el artículo 1382 del Código Civil francés de 1804: "Todo hecho del hombre que cause un daño a otro, obliga a aquel por cuya culpa ha ocurrido, a repararlo."

3. *Las vicisitudes de la culpa.* Y así, el principio rector de la obligación de reparar un daño causado se hizo descansar en la culpa del agente. La influencia decisiva que ejerció el principio: "No hay responsabilidad sin culpa", explica por qué en la legislación, en la jurisprudencia y en la doctrina del siglo xix, la víctima sólo podía obtener la reparación si podía probar que la conducta lesiva era imputable a quien por esa única razón quedaba obligado a reparar el daño. Deberían entonces quedar sin posibilidades de indemnización las víctimas de los daños producidos por los menores de edad y los incapacitados y por las cosas animadas o inanimadas; pero sabemos que si bien esta excluyente de responsabilidad es la lógica aplicación del principio de la culpa (a los incapaces y a las cosas no se las puede imputar culpa de ninguna especie) no ha ocurrido así en las legislaciones, aun en algunas que han seguido de cerca el Código Civil francés.

La admirable labor de la jurisprudencia francesa y de la doctrina, para ofrecer el fundamento racional de la obligación de reparar, en el caso de los daños causados por "el hecho de las cosas", sin contrariar la teoría tradicional, así como la labor de interpretación y aplicación de la culpa *in vigilando* en la guarda de las cosas, ponen en claro de qué manera la obligación de reparar estaba indisolublemente unida a la noción de culpa.

Al mismo tiempo que esa labor luchó con denuedo por mantener la integridad del binomio culpa-reparación del daño, opuso una firme resistencia a las teorías que preconizaban la responsabilidad sin culpa (Saleilles y Josserand) y para ello recurrió a dos sistemas: a) invirtiendo la carga de la prueba a fin de que sea el demandado quien demuestre que el daño se produjo sin culpa de su parte, y b) objetivando la noción de culpa o estableciendo una presunción *juris et de jure* de la conducta culposa, en contra de quien ha producido un daño.⁸

de acuerdo con un precepto? (se refiere al abuso de un derecho) ¿no excluye este texto la idea de culpa en el caso de daños causados por el agente cuya conducta no es violatoria del precepto? Para responder, en nuestra opinión debemos insistir en que la culpa no consiste solamente en la violación de un deber legal, sino también en la de un deber moral. El problema se presenta en un conflicto entre el texto invocado y la moral, fuente de responsabilidad civil", *ibid*, p. 53.

⁸ Aguilar Díaz, José de, *Tratado de responsabilidad civil*, trad. de José Agustín Moyano e Ignacio Moyano, México-Lima-Buenos Aires, Editorial José Cajica, 1967, t. 1, p. 61.

La obligación de reparar un daño nació en Roma de la injuria (*damnum injuria datum*), por lo tanto, desde sus orígenes, el resarcimiento tuvo un carácter penal.

El gran error y la grave omisión de la teoría moderna del derecho civil consisten precisamente en que, aunque asistiendo a la obra de distinción entre el delito y la reparación, liberando a esta idea de las restricciones objetivas de la ley Aquilia —obra realizada por las codificaciones europeas y en particular por el Código Civil francés— pensaba poder mantener ese punto de vista ingenuo y anticuado, según el cual no se podía encontrar el fundamento en la responsabilidad civil sino en el delito y que por lo tanto siempre que se confiriese una responsabilidad sin delito, convendría de cualquier forma imaginarlo.⁹

La ley francesa de nueve de abril de mil ochocientos noventa y ocho, que estableció a cargo del patrón la obligación de reparar los daños que sufrieran los obreros en el trabajo, segregó del campo del derecho civil materia tan importante como es la de los riesgos profesionales. La promulgación de esta ley revela hasta qué punto la responsabilidad civil continuaba aún sometida al concepto de "injuria", en la cual no se podía concebir siquiera la posibilidad de una condena de reparación de un daño causado, sin la concurrencia de conducta ilícita en el agente.

4. *El hecho lícito dañoso.* Desde fines del siglo XIX, la culpa ha tenido que ir cediendo terreno frente a la necesidad de restablecer un desequilibrio del orden jurídico y económico que produce la realización de un daño, respecto del cual no se pueda hallar a un culpable, porque la causa eficiente permanece indiferenciada y se presenta en forma de un riesgo.¹⁰ La función de la culpa en ninguna manera desaparece; queda confinada a su campo propio de actuación: la conducta humana.¹¹

En la figura que presenta la doctrina como abuso de los derechos (ejemplo de responsabilidad sin ilícito) es oportuno observar que los señores Mazeaud se preguntan:

Cuando una persona abusa de sus derechos: ¿es responsable? La respuesta debe ser hallada en la simple definición de la culpa: todo aquel que no se conduce como debería conducirse, como un individuo prudente, incurre en culpa y compromete su responsabilidad, sin importar que el daño haya sido causado en ejercicio de un derecho o fuera del ejercicio de un derecho. Pero esta opinión no es universalmente admitida.¹²

⁹ Marton, G., *Les fondaments de la responsabilité civile*, París, núm. 58, p. 151.

¹⁰ Josserand, *op. cit.*, t. II, vol. 1, núm. 426, p. 308: "Toda la teoría de la responsabilidad civil no es más que una vasta empresa de derechos opuestos, en incesante conflicto y que importa mantener en su lugar, confinar, comprimir, en su expansión."

¹¹ "Jamás he dicho que ya no haya responsabilidad subjetiva. Conserva todo el dominio del delito civil", Saleilles Raymond, citado por José de Aguilar Díaz, *op. cit.*, t. I, p. 77.

¹² Mazeud, Henri et Leon y Jean, *Leçons de droit civil*, París, Éditions Montchrestien, 1950, t. II, núm. 455, p. 390.

En la teoría del abuso de los derechos se ha puesto de relieve que la obligación de reparar no se encuentra siempre unida a una falta de prudencia, de atención o de cuidado y que el resarcimiento de los daños causados por un acto en sí mismo lícito, no es una medida represiva que se imponga al autor del daño. En el caso de los daños provenientes del abuso de los derechos, se ha tratado de explicar la obligación de reparar, partiendo de la idea de que el ejercicio del derecho no debe ser contrario a la función social y económica que en un determinado sistema jurídico corresponde al derecho que se ejercita, y que por lo tanto, cuando se causa un daño al ejercer un derecho en contra de dicha función, hay obligación de repararlo.¹³

Este razonamiento concuerda con la idea de que los derechos subjetivos no se conciben con total independencia de los que corresponden a los demás y de que todos ellos se encuentran en armónica correspondencia (evocando la concepción kantiana) con los que a su vez se han otorgado o reconocido a los demás. En ese sentido se habla de "situaciones jurídicas subjetivas" en lugar de "derechos subjetivos".¹⁴

En el caso de daño por las cosas inanimadas, la responsabilidad imputada al propietario tendría su origen en la situación jurídica que guarda el propietario, en relación con la cosa que origina el daño. Allí se ha pretendido ver cierta semejanza con las obligaciones *propter rem*; aunque por la diferente naturaleza que existe entre los conceptos de responsabilidad y de obligación, surgen serias dudas acerca de si el abandono de la cosa puede relevar al propietario, poseedor o detentador, de la obligación de resarcir los daños por la cosa misma.¹⁵

13 "El concepto de responsabilidad, como sanción de la norma, ha sido insuficiente frente a disposiciones positivas y mayormente frente al progreso de la técnica que ha multiplicado y despersonalizado las causas generadoras de daños resarcibles, en las cuales la imputación del perjuicio a determinado sujeto no deriva de la conducta que ha observado, que por otra parte no es lo que ha producido el daño, sino una relación jurídica o una situación de hecho en que se encuentra la persona o la cosa que ha causado el daño. Aquí falta una conducta del sujeto a la que pueda llamarse ilícita... En otros casos de responsabilidad... el daño resarcible ha sido causado por un acto específico del sujeto llamado a responder; pero en ello se manifiesta claramente la imposibilidad de reducir todo caso de daño resarcible al principio de la represión establecida por el ordenamiento, de una conducta contraria al derecho". Tucci, Giuseppe, "La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile", *Rivista di diritto civile*, anno xii, núm. 3, Maggio Giugno, Padova, 1967, p. 233.

14 "Debe hacerse notar la importancia que, según la más reciente tendencia, ha venido adquiriendo el concepto de situación jurídica subjetiva sobre el concepto tradicional de derecho subjetivo (de manera concomitante, si se quiere, con la creciente consideración del interés general y de la colectividad a expensas del derecho subjetivo, en su acepción rigurosa", Renato Scognamiglio, "In tema di risarcibilità di danni derivante da lesione di interessi legittimi da parte della pubblica amministrazione", *Rivista di diritto civile*, Anno xi, 1965, parte prima, p. 58.

15 En sentido negativo, véase Castro Estrada, José, "La responsabilidad objetiva y las

5. *Las cosas peligrosas*. Cuando el daño se causa a otro por el uso de cosas peligrosas, o porque sin que la cosa pueda ser considerada en sí misma peligrosa, su funcionamiento crea una situación de peligro, ¿podemos hablar propiamente de responsabilidad?

Para responder a esta pregunta, debemos apuntar una distinción clara y precisa entre la responsabilidad personal (que se funda en un error de conducta) y la responsabilidad patrimonial (garantía del cumplimiento de las obligaciones). La primera acepción corresponde a la tradicional noción de responsabilidad en el sentido subjetivo, en ella, la culpa, la imputabilidad y el nexo de causalidad entre la conducta observada y el daño causado, son elementos esenciales para fundar una condena de reparación del daño.

La responsabilidad patrimonial en cambio, se refiere a la ejecución o cumplimiento de una obligación (contractual o extracontractual). Los acreedores encuentran, en el patrimonio del deudor, una adecuada garantía del cumplimiento de la obligación, según el principio general que se enuncia diciendo "el deudor responde con todos sus bienes (salvo los que son intransferibles e inembargables) del cumplimiento de las obligaciones que ha contraído".¹⁶

En este sentido, como responsabilidad patrimonial, adquiere una clara connotación la responsabilidad objetiva, entendida como la ga-

obligaciones reales", en *Estudios jurídicos*, que en homenaje a Manuel Borja Soriano presenta la Universidad Iberoamericana, México, Editorial Porrúa, 1969, pp. 255 y ss.

¹⁶ "...nosotros creemos que el método dualista de análisis de la obligación, nos permite confirmar el adecuado fundamento de la distinción propuesto por Toulier. En efecto, la responsabilidad, en tanto sanción, del deber que yace en el seno de la obligación puede comprometer a una persona —el deudor mismo y a sus fiadores— sea directa o exclusivamente a una cosa o conjunto de bienes independientemente de quien sea propietario de ellos. En el primer caso, estamos en presencia de una responsabilidad personal; en el segundo, frente a una obligación propiamente real. Comparato, Fabio Konder, *Essai d'analyse dualité de l'obligation en Droit Prive*, Dalloz, París, 1964, páginas 51 y 52. C.T. Nuti, Giuseppe Atilio. La reacción legal preventiva del incumplimiento, queda comprendida en la noción general de garantía. La tutela de la ley, de acuerdo con esta función, tiende a evitar asegurando la ejecución forzada para obtener la prestación debida, que pueda tener lugar la responsabilidad personal del deudor por el incumplimiento o si bien tiende a garantizar, asegurando la posibilidad de la responsabilidad patrimonial, que llegado el caso de incumplimiento, se conserven los bienes del deudor, para hacer factible la expropiación forzada, para satisfacer el interés del acreedor al resarcimiento del daño. Las medidas para lograr el cumplimiento de la obligación primaria asumen las más diversas formas: mediante la estipulación de cláusulas que tienden a reforzar la obligación y cuando la prestación debida es fungible, por medio de la asunción por terceros (fianza, aval) de la obligación específica de garantía o en general a través de la potestad procesal dirigida a la conservación de los bienes destinados al objeto de la prestación (secuestro judicial) o bien por medio de la coacción psíquica que se manifiesta en el derecho de retención", *La garanzia a la responsabilità patrimoniale*, Milán, 1954, p. 34.

rantía con la que cuenta la víctima del daño para obtener el resarcimiento.¹⁷

6. *La reparación de daños en el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales.*¹⁸ El capítulo v del título primero, libro cuarto, primera parte, del Código Civil lleva por rubro "De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos". No obstante, la lectura de los preceptos que integran el capítulo lleva a la conclusión de que en él queda comprendida también la obligación de reparar el daño, aunque éste no haya sido causado por un hecho ilícito.

La responsabilidad civil, de acuerdo con el sistema del Código Civil, puede nacer de un acto ilícito o de un hecho lícito dañoso.

La responsabilidad por culpa (responsabilidad subjetiva) ha quedado establecida en los siguientes casos: *a*) por hechos propios del autor del daño: cuando se causa un daño a otro, obrando sin derecho o contra las buenas costumbres (artículo 1915), el agente del daño incurre en responsabilidad civil aunque sea un incapaz (artículo 1911); *b*) en el abuso de los derechos, cuando se ejerce un derecho con el solo propósito de causar daño, sin utilidad para el titular del derecho (artículo 1912); *c*) en la obligación de reparar los daños causados por terceros que se encuentran bajo nuestra dirección, potestad o vigilancia, como ocurre respecto de los ascendientes y tutores de menores o incapacitados (artículos 1919, 1920 y 1921), de los maestros, artesanos, patronos y dueños de establecimientos fabriles o comerciales y los dueños de hoteles y casas de hospedaje, por los daños que causen sus operarios, obreros y dependientes en el ejercicio de sus funciones (artículos 1923, 1924 y 1925); *d*) los dueños de animales, que deben reparar los daños que causen estos (artículo 1929). En los casos marcados con las letras *c*) y *d*), la responsabilidad se funda en la culpa *in vigilando*; en tanto que en la hipótesis marcada con la letra *b*) la responsabilidad proviene de dolo.

¹⁷ "Se debería convenir en la admisibilidad de una categoría general de ilícito que se identifica por la causación de un daño injusto (noción a su vez genérica) y desde el punto de vista formal, para deducir de allí la obligación de resarcir. Si de allí se pasa a considerar el carácter de sanción de la obligación de resarcir, se manifiestan serias dudas para aceptar aquel concepto. Basta referirse a que tal obligación se mide por su contenido y finalidad que tiende a reponer a la víctima, en cuanto sea posible en el estado *quo ante* y no simplemente —como debería ser— a culpar a quien ha cometido el ilícito", Renato Scognamiglio, "In tema di Risarcibilità di danni derivante da lesione di interessi legittimi da parte della pubblica amministrazione", *Rivista di diritto civile*, anno xi, núm. 1, Gennaio-Febbraio, Padova, 1965, p. 57.

¹⁸ El Código Civil del Distrito y Territorios Federales fue promulgado por decreto de 30 de agosto de 1928 y sus disposiciones entraron en vigor el día primero de octubre de 1932. La mayor parte de los estados de la Federación ha puesto en vigor en sus respectivos territorios una legislación civil local, que reproduce sustancialmente el Código Civil del Distrito Federal.

La responsabilidad sin culpa (responsabilidad objetiva) está prevista en los siguientes casos: *a*) por el uso de cosas peligrosas (artículo 1913); *b*) por la ruina de un edificio (artículo 1931); *c*) por las cosas inanimadas (artículo 1932), y *d*) por los daños que causen las cosas que se arrojen o cayeren de una casa, los cuales daños deben ser reparados por el jefe de la familia que en ella habita (artículo 1933).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación reiteradamente ha resuelto que, conforme con el sistema establecido por el Código Civil, la obligación de reparar no procede exclusivamente de la culpa: "según el Código Civil en vigor, no es necesario invocar el principio de culpa, para que el propietario de un vehículo sea responsable del uso indebido que haya hecho de él un empleado suyo, porque los mencionados artículos 1932 fracción iv y 1913, establecen el daño objetivo, a cargo de quienes son propietarios o usan mecanismos peligrosos".¹⁹

En esta ejecutoria, la Sala Civil de la Suprema Corte de Justicia de la Nación establece que el dueño de un automóvil que, conducido por uno de sus empleados, cause daños a un tercero, está obligado a repararlos, aunque el evento dañoso ocurra fuera de las horas de trabajo, y a pesar de que quien lo conducía no se encuentre en ese momento en ejercicio de su encargo.

En otra ejecutoria, la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido el criterio de que el propietario de una embarcación no es responsable de los daños que ésta haya causado a otra por abordaje, si fue arrastrada por vientos impetuosos o huracanes y por la fuerza de la corriente.²⁰

La causa eficiente del daño es el caso fortuito o la fuerza mayor, que, actuando sobre la embarcación, han sido la causa del daño y no propiamente la embarcación que fue impelida por aquellas fuerzas desatadas.

En otra ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se define, con toda precisión, que la causa del daño debe provenir u originarse en la cosa misma:

El precepto (artículo 1913 del Código Civil) debe entenderse en el sentido de que el daño es causado por el mecanismo, de una manera que permita establecer una relación de causalidad entre el funcionamiento y el daño; por lo que para fincar la responsabilidad, es necesario demostrar que el accidente se produjo precisamente por el funcionamiento del mecanismo...²¹

¹⁹ *Semanario Judicial de la Federación*, amparo directo 4475/60, Quejosa Gabina Córdoba, Informe del C. presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1962, p. 76.

²⁰ Amparo directo 2787/56, Petróleos Mexicanos, *Semanario Judicial de la Federación*, sexta época, vol. III, Cuarta parte, p. 105.

²¹ Amparo directo 4544/60, Martín Gavica Garduño, resuelto el 8 de septiembre de 1967.

En caso de que el funcionamiento de la máquina concorra con otras causas tales como el caso fortuito, la fuerza mayor, o la culpa excusable de la víctima, la responsabilidad del dueño se verá comprometida frente a aquélla, siempre que la fuerza generada por la misma máquina haya contribuido en alguna manera a la producción del daño.

Así, el artículo 1913 dispone que la persona que al servirse de cosas peligrosas, "aunque no obre ilícitamente", cause un daño a otro, está obligada a la reparación. De la misma manera incurre en responsabilidad civil el propietario de cosas que, aunque no entrañan por sí mismas peligro alguno, cause algún daño; por ejemplo, el producido por una maquinaria, por su peso o movimiento, de la inflamación de sustancias explosivas, del humo producido por la combustión, de la emisión de gases nocivos o emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes, de los depósitos de agua que humedezcan la pared del vecino o derramen sobre la propiedad de éste, de la caída de árboles, etcétera (artículo 1932).

En el caso de daños causados por el uso de cosas peligrosas (artículo 1913), el autor del daño responde de la reparación de los causados aun por caso fortuito, o por culpa de la víctima. El dueño sólo se libera de la obligación de reparar el daño "si demuestra que éste se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima".²²

7. *Los daños y perjuicios. Bases para cuantificarlos.* Se entiende por daño (*damnum emergens*) la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación (artículo 2108) y se reputa perjuicio (*lucrum cessans*) la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación (artículo 2109).²³

La reparación del daño debe consistir en el restablecimiento de la situación anterior a él o, cuando ello sea imposible, en el pago de daños y perjuicios (artículo 1915, primer párrafo).

Informe del presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1967, tercera sala, p. 44.

²² El título ix del libro cuarto del Código Civil italiano de 30 de mayo de 1942, que se refiere a la obligación de resarcir los daños y a la responsabilidad civil en general, lleva por título "Dei Fatti Illeciti", y el Código Civil portugués de 25 de noviembre de 1966, libro II, Derecho das obrigações, título I, sección V, Responsabilidade civil, subsección I, se denomina "Responsabilidade por factos ilícitos", dentro del cual queda comprendida la responsabilidad por daños causados por edificios u otras obras (artículo 492) derivada de daños causados por vehículos (artículos 503 y 506) y la que se origina de daños causados por instalaciones de energía eléctrica o gas (artículo 509), en los cuales casos sólo desaparece la responsabilidad si el daño se ha originado de una fuerza mayor o causa extraña al funcionamiento del vehículo o al empleo de la cosa (artículos 505 y 509).

²³ Por interpretación extensiva, ambos conceptos alusivos a la responsabilidad contractual (incumplimiento de las obligaciones voluntariamente contraídas) son aplicables a la responsabilidad que nace sin obligación preexistente.

En los casos en que por la naturaleza del daño no sea posible el restablecimiento de la situación anterior, el pago por equivalente (indemnización compensatoria) debe ser suficiente para compensar a la víctima del daño sufrido y para restablecer en lo posible²⁴ el equilibrio jurídico y económico destruido por el daño.

Cuando el daño es de naturaleza material y se produce sobre las cosas, su evaluación suele no presentar grande dificultad.

Cuando el hecho lesivo produce la muerte o causa lesiones a una persona, la cuantificación de la indemnización presenta mayores dificultades. Sin duda, en este caso, es mayor la exigencia de que la indemnización se determine en una suma de dinero adecuada.²⁵

Y es precisamente en este aspecto (responsabilidad por muerte o lesiones causadas a una persona) en el que, en la legislación mexicana, mediante una reforma poco afortunada, introducida en el artículo 1915,²⁶ se hace punto menos que nugatoria la responsabilidad civil por daños corporales a terceros, al haber quedado limitada la cuantía de la indemnización por daños corporales. Se desvirtuó así en su esencia misma y en sus efectos la responsabilidad, porque en esos casos la víctima no logra obtener una suma de dinero efectivamente compensatoria del daño, porque el citado precepto legal, para cuantificar la reparación, remite al sistema tabulado de indemnización que para los casos de riesgos profesionales establece la Ley Federal del Trabajo. De esta manera, los reformadores incurren en un lamentable error, aplicando igual tratamiento a dos eventos dañosos producidos en situaciones jurídicas distintas, a saber: el riesgo profesional que deriva de la relación de trabajo (riesgo profesional) y el daño corporal causado a una persona, sin que preexista entre el actor y la víctima relación contractual de ninguna naturaleza (responsabilidad objetiva).

De acuerdo con el sistema introducido por medio de la reforma al citado precepto legal, las indemnizaciones por daños corporales se cuantifican:

²⁴ Mazcaud, Henri et Leon y Jean, *Leçons de droit civil*, cit. t. II, p. 565.

²⁵ "Se debe, pues, procurar a la víctima la compensación de pérdidas o reducciones de salario o de ganancias que ha sufrido y que sufrirá en lo porvenir, como consecuencia de la disminución de su capacidad de trabajo. Esta pérdida debe ser cuantificada lo más concretamente y lo más exactamente posible, tomando en cuenta la profesión actual de la víctima, las previsiones normales que se pueden hacer para el futuro y, en ciertos accidentes graves, las posibilidades de recuperación. La única excepción al principio de la indemnización integral sería sólo un tope (*plafonnement*) a los ingresos tomados en consideración: aquellos que disponen de ingresos excepcionalmente elevados deben tomar por sí mismos las medidas de previsión que les aseguren el ingreso (*maintien*) integral en el evento de un accidente", André Tunc, "Pour une loi de sécurité routière", *Revue de droit contemporain*, año 13, núm. 1/1966, Bruselas, p. 74.

²⁶ Decreto de 30 de diciembre de 1939.

a) En el caso de que el daño haya causado la muerte a una persona, el responsable deberá pagar a sus deudos setecientos sesenta días de salario que percibía la víctima, más la indemnización que le corresponde recibir durante el tiempo que permanezca incapacitado (artículo 296 y 298 de la Ley Federal del Trabajo).

b) Si la incapacidad producida por el hecho dañoso es permanente y total, la responsabilidad civil se cifra en el pago del importe de mil noventa y dos días de salario que percibía la víctima (artículos 288 y 301 de la Ley Federal del Trabajo).

c) Si la incapacidad es permanente y parcial, el artículo 327 de la Ley Federal del Trabajo establece que la indemnización se fijará en un por ciento que se calculará sobre el importe de mil noventa y dos días de salario (por cierto que se halla establecido en una tabla y que varía según el órgano o miembro corporal de la víctima permanentemente afectado por el hecho dañoso) (artículo 302 de la Ley Federal del Trabajo).

d) Si la incapacidad es temporal (artículo 303 de la Ley Federal del Trabajo), la responsabilidad a cargo del autor del daño se cubre mediante el pago íntegro del salario de la víctima, durante el tiempo que dure la incapacidad.

Desde otro punto de vista, la reforma al artículo 1915 del Código Civil tampoco acertó porque señala la cantidad de veinticinco pesos diarios, como cifra máxima que se toma en cuenta para cuantificar la indemnización. El excedente de esta suma no se tomará en cuenta para llevar al cabo ese cálculo.

En cambio, si la víctima no percibía ingreso alguno, el pago deberá hacerse tomando como base el salario mínimo que se haya fijado para la región.²⁷

8. *El riesgo creado.* La obligación de reparar el daño causado por el uso de las cosas peligrosas y por el que producen las cosas inanimadas, se funda en la llamada responsabilidad objetiva y junto a esos casos encontramos que se conoce como riesgo creado. Esta especie de responsabilidad objetiva presenta como característica, que la situación de peligro que se crea no puede ser evitada, es inexcusable desde el punto de vista social y económico.

²⁷ En la actualidad, el salario mínimo en el Distrito Federal es veintiocho pesos cincuenta centavos, que permite a la víctima de un daño corporal, que no perciba ingresos, reclamar una indemnización superior a quien, recibiendo un salario o ingreso, no puede concederse la cantidad mayor de veinticinco pesos diarios.

En este sentido, así se expresa el profesor Mario de la Cueva:

Algunos actos son tan peligrosos que, por esto mismo, están totalmente prohibidos, por ejemplo el depositar o almacenar materias explosivas en la proximidad de edificios habitados... Otros actos en general son tan poco peligrosos que es improcedente, fuera del caso de culpa, derivar de ellos otras responsabilidades especiales. Pero entre ambos polos existen numerosos actos que traen necesariamente para los demás un riesgo que no deja de tener importancia y, sin embargo, dado que son inexcusables desde el punto de vista económico, no pueden ser prohibidos. En este caso está justificado que el empresario sea responsable de los daños causados por su explotación industria (responsabilidad por riesgo). La industria peligrosa, no debe explotarse a riesgo ajeno. La responsabilidad por riesgo es, en realidad una parte de los gastos del negocio (Enneccerus-Kipp-Wolf).²⁸

La teoría del riesgo creado ha puesto en claro, por una parte, que la noción de la responsabilidad civil como sanción de la norma apenas comprende y explica parcialmente esta figura jurídica,²⁹ y por otra parte, la teoría del riesgo ha permitido establecer con toda claridad que el nexo de causalidad en materia de responsabilidad civil no alude a la causalidad física sino a la causalidad jurídica, y que existe entre la situación de hecho en que se encuentra colocada la víctima y el daño que ha sufrido.³⁰

²⁸ Cfr. De la Cueva, Mario, *Derecho mexicano del trabajo*, México, Editorial Porrúa, 1949, t. II, p. 37.

²⁹ "La doctrina, permaneciendo en el ámbito de una concepción sancionadora de la responsabilidad civil, explica la existencia de los actos lícitos dañosos refiriéndolos a la figura de la indemnización a la que reconoce características y funciones del todo diversas al resarcimiento. Según esta opinión, al acto ilícito el ordenamiento refiere siempre el resarcimiento del daño en tanto que el acto ilícito, por excepcionales razones de equidad puede ser el presupuesto de la medida compensatoria, no sancionatoria, que se manifiesta a través de la indemnización. En este caso, la tutela jurídica del interés lesionado, se presenta menos enérgica, es más débil en el sentido de que el ordenamiento autoriza al autor del daño a causarlo; pero esa subordinación de interés no es completa, en razón de la obligación de indemnizar puesta a cargo de quien ha causado el daño. Entonces la indemnización cumple una función compensatoria del daño causado, desde el punto de vista de su subsistencia objetiva. El resarcimiento tendría la finalidad de reintegrar el patrimonio, en su valor pecuniario en el prístino estado que tenía antes de que se causara el daño"; Tucci, Giuseppe, "La risarcibilità del danno da atto lícito nel diritto civile", *Rivista di diritto civile*, anno XIII, núm. 3, Maggio-Giugno, Padova, 1967, p. 249.

³⁰ "El concepto de responsabilidad, como sanción de la norma, ha sido insuficiente frente al progreso de la técnica que ha multiplicado y despersonalizado las causas generadoras de daños resarcibles, en los cuales la imputación del perjuicio a determinado sujeto no deriva de la conducta que ha observado, que por otra parte no es lo que ha producido el daño, sino una relación jurídica o una situación de hecho en que se encuentra la persona o la cosa que ha causado el daño. Aquí falta una conducta del sujeto a la que pueda llamarse ilícita... En otros casos de responsabilidad... el daño resarcible ha sido causado por un acto específico del sujeto llamado a responder; pero en ellos se manifiesta claramente la imposibilidad de reducir todo caso de daño resarcible al principio de la represión establecida por el ordenamiento, de una conducta, contraria al derecho"; Giuseppe Tucci, "La risarcibilità del danno da atto lícito nel diritto civile", *Rivista di diritto civile*, anno XIII, núm. 4, Maggio-Giugno, Padova, 1967, p. 233.

La causalidad en este caso es de orden normativo y consiste en la atribución de consecuencias de derecho a un daño que se produce, porque las circunstancias en que ese daño ha tenido lugar y a las que se ve expuesta la víctima, crean el medio propicio para la realización de esa especie de daños.³¹

Las cosas inanimadas no son peligrosas por sí mismas. Siendo por naturaleza inertes, la amenaza de peligro que representan surge porque la mano del hombre las coloca en ciertas situaciones que agravan la posibilidad de producir el daño, ya por funcionamiento, por su ubicación, ya por su movimiento, etcétera. En todo caso, el peligro deriva del medio adonde el hombre se aproxima o entra en contacto con la cosa productora del daño. Podemos sustituir el concepto de cosas peligrosas (que no ha tenido ciertamente plena aceptación) por el concepto de "situaciones peligrosas".³²

"Como la acción de responsabilidad tiene por objeto la reparación del daño causado, se ha tomado el hábito de llamar acciones de responsabilidad a todas aquellas que tienden a la reparación de un daño, cualquiera que sea la causa de la obligación de reparación; se dice, por ejemplo, que el patrono es responsable de los accidentes ocurridos a sus obreros. Esa calificación no es exacta, pero es difícil corregir una terminología corriente. La legislación moderna ha multiplicado las reglas sobre la reparación de los daños. Debe verse en ellas aplicaciones parciales de la teoría del riesgo. No hay en ello una extensión de la responsabilidad civil, sino una reparación fundada en una cosa distinta de la culpa. Una persona no es responsable, sino cuando incurre en culpa, pero puede serle impuesta por la ley la obligación legal de reparar ciertos daños", George Ripert y Boulanger J. *Tratado de derecho civil, según el "Tratado de Derecho Civil" de Planiol*, versión española, Buenos Aires, 1965, t. v, p. 43.

³¹ "La causalidad que da margen a esta responsabilidad (civil) —la llamada causalidad que se llama de responsabilidad— es imposible determinarla prácticamente, inspirándose en la teoría pura de la condición... Además, el Código Civil prevé muchos casos en los que se hace responsable a uno, por haber causado un resultado aunque no medie culpa... en el problema jurídico de la causa no se trata para nada de causa y efecto en el sentido de las ciencias naturales, sino de una determinada conducta que debe ser reconocida como fundamento jurídico suficiente, para la atribución de consecuencias jurídicas o sea de la relación de fundamento a consecuencia. Prácticamente importa excluir la responsabilidad por circunstancias que... son totalmente indiferentes para que surja un daño de esa índole y que sólo como consecuencia de un encadenamiento totalmente extraordinario de las circunstancias, se convierten en condición del daño. Así pues, se labora con un cálculo de probabilidades y sólo se reconoce como causa aquella condición que se halla en conexión adecuada con un resultado semejante", Emericus L. Lehman H., *Tratado de derecho civil*, traducción de la 35 alemana por B. Pedro González y J. Alquier, Barcelona, 1947, segundo tomo, "Derecho de obligaciones", vol. 1, parte general, p. 66.

"...En el problema jurídico de la causa, no se trata para nada de causa y efecto en el sentido de las ciencias naturales, sino que si una determinada conducta debe ser reconocida como fundamento jurídico suficiente para la atribución de consecuencias jurídicas o sea de la relación de fundamento a consecuencia", Rafael Rojina Villegas, *Compendio de derecho civil*, México, 1962, t. III, p. 309.

³² "Así la distinción de las cosas, en cosas peligrosas —y las comprendidas en el artículo 1384 párrafo primero—, y no peligrosas, las incluidas en el artículo 1382, están hoy condenadas por la jurisprudencia. Las cámaras reunidas han rechazado este criterio", Henri Mazeaud y León, *Tratado teórico y práctico de responsabilidad civil, delictual y contractual*,

Y así se explica también que la seguridad social, aparte de comprender la protección del obrero frente a los riesgos profesionales, establezca un conjunto de medidas preventivas de las enfermedades y de los accidentes profesionales y, a la vez, que cubre los riesgos de la cesantía y de la vejez, establece medidas asistenciales en los casos de maternidad, etcétera, eventualidades que exceden el ámbito propio de la responsabilidad civil.

La responsabilidad civil, que es un instrumento idóneo primero para desplazar el daño del patrimonio de la víctima al patrimonio del responsable, a través del seguro, el daño se ha desplazado a la colectividad. Ahora bien, en el seguro social, y en los seguros contra los daños causados por los vehículos en circulación, a los que me referiré más adelante, se percibe que el área del daño socialmente reparable ya no puede ser cubierta, en su totalidad, por la responsabilidad civil⁸² y que la satisfacción de la víctima de esta clase de accidentes debe estar garantizada económicamente en forma tal que los daños sufridos sean efectivamente compensados.

9. *Los accidentes de la circulación.* El gran número de accidentes de automóvil y la cuantía de los daños que se producen con este mo-

versión al español de la quinta edición por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1962, t. v, vol. 1, núm. 1233, p. 269. "Pero lo que impide sobre todo adoptar el criterio de cosa peligrosa derivada de la naturaleza intrínseca de la cosa, es que una cosa no es en sí misma peligrosa o inofensiva. Es o no peligrosa. Según las circunstancias de la causa: un automóvil parado o en marcha a dos kilómetros por hora, no es peligroso; un automóvil a gran velocidad es peligroso. Un fusil descargado no es peligroso; un fusil cargado, es peligroso. Una bicicleta es peligrosa para un peatón, no lo es para un automovilista", *ibid*, vol. 1, núm. 1238, p. 272.

⁸² "A pesar de la actual importancia de la responsabilidad civil ¿no está condenada a desaparecer como institución jurídica? Algunos así lo creen, porque la mayoría de las víctimas se encuentran protegidas por los seguros sociales. Cuando sobreviene el accidente les otorga el derecho a las prestaciones de la seguridad social, ¿Podemos concluir que no se presenta entonces cuestión alguna de responsabilidad? De ninguna manera. El problema simplemente se ha desplazado. El seguro social acciona, en efecto, en contra del autor del daño para recuperar las prestaciones que ha realizado y si el perjuicio es superior a estas prestaciones, la víctima tiene una acción por el excedente. No se modifica entonces la situación del autor del daño: continúa siendo el responsable y su responsabilidad se encuentra sometida a las mismas reglas como si la víctima hubiera demandado el pago total del daño sufrido", Henri Mazcaud, León y Jean, *Leçons de droit civil*, cit., t. II, p. 295.

"Todas las opiniones, aunque llegan a soluciones diversas, tienen en común el propósito de encontrar una amplia y nueva identificación del área del daño jurídicamente relevante, según un criterio típico de la materia (de la responsabilidad civil) y de acuerdo con sus fines reparatorios que ciertamente no son el fruto de meras especulaciones más o menos arbitrarias, sino de una primaria intuición que corresponde a una exigencia de la conciencia común y acogida en el derecho vigente de la realización de los principios de solidaridad y la justicia social (que en esta materia postula una más reacción frente al daño)", Renato Scognemiglio, "In tema di riscorsabilità di danno derivante de lesione di interesse legittimi da parte della pubblica amministrazione", *Rivista di diritto civile*, anno XI, 1965, núm. 1, parte prima, p. 61.

tivo, plantea un problema de responsabilidad civil cuya solución es de capital importancia social, jurídica y económica. De acuerdo con datos obtenidos en la Dirección General de Estadística, el número total de accidentes automovilísticos, registrados en el año de 1968, fue de 78 419 (setenta y ocho mil cuatrocientos diecinueve), en los que resultaron lesionadas 47 847 (cuarenta y siete mil ochocientos cuarenta y siete) personas y se registraron 4 877 (cuatro mil ochocientos setenta y siete) defunciones. El importe total de los daños en ese mismo período fue de \$225.696,589.00 (doscientos veinticinco millones seiscientos noventa y seis mil quinientos ochenta y nueve pesos 00/100).

En los Estados Unidos, en Inglaterra y en Francia, se han elaborado proyectos de ley o se encuentran en vigor disposiciones legislativas que presentan el planteamiento y solución del problema, desde el punto de vista de la protección de las víctimas de los accidentes de circulación, antes que el de la responsabilidad, a través del establecimiento de diversas garantías creadas sobre la base del seguro obligatorio o facultativo, de la constitución de fondos especiales destinados a la reparación de los daños causados por la circulación de vehículos, o mediante la cobertura de ese riesgo por la seguridad social.

Frente a la magnitud y la frecuencia de los accidentes de la circulación de vehículos de motor, la garantía patrimonial, individual de quienes están obligados a responder del daño, es insuficiente las más de las veces, para lograr la finalidad social de proteger a la víctima contra las consecuencias de un riesgo de tal naturaleza.³⁴

En el caso de daños causados por la circulación de vehículos, el problema no se plantea sobre el principio de saber en qué casos y con qué requisitos el autor de un daño debe repararlo. En materia de accidentes provocados por la circulación de vehículos, el problema fundamental consiste en que la víctima pueda ser indemnizada, en todo caso, del daño sufrido.

El profesor Keston, de la Universidad de Harvard y el profesor O'Connell, de la Universidad de Illinois³⁵ refiriéndose a este problema dicen:

¿Cuáles son las finalidades que se persiguen con los sistemas de reparación de daños causados por automóviles? ¿En qué manera se cumplen esos fines actualmente? ¿Qué otras finalidades deberían proponerse en un sistema adecuado a las circunstancias actuales y

³⁴ Viney, Geneviève, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, 1965, citado por A. Tuno, en "Pour une loi de sécurité routière", *Revue de droit contemporaine*, anno 13, núm. 1, 1966, Bruzeiles, Belgique.

³⁵ Keeton Robert, E. y O'Connell, Joffrey, "Basic Protection a Proposal for Improving Automobile Claims Systems", *Harvard Law Review*, vol. 78, núm. 2, diciembre, 1964. Cfr. André Tunc, "Pour une loi de sécurité routière".

al futuro previsible? Para contestar a estas preguntas, examinemos primero dos ideas fundamentales en que descansan las acciones de reparación de daños causados por automóviles, en los Estados Unidos: la primera idea es que se trata de compensar el daño sufrido y la segunda idea es que el daño debe ser compensado por aquel que por su culpa lo ha causado. Trataremos de descubrir hasta qué punto estas dos ideas deben estar unidas o si han de ser modificadas o rechazadas, tanto en la teoría como en la práctica.

Por lo demás,³⁶ el daño causado por automóviles es el resultado de la concurrencia de varias causas, tales como la lentitud de los reflejos del conductor del vehículo, la imprudencia del propio conductor, las fallas mecánicas del automóvil la culpa de la víctima, a las que pueden añadirse otras, como por ejemplo la escasa visibilidad en el camino debida a lluvia, neblina, a reflejos solares, etcétera. A este complejo de causas debe agregarse que el accidente se produce repentinamente, en una fracción de segundo, lo cual no permite determinar con la deseable precisión cuál de esas causas determinaron el siniestro, ni cuál es el grado de participación de la culpa del conductor, de la víctima o de ambos, que nos autorice a concluir racionalmente quién es el responsable del accidente y en qué grado a él deba imputarse la culpa para obligarlo a reparar los daños. Debe observarse que la mayor parte de los accidentes de automóvil se producen a causa de movimientos del conductor que no pueden ser humanamente controlados y que frecuentemente el accidente sobreviene porque el conductor de otro vehículo, para evitar a su vez un accidente, realiza repentinamente determinada maniobra, en tal forma que el otro conductor no puede mantener el control del automóvil que conduce, y que a la postre causa el daño. Verdaderamente a ninguno de los dos conductores puede atribuírsele culpa alguna en el hecho del accidente producido. Sin embargo, la víctima debe ser indemnizada.

Tunc dice:

En la práctica el derecho actual llega a la doble solución siguiente: cada uno responde del daño que ha sufrido por su culpa; todo conductor en cambio, debe responder del daño que cause. Si la idea de la responsabilidad por culpa parecía tener una fuerza lógica y un valor moral, habrá de convenirse que al ser aplicada y transformada por el seguro daría lugar a un sistema que no tendría ninguna justificación, moral ni práctica.³⁷

En otras palabras, cuando concurre el seguro con la responsabilidad, ésta se transforma radicalmente al punto que parece que el seguro

³⁶ James and Dickinson, *Accident piveness and accident law*, 63 Harv. L. Rev. 769, 779-89 (1950).

³⁷ André Tunc, "Pour une loi de sécurité routière", *Revue de droit contemporain*, año 13, núm. 1, 1966, Bruselas, p. 65.

tiende cada vez más a sustituir la responsabilidad por el resarcimiento para lograr la reparación de los daños, en el mayor número de los casos.³⁸

Esta idea de protección, que es la finalidad del seguro, no es ciertamente el objeto principal de la responsabilidad civil. Mediante el seguro contra daños, la víctima obtiene la seguridad de recibir una indemnización por el daño que ha sufrido.

10. *El seguro de responsabilidad civil.* En la búsqueda del camino más adecuado para encontrar la fórmula en que la víctima de daños causados por vehículos automotores reciba indemnización a todo trance, el seguro de responsabilidad civil (que es una especie de seguro contra daños) parece ofrecer la solución adecuada.

Fue en Inglaterra, en el año de 1899, en donde por primera vez se conoció un seguro de responsabilidad civil por daños a terceros, mediante la póliza que en aquella época ofreció la Law Accident Insurance Society, en la que los dueños de automóviles podían asegurar ese tipo de responsabilidad, frente a terceros, hasta por la cantidad de cien libras esterlinas, cuantía que más tarde fue aumentando paulatinamente. En la actualidad, a partir de 1930, en Inglaterra se encuentra en vigor un seguro obligatorio de los propietarios de automóviles, que cubre la responsabilidad por daños a terceros.

El Comité Cassel ha propuesto la formación de un fondo común destinado al pago de compensaciones a las víctimas de accidentes de la circulación que ha servido de base, después de la Segunda Guerra Mundial, para el funcionamiento de una dependencia que se denomina Motor Insurance Bureau.

En los Estados Unidos, los profesores Keeton y O'Connell han

³⁸ "La costumbre actual ha creado una especie de indivisibilidad entre la responsabilidad y el seguro que la cubre. La existencia del seguro ha deformado el funcionamiento de la primera. El binomio responsabilidad-seguro, funciona de la misma manera que cada uno de sus miembros separadamente.

... (explica) ha dado lugar primeramente a la extensión progresiva del dominio de la responsabilidad civil. Cada nueva ampliación de su dominio incita en efecto a los aseguradores a proponer fórmulas progresivas para garantizar a su clientela contra los riesgos de una responsabilidad que sin haber sido aún reconocida, se encuentra a punto de ser establecida por la jurisprudencia. Pero desde el momento que ese tipo de responsabilidad es susceptible de ser cubierto por los aseguradores, los tribunales se inclinan a la indemnización de la víctima, en vista de que el riesgo no es a cargo del responsable, puesto que está asegurado, ampliando definitivamente el dominio de la responsabilidad jurisprudencial sobre todo campo cubierto por el seguro.

Por otra parte, el seguro tiende a hacer desaparecer en la responsabilidad civil la importancia de la culpa, de la que depende la sanción. Desde el momento en que no es el culpable sino el asegurador el que paga la indemnización, ¿por qué hacer depender ésta del dato de la culpabilidad?", René Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit française*, París, Deuxième édition, 1954, t. II, p. 326.

propuesto un sistema de protección básica en favor de las víctimas de los accidentes de la circulación. En ese sistema, se señala un nivel mínimo de protección contra daños (protección básica) cuyo pago, en caso de accidente, se encuentra garantizado con un fondo formado con las aportaciones de los propietarios de automóviles. Este fondo se forma mediante una especie de seguro obligatorio a cargo de los propietarios de automóviles. El pago de los daños, cuyo importe no exceda del límite de ese nivel mínimo, se realiza independiente de que el daño haya sido causado por culpa del conductor. La reparación de los daños en ese caso, y hasta ese límite, excluye toda idea de responsabilidad civil.

Si el importe de los daños causados excede del valor de la protección mínima, la víctima obtendría el resarcimiento por medio de la acción de responsabilidad civil, que ejercería en contra del autor del daño. Del importe de la indemnización que en su caso se decreta, se deduce, en el momento del pago, la parte del valor del daño que fue cubierta por la protección básica.³⁹

En Francia, el profesor Tunc ha propuesto la redacción de una ley de seguridad vial, que tendría como base la obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil, a cargo de todo propietario de vehículos de motor, para responder de los daños causados en los accidentes de la circulación.⁴⁰

El profesor Gabriel Marty⁴¹ hace notar que hace más de cuarenta años los accidentes automovilísticos han contribuido en gran medida —aunque no en manera exclusiva— al desarrollo y evolución de la responsabilidad civil en Francia. Y ha expresado su opinión en el sentido de que no es aconsejable, desde el punto de vista de la técnica legislativa, una ley especial relativa al pago de daños por accidentes ocurridos en la circulación de vehículos de motor. En apoyo de su opinión agrega que:

De una manera general, la yuxtaposición de regímenes diversos de indemnización, no parece aconsejable. ¿Convendría, por ejemplo, que la víctima del accidente causado por un animal, un ciclista o un peatón sea indemnizada en manera diferente de la que se estableciera en el caso de daño provocado por un vehículo de motor?... La intervención de los organismos de seguridad social y de los fondos de garantía no han logrado hacer que desaparezca la responsabilidad, por el contrario han contribuido a aumentar los procesos para el pago en resarcimiento y estos se han tornado más virulentos.⁴²

³⁹ *Basis protection a proposal for improving automobile claims systems*, citado.

⁴⁰ *Supra*, nota núm. 38.

⁴¹ "La responsabilité en question", *Revue de droit contemporaine*, anno 13, Bruzeilles, Belgique, pp. 63 y ss.

⁴² *Op. cit.*, p. 81.

La tendencia a excluir del campo de la responsabilidad civil el problema de los daños causados por accidentes de la circulación de vehículos de motor, que se percibe en el sistema norteamericano de Common Law, en la proposición de los profesores Keeton y O'Connell y en el proyecto Tunc en Francia, tiene su origen en que en ambos sistemas legislativos no hay responsabilidad civil sin culpa. El concepto de la responsabilidad objetiva no ha sido acogido en ninguno de esos dos países, lo cual conduce necesariamente, en la mayor parte de los casos, a negar toda posibilidad de solución, dentro del concepto tradicional de responsabilidad civil, al problema de los daños causados con motivo de la circulación de vehículos.

Por ello, resulta interesante poner en relieve que las soluciones parciales adoptadas en otros países frente a este problema, mediante la promulgación de leyes aplicables a los accidentes de la circulación de vehículos, no encontraría justificación en el derecho positivo mexicano. Las objeciones que hace valer en Francia el profesor Marty, en relación con el proyecto Tunc, ni siquiera se concebirían en el sistema mexicano, que como ya se expuso en este trabajo, adopta la teoría de la responsabilidad objetiva.

El Código Civil de 1928, para el Distrito y Territorios Federales (aplicable a toda la República en materia federal), dispone que la responsabilidad civil puede tener lugar por culpa (probada o presunta) o puede surgir independientemente de la existencia de toda culpa, en los casos que el propio código señala.

En efecto, según quedó ya expuesto antes, el artículo 1913 del Código Civil estatuye que la persona que sirviéndose de aparatos o mecanismos peligrosos cause un daño a otro, está obligada a repararlo aunque no obre ilícitamente. El autor del daño no incurre en responsabilidad si prueba que el daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.⁴³

En este sistema objetivo de responsabilidad, el derecho de la víctima de un accidente de circulación a ser indemnizada surge simplemente de la relación de causalidad entre el uso de la cosa y el daño que se ha producido, y de esta manera el derecho a la reparación del daño surge en favor de la víctima, por el solo hecho de que la lesión se ha producido, que es una de las finalidades de los proyectos norteamericanos de Keeton y O'Connell y francés de Tunc.⁴⁴

43 "El Código Civil de 1928 acoge la teoría del riesgo creado siguiendo en esto al Código Civil ruso (artículo 404) y se encuentra inspirado en la opinión de Demogue", Manuel Borja Soriano, *Teoría general de las obligaciones*, México, 1962, t. I, núm. 757, p. 442.

44 "Toda la riqueza de los 'datos' de la vida social de nuestros días, y al mismo tiempo toda la complejidad del problema de la reparación del daño como uno de los aspectos

El problema en nuestro sistema en materia de reparación de daños es de otra naturaleza: se presenta en cuanto a la forma de su cuantificación. El mayor obstáculo que se ofrece en la práctica, para que las víctimas de accidentes de automóviles reciban una indemnización verdaderamente compensatoria, se encuentra en la inexplicable limitación que establece el artículo 1915 del Código Civil, respecto de la cuantía máxima del importe de la indemnización que tiene derecho a recibir la víctima del daño, que es la suma máxima de veinticinco pesos diarios, como base para determinar la compensación a la víctima.⁴⁵

Esta disposición legal, que coloca a las víctimas en una situación enteramente adversa, ha sido compensada en la práctica por el seguro de responsabilidad civil por daños causados con motivo de los accidentes de la circulación de vehículos. Así, en la práctica se ha ido extendiendo cada vez más entre los propietarios de automóviles la contratación voluntaria de un seguro que cubre: a) daños a terceros, en

que presenta la responsabilidad civil, indican que debe darse una preferencia indudable a aquella noción que es más práctica que la de la 'culpa de la víctima', pero la discusión doctrinal no ha terminado... Sin duda, habrá de aportar nuevas luces al problema, que ha sido tratado en líneas generales en el cuadro que acabamos de presentar, desde el punto de vista del derecho comparado.

Como jurista político me permito subrayar la importancia que tienen estas discusiones en la tarea de la elaboración de las reglas jurídicas de una modificación nacional del derecho civil del porvenir.

Concretamente, en mi país, así ha ocurrido en el Proyecto de Código que ha sido presentado a la dieta y que va a sustituir en un plazo corto a las leyes existentes. De paso, el problema que hemos presentado ha sido objeto de particular atención por los juristas políticos.

¿Existe una sola solución ideal, concebida de una manera abstracta aplicable a cualquier país del mundo? No lo creo... Pero de las experiencias de otras naciones, el legislador moderno puede encontrar la solución más adecuada para su propio país, tomando en cuenta las circunstancias concretas de su evolución y sus bases económicas y sociales. La teoría del legislador en este aspecto es siempre difícil, pero al mismo tiempo muy importante para el proceso de las ideas y de las técnicas jurídicas contemporáneas", Witold Czachorski, "Faute de la victime ou concours de la victime étude comparative", *Boletín mexicano de derecho comparado*, año 1, núm. 1, enero-abril de 1968, p. 63.

⁴⁵ El efecto social de la reforma introducida al artículo 1915 del Código Civil que establece una indemnización *forfetaire*, ha sido verdaderamente nefasto, no sólo en cuanto al desarrollo de la responsabilidad civil en general por daños corporales y en particular en la que se refiere a los daños causados por vehículos, sino que ha tenido una influencia verdaderamente perturbadora en la realidad de la vida; porque a causa de esa limitación arbitraria a la cuantía de la indemnización, no ha sido infrecuente el caso en que si el daño es causado por la unidad automotriz de una línea de autobuses y la víctima es un estudiante, grupos más o menos numerosos de compañeros de la víctima se han apoderado por la fuerza de varios autobuses, que retienen secuestrados en calidad de garantía, para obtener por esta vía de hecho de los propietarios de autobuses secuestrados, eludiendo abiertamente la acción judicial, el pago de una indemnización que resulte compensatoria, por encima de las limitaciones que ha establecido el artículo 1915 del Código Civil. La gravedad de estas situaciones en que los particulares se hacen justicia por su propia mano, debería haber provocado una nueva, sustancial modificación al artículo 1915 del Código Civil.

su persona, *b*) a propiedad ajena, *c*) gastos médicos y hospitalización.⁴⁶ Por este medio, el propietario del vehículo, además de cubrir el riesgo de daños a terceros, se protege a sí mismo contra lo que Keeton y O'Connell denominan el "costo intangible" del siniestro (dificultades, discusiones, molestias, pérdidas de tiempo, etcétera) que es lo que constituye el móvil o motivación real de la contratación del seguro.

Los daños asegurables en lo que concierne al seguro de automóviles son: *a*) los daños materiales que sufra el vehículo propiedad de la persona asegurada; *b*) la responsabilidad civil (daños a terceros en sus personas o en sus propiedades); *c*) los gastos médicos y hospitalización del propio asegurado si lo requiere como consecuencia del accidente, y *d*) los gastos médicos y hospitalización de todos los terceros si han sufrido daños en su persona.

Respecto a la cuantía del daño cubierto por el seguro, no existe absolutamente ninguna limitación. La escala de la tarifa aprobada por la Comisión Nacional de Seguros, comienza con los límites inferiores siguientes: *a*) daño en propiedad ajena: veinticinco mil pesos, *b*) atropello de personas: cincuenta mil pesos por persona lesionada. Normalmente la mayoría de los asegurados se acogen a los límites mínimos mencionados.

Debe tomarse en cuenta que, de acuerdo con el sistema legislativo mexicano, la persona que culpablemente causa daños a otra al conducir un vehículo automotriz, comete, por imprudencia, uno o varios hechos delictuosos que comprometen su responsabilidad penal.⁴⁷

Así pues, la contratación del seguro no hace desaparecer la responsabilidad penal del autor del daño (delito por imprudencia) si los hechos dañosos comprometen su responsabilidad penal.

⁴⁶ A continuación se proporcionan las cifras en millares de pesos de las primas percibidas por las compañías aseguradoras a partir del año de 1940 hasta 1968.

<i>Año</i>	<i>Millones de pesos</i>
1940	4 531
1945	12 267
1950	40 006
1956	203 670
1960	277 158
1965	474 700
1966	520 298
1967	624 484
1968	726 167

Datos proporcionados por una institución aseguradora privada.

⁴⁷ Esa responsabilidad puede originarse de los delitos de lesiones, homicidio y daño en propiedad ajena (artículos 7º, 8º fracción II, 288, 302 y 399 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales).

Las compañías aseguradoras, en el caso de daños causados a las personas o a las propiedades por accidentes de automóviles (sólo por lo que atañe a la responsabilidad civil), conciertan con la víctima del daño o con sus deudos, si ésta fallece, un arreglo convencional de tipo compensatorio, al cual llegan frecuentemente con los reclamantes, sin tomar en consideración los límites máximos con los que el artículo 1915 cuantifica el pago de la responsabilidad civil a cargo del autor del daño.

He de concluir haciendo notar que el artículo 1915 del Código Civil, en su actual redacción, se ha convertido en el argumento más poderoso de que disponen los aseguradores para llegar más rápidamente a la conclusión de un arreglo económico con la víctima del daño o con sus deudos en caso de muerte, mediante el pago de ciertas sumas de dinero, que las víctimas o sus deudos prefieren recibir por esta vía transaccional, que para ellos resulta más conveniente que el sistema que establece el Código Civil en esta materia.

Al seguir esta trayectoria de la responsabilidad civil, se puede constatar que, como lo expresa Gurvitch, el derecho es una feliz conjunción de disposiciones normativas que a la vez que limitan la libertad del hombre, expresan las ideas de ayuda y de solidaridad social.

1. Perspectiva general.
2. El ámbito especial de validez de la materia.
3. La Declaración de Ginebra.
4. El sentido tuitivo de la preceptiva.
5. El estado de abandono del menor y las medidas asistenciales.
6. La protección de la familia.
7. El trabajo de los menores.
8. El derecho del menor a disfrutar de recreo.
9. La contaminación por medio de la información.
10. Los menores en estado antisocial.
11. Las cortes para menores. Sus funciones.
12. Los antecedentes legislativos del proyecto.
13. Las reformas del Código Civil.
14. La función natural de la familia.
15. Los derechos de los hijos en caso de divorcio de sus padres.
16. La adopción.
17. La adopción de hecho (acogimiento).

PARA UNA REFORMA LEGISLATIVA SOBRE PROTECCIÓN AL MENOR

SUMARIO: 1. Perspectiva general. 2. El ámbito especial de validez de la materia. 3. La Declaración de Ginebra. 4. El sentido tuitivo de la preceptiva. 5. El estado de abandono del menor y las medidas asistenciales. 6. La protección de la familia. 7. El trabajo de los menores. 8. El derecho del menor a disfrutar de recreo. 9. La contaminación por medio de la información. 10. Los menores en estado antisocial. 11. Las cortes para menores. Sus funciones. 12. Los antecedentes legislativos del proyecto. 13. Las reformas al Código Civil. 14. La función natural de la familia. 15. Los derechos de los hijos en caso de divorcio de sus padres. 16. La adopción. 17. La adopción de hecho (acogimiento).

1. *Perspectiva general.* Una cuestión previa de técnica legislativa se planteó el autor al iniciar su labor, a saber: si resultaba conveniente y oportuno, por una parte, reducir en el articulado de la ley que se estudia, las diversas materias relativas a la protección del menor, hoy por hoy dispersas en múltiples ordenamientos legislativos y en particular las disposiciones que se contienen en el Código Civil, mediante la derogación de los preceptos relativos contenidos en el Código Civil para el Distrito Federal, o si por lo contrario, es preferible proponer las reformas consiguientes a los artículos del mencionado Código respetando la unidad legislativa de aquel cuerpo de leyes, para coordinar su preceptiva mediante aquellas reformas, con las disposiciones de la ley, cuyo proyecto se ofrece en consulta.

Se tuvieron en cuenta estas dos posibilidades y se optó finalmente por el camino de las reformas y adiciones conducentes al Código Civil, apartándose en este respecto de la solución propuesta por otros proyectos de códigos del menor que han sido elaborados con anterioridad en nuestro país, en razón de que no pareció aconsejable romper la sistemática de un ordenamiento que como el Código Civil, cuerpo de leyes, tradicionalmente ha recogido la normativa de la vida ordinaria de la persona y porque, además, desgajar de aquella unidad relativa que contiene la disciplina jurídica familiar, toda la preceptiva sustantiva, por ese solo hecho, la idea fundamental que presidió y de la que está impregnado el proyecto que se propone, a saber: que la institución de la familia no es, desde el punto de vista jurídico, social

y moral, ajena en manera alguna a la protección del menor, sino por lo contrario el medio primario y fundamental para lograr en la forma más natural, más humana y más adecuada aquella protección; por lo tanto, poniendo en ello énfasis, debe dejarse en el cuerpo legislativo que contiene la disciplina jurídica familiar, toda la preceptiva sustancial que se refiere a los menores que viven y se desarrollan en el grupo social y afectivo formado por sus progenitores y sus hermanos.

En consecuencia, se consulta por separado un proyecto de reformas y adiciones al Código Civil, en lo que atañe a aquellas instituciones que se relacionan con la protección que los menores encuentren naturalmente en su propia familia, a saber: el ejercicio de la patria potestad, los procedimientos de divorcio en lo que al cuidado de ellos se refiera, la filiación extramatrimonial, la adopción y el acogimiento.

2. *El ámbito especial de validez de la materia.* Por lo que se refiere al ámbito especial de validez de las disposiciones del proyecto, se tuvo en cuenta el mandato supremo contenido en los artículos 73 y 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en cuanto a que, de acuerdo con tales preceptos, es de la competencia de la soberanía de cada uno de los estados de la federación, legislar en esta materia, pues contrariamente a lo establecido en las constituciones de otros países, nuestra ley fundamental no reserva esta materia en manera expresa, ni aun tácita, a la competencia de las autoridades federales; por lo tanto, el espacio territorial de vigencia de las normas de una ley de esta naturaleza debe limitarse al Distrito Federal. Se confía, sin embargo, que en un futuro no lejano habrán de introducirse en la Constitución federal las reformas que sean necesarias para establecer en manera expresa que la protección de la familia y de los menores abandonados y desamparados, encuentra en el ámbito federal una protección más amplia y, por decirlo así, más augusta, como lo reclaman imperativamente las exigencias de la sociedad actual.

3. *La Declaración de Ginebra.* Dentro de estas limitaciones constitucionales, el autor ha incluido en el título primero que contiene las disposiciones preliminares, un catálogo general de los derechos del niño, que es conocido como Declaración de Ginebra de 1924, inspirada, como es sabido, en el pensamiento de la pedagoga suiza Eglen-tine Lebb, recogido más tarde en el año de 1931 en la reunión celebrada en ese año en la Casa Blanca y posteriormente adoptada por el Patrocinio Nacional de Menores de la República Argentina y en la Exposición de Motivos del Código del Niño de la República Oriental del Uruguay, así como en el Estatuto de Venezuela.

Contiene en ese título preliminar del proyecto, el enunciado, que parece insoslayable, de que las disposiciones de la ley son de orden

público y en su cumplimiento están interesados directamente la sociedad y el Estado.

4. *El sentido tuitivo de la preceptiva.* Al mismo tiempo, en el proyecto se establece de manera expresa y terminante, que el cuerpo de todas sus disposiciones tienen un carácter fundamentalmente tutelar, antes que correctivo y de ninguna manera punitivo, de la situación en que se encuentren, por verdadero infortunio, los menores desamparados o desatendidos, para impedir así, en lo posible, futuras desviaciones que puedan llegar a producir un estado antisocial.

Es convicción profundamente arraigada en el ánimo del autor que aquella protección y esta prevención no podrán ser nunca plenamente eficaces sino en la medida en que en el aspecto social, moral y aun económico, la familia encuentre la mayor protección jurídica para alcanzar cada día fortaleza, mejor cohesión y la más íntima solidaridad entre todos sus miembros. Se recogieron las conclusiones contenidas en el informe rendido por la Secretaría del Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en el mes de mayo de 1953.

Consecuente con este principio, que merece el más alto respeto, el autor ofrece a la vez en él, los medios jurídicos que deberán ponerse en ejecución cuando, a pesar de todo, se presentan aquellas situaciones de abandono o de estado antisocial de los menores, aun en el evento lamentable y doloroso en el cual la familia del menor ha dejado de cumplir la altísima función que le compete desempeñar frente a la sociedad.

5. *El estado de abandono del menor y las medidas asistenciales.* Se ha tenido especial cuidado en establecer qué se entiende, para los efectos de la ley, por estado de abandono y por estado antisocial, fijando, de esa manera, una pauta objetiva para la aplicación de las medidas que la propia ley establece y disipando así cualquier duda a este respecto.

Las medidas sociales que se proponen en el cuerpo del proyecto contra esas dos situaciones en que se pueden encontrar los menores, ya sea para prevenirlas o para remediarlas, son de dos clases: unas simplemente asistenciales que abarcan desde el periodo preconcepcional de la madre y que pasando por el estado de embarazo, el momento del parto, el periodo neonatal del niño, así como la primera, la segunda y la tercera infancias, se ofrecen constantemente, hasta que el menor alcanza la adolescencia y más tarde la juventud.

Desde el periodo de la gestación hasta que el hijo alcance la edad de siete años, en que termina la primera infancia, esas medidas asistenciales tienden a lograr que el binomio madre-hijo se produzca y se

desarrolle en las mejores condiciones posibles desde el punto de vista biogenético, médico, higiénico, alimenticio, educativo, etcétera.

Durante la segunda y tercera infancias se ha puesto especial énfasis en la asistencia preescolar, desde el punto de vista somático, funcional, mental y social; asistencia que se encargará de impartir el Instituto de Protección al Menor, al que el proyecto de ley encomienda entre otras esas funciones.

Por lo que atañe específicamente a la tercera infancia, el mencionado instituto habrá de tener dentro de sus labores, la enseñanza, promoción y difusión de los principios necesarios para crear en el adolescente un sentido de responsabilidad ante la sociedad y, más tarde, después de los dieciséis años hasta los dieciocho años de edad límite superior en que se alcanza la protección de la ley, el instituto deberá orientarlos y prepararlos convenientemente para la procreación y para hacer de ellos buenos padres de familia.

En un segundo aspecto de asistencia, el proyecto alude de manera muy principal a la función de la familia, declarando que ésta se sustenta en la comunidad de vida íntima y cotidiana de sus miembros, cuyas relaciones se fundan en el desinterés, la comprensión y el respeto recíprocos y que incumbe a cada uno de los componentes del grupo (así los padres como los hermanos) vigorizar esos vínculos y mantenerlos en medida creciente para que esa primaria célula social pueda lograr su debida integración y cumplir en manera adecuada el papel de constituir así el medio idóneo y eficaz para la formación y desarrollo de los hijos.

Esta declaración que *prima facie* parece exceder los límites de una disposición propiamente legislativa, halla, en concepto del autor, adecuado sitio en un artículo del proyecto, porque si bien las relaciones de afecto y vida en común de sus miembros son la mejor garantía de que la familia habrá de llenar sus fines, este principio ha de ser proclamado y declarado en el ordenamiento en razón de que su ruptura o grave mengua, cuando se manifiestan exteriormente, sirven al jurista para comprobar, por los síntomas que se presentan en los casos de abandono moral o material, que el grupo familiar manifiesta alejarse de su función social y entonces la asistencia oportuna del Instituto de Protección al Menor, a través de la debida orientación, puede prevenir males mayores en beneficio de los hijos menores.

Siguiendo esta misma tónica de orientación y ayuda preventiva y asistencial, se ha establecido un catálogo de los derechos del menor, en el que se ha querido declarar legislativamente, de manera concreta; pero de acuerdo con nuestra realidad social, aquellos cuidados y atenciones que constituyen un mínimo ético y que los hijos deben

recibir de los padres en cuanto a subsistencia, educación, trato digno y vivienda decorosa e higiénica, para desarrollar en forma conveniente el germen de su personalidad y sus cualidades humanas, para no verse expuestos a aquellas frustraciones que precisamente por desatención de aquellos deberes de los progenitores, malogren las posibilidades que existen durante la niñez y la juventud de los hijos.

6. *La protección de la familia.* El capítulo relativo a la protección familiar se integra con el proyecto de Reformas y Adiciones al Código Civil para el Distrito Federal, que se consulta por separado.

Además de estas medidas asistenciales o de ayuda, en el proyecto se proponen diversas medidas de protección propiamente social, en las que el instituto, por la índole de las situaciones que puedan presentarse, acudirá más directamente a prevenir o remediar, si tal es el caso, los desajustes o desviaciones de conducta que de aquellas situaciones se derivan.

7. *El trabajo de los menores.* En lo relativo al trabajo de los menores se incluyen medidas que tienden a proteger a aquellos que por necesidades de sustento han de prestar trabajo remunerado, estableciendo cuáles son las labores que no pueden estos desempeñar por su edad y condición, los días de descanso con goce de salario íntegro que tienen derecho a disfrutar por cada cinco días de trabajo, así como de dos periodos anuales de vacaciones de diez días laborables cada uno, también con percepción de sueldo completo y la posibilidad de que su jornada laboral les permita recibir enseñanza secundaria o de ulteriores grados.

El proyecto de ley, para hacer efectivo en la realidad el principio establecido en el artículo 428 del Código Civil, de que la propiedad, administración y usufructo de los bienes que el menor de edad obtenga por su trabajo corresponde exclusivamente a éste, atribuye al Instituto de Protección al Menor la vigilancia para que el ingreso así obtenido sea aprovechado en primer término por el menor y en seguida por los miembros de su familia.

8. *El derecho del menor a disfrutar del recreo.* Siguiendo ese aspecto de la protección social, el proyecto se ocupa de que los menores disfruten de lugares de recreo y de espectáculos adecuados, en recintos seguros, higiénicos y de sano esparcimiento, atendiendo a la edad de quienes deben disfrutarlos. Así, se propone que, para compensar la falta de espacios libres en donde los menores puedan jugar, la Dirección de Tránsito del Distrito Federal, a sugerencia del Instituto de Protección al Menor, cierre a la circulación de vehículos durante ciertas horas del día, algunas calles que permitan el recreo de los menores, si no disponen en lugar cercano a la zona donde residen, del espacio suficiente para aquel fin.

Un representante del Instituto de Protección al Menor deberá formar parte de la comisión encargada de autorizar los espectáculos para menores y la comisión de programas radiofónicos y de televisión.

9. *La contaminación por medio de la información.* Se prohíbe la publicación o difusión, por cualquier medio, de noticias relativas a la conducta inmoral o peligrosa en que incurran los menores de edad y se sanciona a quienes den a la publicidad esos hechos.

El proyecto impone a las autoridades, y también a los particulares, la obligación de informar al Instituto de Protección al Menor de los casos de abandono de que tengan noticia, con el objeto de que el instituto realice las investigaciones necesarias para conminar en su caso a los padres o personas encargadas de la custodia de aquél, y lograr el cumplimiento de las obligaciones de atención y cuidado que les corresponda y para, cuando no sea posible la localización de los padres o custodios, instalar al menor abandonado en el internado que debe crear para ese efecto el propio Instituto. En todo caso, la organización y ubicación de los interesados será distinta de aquel otro tipo de internados destinados a la atención de menores de difícil corrección y los que alberguen a los menores en estado antisocial.

El proyecto establece diferente tratamiento y distingue claramente entre aquel al que deben ser sometidos los menores normales educables, del que se sujeta a los menores en estado antisocial. Para los primeros, se adopta un régimen especial educativo de recuperación física, mental y social en centros de rehabilitación específica para tal objeto.

10. *Los menores en estado antisocial.* En el caso de los menores en estado antisocial, la protección que el proyecto prevé se otorga a través de la Corte de Protección de Menores, que funcionará bajo la dirección del Instituto de Protección al Menor.

A este respecto, las Cortes de Protección al Menor investigarán las causas, la dinámica y la naturaleza de la conducta antisocial observada por éste y propondrá las medidas de tratamiento adecuadas para obtener su reeducación social y moral.

Por la tendencia que sigue el proyecto (según las experiencias recogidas en nuestro medio social y en otros países extranjeros, particularmente en Gran Bretaña, Francia y los países escandinavos) la investigación que lleve al cabo la Corte para Menores se realizará en forma paternal y tomando en cuenta la situación síquica, grado de educación y ambiente social en que se encuentre el menor, para examinar después, pero sólo después de recoger y valorar aquellos datos, la gravedad de los resultados producidos por la desviación de la conducta observada, adecuando las medidas de readaptación que se decida im-

plantar, ponderando debidamente en qué grado de incidencia las condiciones biosociales, mentales y familiares del menor, han provocado la desviación de la conducta.

11. *Las cortes para menores. Sus funciones.* Para lograr en mejor medida este objeto, que es básico en el funcionamiento de las Cortes de Protección al Menor, se ha optado por establecer tribunales unitarios en lugar de cuerpos colegiados; la Comisión considera que así se logrará mayormente, en la secuela del proceso, el principio de la inmediación del sujeto que va a ser educado o readaptado con el funcionario que establecerá las medidas aconsejables para tal fin. El magistrado contará con la asistencia de un médico, un pedagogo y los trabajadores sociales que se requiera en cada caso.

Atendiendo a estos principios y en razón de que es primordial el estudio de las condiciones ambientales que dieron lugar a la conducta antisocial del menor, se dispone que cuando el menor se encuentre en una situación equiparable a alguna de las que la señala como excluyentes de responsabilidad, el magistrado deberá tomar en cuenta esas circunstancias para dictar su resolución. El menor aprovecha así por analogía y aun por mayoría de razón, la disculpa de que goza el acusado, en el campo del derecho punitivo.

Las resoluciones de los magistrados, incluyendo las que ponen fin al proceso, no causan estado; podrán ser modificadas en cualquier tiempo, aun después de concluido el proceso, a petición de parte o de oficio por el magistrado que las pronunció, cuando cambien los presupuestos circunstanciales que sirvieron de base al pronunciamiento.

En aquellos casos en que los menores sean víctimas de delitos, el proyecto otorga facultades al Instituto de Protección al Menor para que a través de un funcionario especializado (preferentemente una mujer abogado) asesore y oriente a los padres o a quienes tengan a su cargo la custodia del menor, e instar a las autoridades correspondientes el ejercicio de la acción penal y para ejercer la acción de reparación del daño causado.

12. *Los antecedentes legislativos del proyecto.* El autor ha tenido a la vista, para llevar al cabo su labor, los siguientes proyectos de Código del Menor: el que formuló en el año de 1942 el licenciado Fernando Ortega, por acuerdo del entonces ministro de Educación, licenciado don Octavio Véjar Vázquez; el proyecto de Código de Protección a la Infancia de 4 de noviembre de 1952 (conocido como Proyecto Casas Alemán); el proyecto conocido como "Proyecto Alarcón", del año de de 1953; el que formuló la Comisión de Estudio Legislativos a propuesta del secretario de Salubridad y Asistencia, doctor Ignacio Morones Prieto, en el año de 1955, y el proyecto de Código del Menor,

elaborado en el año de 1960 en el Seminario de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Se tomaron como antecedentes, asimismo, el Código de Protección a la Infancia del Estado de México, del año de 1954; el Código del Menor para el Estado de Guerrero, del año de 1957, elaborado por la Comisión que trabajó bajo la presidencia del doctor Celestino Porte Petit, así como el Código del Niño de la República Oriental del Uruguay del año de 1948; los trabajos del Seminario Europeo de las Naciones Unidas sobre Bienestar Social (París, 1949); la Declaración de los Derechos del Niño de Ginebra, ya mencionada (de 1944), y el Estatuto de Menores de Venezuela del año de 1950.

Debe quedar constancia del particular tributo de reconocimiento por su desinteresada colaboración al profesor doctor Wolfram Müller-Freinfels de la Universidad de Friburgo, Alemania, quien gentilmente aceptó, durante su breve estancia en nuestro país, comentar algunas cuestiones concretas planteadas a tan eminente jurista y sociólogo, así como a la licenciada Elsa Bieler, investigadora del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Nacional Autónoma de México, que en manera muy generosa propició la entrevista con el doctor Müller-Freinfels y que gentilmente sirvió como intérprete durante dicha entrevista.

La aplicación del proyecto de Ley de Protección al Menor requiere la redacción y promulgación de una Ley Orgánica del Instituto de Protección al Menor, que habrá de reestructurar el actual Instituto de Protección a la Infancia, ampliando su radio de acción e invistiendo a esa dependencia gubernamental de todas aquellas facultades necesarias para actuar como órgano de ejecución y vigilancia del cumplimiento de las disposiciones legislativas que se proponen.

13. *Las reformas al Código Civil.* El ponente formuló a la vez una iniciativa de reformas y adiciones al Código Civil para el Distrito Federal, con el propósito de coordinar las disposiciones de aquel proyecto de ley con los preceptos correspondientes de este Código, en las materias que conciernen a la mencionada protección.

Se ha meditado detenidamente acerca de cuáles de las instituciones del derecho de familia habrán de modificarse en su normativa jurídica, para proceder con la mayor cautela en materia de tanta trascendencia y siempre inspirada en el más elevado respeto al grupo social de la familia, así como en el pleno reconocimiento de la insustituible función que a ella corresponde desempeñar dentro del agregado social.

Así pues, se ha querido que el proyecto de reformas y adiciones al Código Civil para el Distrito Federal sólo introduzca aquellas modificaciones que se ha considerado son imprescindibles para lograr la

armoniosa correspondencia entre aquel proyecto de ley y el Código Civil vigente.

Sólo se consultan, en consecuencia y en primer lugar, aquellas reformas y adiciones que atañen al ejercicio de la patria potestad, como una función de interés público, para lograr que el grupo familiar cumpla en la mejor manera posible el papel que desde el punto de vista social, moral y aun sicológico, le incumbe desempeñar, partiendo de la base, por lo demás aceptada tácitamente en el Código Civil, de que el conjunto de poderes y facultades atribuidos a los padres y demás ascendientes titulares de la patria potestad, se confieren en función del cuidado y educación de los hijos, *ultima ratio* en que descansa y se justifica la institución social de la familia.

14. *La función natural de la familia.* Con el propósito de no interferir en el ámbito de esas funciones, se ha querido mantener el principio de que mientras dentro del grupo familiar las relaciones paternofiliales se desarrollen de manera adecuada en el modo que según la tradición de nuestro medio social dichas relaciones sean aquellas que se espera han de ser observadas por quienes desempeñan una función de tan alta responsabilidad, el Estado no debe ni tiene por qué intervenir en donde impera la armonía, el desinterés y el afecto como base de la cohesión de ese agregado social natural y primario. Pero en aquellos casos en que se ha alterado gravemente la estabilidad del grupo, de manera que ponga en serio peligro la educación y formación de los hijos, el poder público debe acudir a remediar esa situación. Tales son los casos de suspensión o de terminación de la patria potestad o aquellos en que surgen disputas entre los progenitores, acerca del ejercicio de la potestad paterna o de la custodia o la ministración de alimentos de los hijos, como puede ocurrir *v. gr.* en los supuestos contemplados en el Código Civil respecto del reconocimiento de hijos nacidos fuera de matrimonio, cuando los padres no viven juntos o cuando existiendo la cohabitación, no hay acuerdo sobre la manera o forma en que se ejercerá la patria potestad. En estos eventos en que surge una cuestión litigiosa de tal naturaleza, el proyecto ha querido investir al juez, ante quien habrá de dirimirse esas diferencias, de una mayor amplitud de juicio y de decisión para resolver el caso planteado, colocando por encima del interés particular de los justiciables, el interés y el mayor beneficio de los hijos menores.

Una segunda cuestión que ha sido objeto de profunda preocupación para el autor y que mereció escrupuloso análisis, fue la que concierne a la situación procesal de los hijos menores en el procedimiento de divorcio ya contencioso, ya voluntario, en cuanto estos últimos se encuentran en una situación de evidente desprotección, no obstante de la inter-

vención que en estos casos concede el Código Civil al Ministerio Público en tales casos. Por una parte, en el divorcio por mutuo consentimiento, el convenio que deben celebrar los cónyuges, las más de las veces se concierta en interés de los consortes que van a divorciarse y no con vistas a una efectiva protección de los menores hijos, y si se trata de un divorcio contencioso, el problema es aún de mayores proporciones, porque la custodia y cuidado de la prole es una de las cuestiones que frecuentemente entraña la más enconadas querellas y la disputa sobre el cuidado de los hijos menores, no siempre se resuelve atendiendo a la vida misma y porvenir de los hijos, sino como objeto o materia de otras cuestiones de interés personal de los divorciados.

15. *Los derechos de los hijos en caso de divorcio de sus padres.* Es por ello que el ponente encuentra en el proyecto de reformas y adiciones la oportunidad de que en los procedimientos de divorcio el interés de los hijos de quienes se disponen a disolver el vínculo matrimonial sea representado en el proceso por el Instituto de Protección al Menor; porque de acuerdo con la corriente doctrinal y legislativa moderna y aun desde el punto de vista de la realidad, la *litis* que plantean el actor y el demandado respecto de la ruptura del vínculo matrimonial, cuando hay hijos menores, implica fatalmente la decisión sobre la situación no sólo económica sino principalmente moral y síquica en que habrá de quedar el futuro de aquel matrimonio que ha fracasado, cuya protección exige que siendo ese interés distinto y aun opuesto al de las partes litigantes, debe estar representado en el procedimiento de divorcio, y esa representación, desde el punto de vista procesal, debe corresponder al Instituto de Protección al Menor, que en defensa de los intereses de los hijos ha de tener la necesaria legitimación para intervenir en las diversas etapas del procedimiento, en cuanto a los puntos que se refieren a la atribución del ejercicio de la patria potestad y a la custodia de los hijos menores.

En otro aspecto, en el proyecto de reformas se propone introducir dos instituciones que, en cuanto a la protección del menor, tienen un campo muy vasto para que los menores que no tienen el amparo y el afecto que esperan hallar en el seno de su propia familia, lo encuentren jurídicamente a través de la adopción plena y la figura que se denomina "acogimiento".

16. *La adopción.* En materia de adopción, el proyecto propone una reforma por virtud de la cual el adoptado se incorpora enteramente a la familia de los adoptantes, como si fuera en verdad hijo de aquéllos, con todos los derechos y obligaciones que emanan de las relaciones paterno-filiales; es decir, se incorpora al menor plenamente a la familia de quienes lo adoptan. Los redactores del proyecto estiman que de

esta manera la adopción cumple verdaderamente los fines para los cuales fue creada. Tan noble y generoso medio jurídico cumple así la función de subsanar lo que hasta ahora la adopción semiplena no ha podido cumplir debidamente porque el adoptado hoy por hoy no se incorpora al seno de la familia del adoptante. Coadyuva eficazmente la adopción plena a proporcionar al adoptado el medio idóneo para su cabal desarrollo moral y material, y se logrará así superar el escollo que hasta ahora ha encontrado la adopción semiplena (única que establece el Código Civil), que ha impedido que ese instrumento sustitutivo de la familia, tenga en la práctica eficacia y positividad.

Por otra parte, se espera que en nuestro medio social se recurra a la adopción plena tal como se propone, en los casos de hijos nacidos fuera de matrimonio y no reconocidos, cuyos padres contraen ulteriores nupcias, los cuales pueden emplear la adopción como instrumento de legitimación sin necesidad de reconocimiento previo.

La adopción plena contribuirá sin duda a evitar la práctica viciosa —muy difundida en nuestro medio— a través de la cual matrimonios que no tienen hijos recurren al subterfugio poco recomendable de registrar como propio a un hijo de padres desconocidos o desaprensivos, que sin escrúpulo alguno coadyuvan al levantamiento de un acta de nacimiento en la que se hace aparecer falsamente a la criatura como hijo de la mujer que en realidad por ese camino expeditivo efectúa lo que es una verdadera adopción.

17. *La adopción de hecho (acogimiento)*. Se propone, a través del acogimiento, dar forma jurídica a una costumbre inveterada en nuestro medio social, pues al darse estructura legislativa, se establece un cuadro normativo que hasta ahora ha faltado, para regularizar aquellas situaciones de hecho en las que, en el seno de una familia, se acoge a los huérfanos o desamparados, hijos de parientes o allegados, para impartirles generosamente sustento y educación.

En efecto, la reforma que se propone bajo la denominación de “acogimiento” eleva a la categoría jurídica, garantizando legalmente su existencia y protegiendo a los menores acogidos, esa inveterada, respetable expresión de solidaridad humana que se ha manifestado desde tiempo inmemorial, con mayor incidencia, por verdadera paradoja, entre las familias de pocos recursos económicos.

Debe reconocerse que en las reformas y adiciones que el proyecto contiene no se pretende agotar de manera alguna todas las situaciones posibles de protección de menores que ofrecen también otras instituciones civiles, organizadas en el código de la materia, como ocurre con la tutela, la investigación de la paternidad y la maternidad, la materia relativa a los alimentos, etcétera; empero, se ha querido proceder

con cautela en este caso en materia tan grave y delicada. Se prefirió proponer algunas reformas a las instituciones fundamentales tutivas de la niñez, antes que pretender abarcar en este proyecto —que sólo es un paso inicial en cuanto a la legislación protectora del menor— limitándose a tocar sólo aquellas materias de derecho de familia que por el momento parecen demandar con mayor apremio ese ajuste necesario, en relación con el Proyecto de Ley de Protección al Menor; aunque no sin la misma reflexión, se ha procurado concertar las reformas que se proponen, con las más recientes tendencias legislativas, cuidando de no apartarse de la tradición y de la realidad social mexicana, pero ofreciendo también nuevos instrumentos jurídicos para solucionar los problemas que plantean las condiciones de la sociedad actual.

1. Sistema de capitulaciones forzosas.
2. Sistema de régimen legal supletorio de la voluntad de los cónyuges.
3. Régimen de sociedad legal.
4. Régimen legal de separación de bienes (supletorio y forzoso).
5. La modificación del régimen matrimonial de bienes de los consortes.
6. Las facultades de administración de los bienes de los consortes.
7. La interdependencia de los bienes propiedad de los cónyuges.
8. Los bienes comunes y los bienes propios.
9. El régimen de separación de bienes y la representación legal de los cónyuges.
10. Las cargas de hogar.
11. Los bienes que la mujer adquiere por su trabajo.
12. La aplicación de los bienes aportados por cada uno de los cónyuges en caso de liquidación de la sociedad conyugal.
13. Medidas protectoras de la mujer en el caso de disolución de la sociedad.
14. Los regímenes conyugales de bienes en la vida práctica.
15. La expedición de cheques y operación de cuentas bancarias por los consortes durante el régimen de sociedad conyugal.
16. Las facultades de disposición de cada uno de los consortes.

EL RÉGIMEN MATRIMONIAL EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

SUMARIO: 1. Sistema de capitulaciones forzosas. 2. Sistema de régimen legal supletorio de la voluntad de los cónyuges. 3. Régimen de sociedad legal. 4. Régimen legal de separación de bienes (supletorio y forzoso). 5. La modificación del régimen matrimonial de bienes de los consortes. 6. Las facultades de administración de los bienes de los consortes. 7. La interdependencia de los bienes propiedad de los cónyuges. 8. Los bienes comunes y los bienes propios. 9. El régimen de separación de bienes y la representación legal de los cónyuges. 10. Las cargas de hogar. 11. Los bienes que la mujer adquiere por su trabajo. 12. La aplicación de los bienes aportados por cada uno de los cónyuges en caso de liquidación de la sociedad conyugal. 13. Medidas protectoras de la mujer en el caso de disolución de la sociedad. 14. Los regímenes conyugales de bienes en la vida práctica. 15. La expedición de cheques y operación de cuentas bancarias por los consortes durante el régimen de sociedad conyugal. 16. Las facultades de disposición de cada uno de los consortes.

Con la colaboración de Raúl Necedal

De acuerdo con el régimen federal mexicano, el Distrito Federal y cada uno de los estados integrantes de la Federación tienen competencia para legislar en materia civil. Los códigos civiles de los estados regulan los efectos del matrimonio en relación con los bienes de los consortes, atendiendo a diversos criterios. No obstante la falta de uniformidad al respecto, es posible llevar al cabo una clasificación de los sistemas legislativos de la materia, agrupándolos en dos grandes ramas, a saber:

1. *Sistema de capitulaciones forzosas.* Es el sistema que establece el Código Civil para el Distrito Federal y que han acogido puntualmente los códigos civiles de los estados que se indican a continuación: Baja California, Coahuila, Colima, Chiapas, Durango, Guerrero, México, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Querétaro, Sinaloa, Tabasco y Zacatecas.

De acuerdo con este sistema, los contrayentes pueden optar libremente entre el régimen de sociedad conyugal o el de separación de bienes; pero en todo caso están obligados a acompañar a la solicitud de matrimonio que presenten al oficial del Registro Civil, las capitulaciones ma-

trimoniales en que de una manera expresa hagan constar cuál es el estatuto que regirá sobre sus bienes durante el matrimonio.

2. *Sistema de régimen legal supletorio de la voluntad de los cónyuges.* En este sistema, el panorama de la legislación mexicana se presenta bajo dos grandes grupos: a) régimen de sociedad legal, que se aplica supletoriamente cuando los contrayentes no han celebrado capitulaciones matrimoniales (ninguno de los códigos civiles mexicanos adopta el sistema de sociedad legal forzosa) y b) régimen legal de separación de bienes, que a su vez se aplica en algunos códigos de manera supletoria, y en otros códigos civiles la separación de bienes como régimen matrimonial es impuesto por la ley taxativamente. En seguida se presenta la ubicación que dentro de esos sistemas de regímenes legales corresponde a cada uno de los códigos civiles de los estados de la Federación.

3. *Régimen de sociedad legal,* que se aplica supletoriamente cuando los contrayentes no han celebrado capitulaciones matrimoniales. En este subgrupo quedan comprendidos los códigos civiles de: Aguascalientes, Chihuahua, Hidalgo, Jalisco, Oaxaca, Puebla, Sonora, Tamaulipas, Veracruz y Yucatán.

4. *Régimen legal de separación de bienes (supletorio y forzoso).* Aquí a su vez encontramos: a) Códigos civiles que lo instituyen como régimen supletorio: Campeche, Guanajuato, Tlaxcala; b) Códigos civiles que lo instituyen como régimen forzoso, excluyendo la posibilidad de capitulaciones: Michoacán, San Luis Potosí.

Dada la multiplicidad de los códigos civiles de nuestro país, de los cuales la mitad excluye la posibilidad de la sociedad legal, no hemos querido dar respuesta a las preguntas formuladas sin presentar antes el cuadro de los sistemas adoptados por los códigos mexicanos sobre la materia.

I. *¿Existen en México disposiciones legales que determinen la situación de los bienes de los esposos que contraen matrimonio sin pactar capitulaciones (régimen matrimonial legal)?*

Esta cuestión no se presenta en las legislaciones que adoptan el sistema de capitulaciones forzosas (apartado 1 del preámbulo). Los sistemas legislativos comprendidos en los apartados 2a, 3 y 4a), establecen respectivamente la sociedad legal y la separación de bienes como regímenes supletorios a falta de capitulaciones matrimoniales y los códigos comprendidos en el apartado 2b) excluyen la posibilidad de capitulaciones e imponen como régimen forzoso la separación de bienes de los cónyuges.

II. *¿Puede dicho régimen ser modificado durante el matrimonio:*
 a) *por convenio entre los cónyuges, b) por decisión judicial?*

5. *La modificación del régimen matrimonial de bienes de los consortes.* a) Excepción hecha de los códigos que establecen el régimen legal forzoso (Michoacán y San Luis Potosí), existe la posibilidad de modificar el régimen al cual se ha sometido el matrimonio, no sólo en el sentido de sustituirlo por otro, sino también por lo que se refiere a los regímenes convencionales, en el sentido de modificar su organización y funcionamiento interno. Así, por ejemplo, puede excluirse del régimen de sociedad conyugal una porción de los bienes que formaban parte de ella para someterlos al régimen de separación de bienes, haciendo coexistir ambos regímenes respecto de los bienes de los consortes, o bien, sin modificar la sociedad conyugal los consortes pueden convenir en cambiar el sistema de administración o en ampliar o restringir la facultad del administrador, etcétera.

b) El régimen de sociedad convencional o legal puede, por sentencia judicial, ser sustituido por el de separación de bienes (pero no el de sociedad conyugal) en los siguientes casos:

1. A petición de alguno de los cónyuges si el socio administrador, por su notoria negligencia o torpe administración, amenaza arruinar a su consorte o disminuir considerablemente los bienes comunes;

2. Cuando el socio administrador haga cesión de bienes a sus acreedores o sea declarado en quiebra;

3. Cuando se declare la presunción de muerte del cónyuge ausente.

La sociedad, convencional o legal, se modifica o se suspende por la declaración de ausencia de alguno de los cónyuges.

El abandono injustificado del domicilio conyugal por más de seis meses hace cesar, para ese cónyuge, los efectos de la sociedad en cuanto le favorezcan.

En caso de nulidad de las capitulaciones matrimoniales, puesto que el vínculo conyugal puede seguir subsistiendo, la sentencia de nulidad produce el efecto de una capitulación tácita de separación de bienes (en el sistema de capitulaciones forzosas y en el sistema de régimen legal supletorio).

III. *¿Otorgan las disposiciones relativas al régimen legal una plena independencia a cada uno de los esposos en la administración de su patrimonio, o tiene el marido facultades de administración sobre los bienes de la esposa?*

6. *Las facultades de administración de los bienes de los consortes.*

Dentro del sistema de capitulaciones forzosas, puede concebirse excepcionalmente la hipótesis de que habiendo convenido los consortes establecer el régimen de sociedad conyugal, se atribuya al marido o a la mujer la administración separada de una porción del fondo común.

Si el régimen que se establece en las capitulaciones es el de separación de bienes cada uno de los cónyuges conserva la propiedad y administración de los bienes que le pertenezcan. El marido y la mujer tienen capacidad para disponer de los bienes propios, sin necesidad del consentimiento del otro cónyuge, salvo las restricciones que hayan establecido en las capitulaciones matrimoniales.

Lo mismo debe decirse respecto de los códigos clasificados en el apartado 3a) del preámbulo, respecto de los bienes propios de cada uno de los cónyuges; con excepción del Código Civil de Puebla, conforme al cual el marido es el representante legítimo de la mujer y ésta no puede, sin licencia de aquél, otorgada por escrito, comparecer en juicio por sí o por procurador ni aun para la prosecución de los pleitos iniciados antes de la celebración del matrimonio. El marido es, además, el administrador de la sociedad legal. Lo mencionado respecto del régimen de separación de bienes establecido en las capitulaciones matrimoniales, es aplicable a los Códigos Civiles citados en el apartado 4b).

IV. *¿Existen reglas que establezcan ciertas relaciones entre ambos patrimonios, con o sin masa común?*

7. *La interdependencia de los bienes propiedad de los cónyuges.* En los códigos comprendidos en el apartado 1) los cónyuges pueden estipular en las capitulaciones las relaciones que pretendan establecer entre el patrimonio de cada uno de ellos, particularmente si han convenido en establecer una sociedad conyugal parcial. La cuestión no se presenta en el caso del régimen de separación absoluta de bienes. Si la separación de bienes es parcial, sí existe la posibilidad de que los cónyuges establezcan relación entre sus patrimonios, ya sea que la separación de bienes no comprenda los frutos de estos y sus accesiones o los productos del trabajo de cada uno de los consortes, o se refiera a los bienes presentes de los cónyuges o a los bienes futuros, etcétera.

Por otra parte, los códigos comprendidos en el sistema de régimen legal (supletorio, apartado 2a) del preámbulo) sí establecen relaciones entre ambos patrimonios, pues conciben a la sociedad legal como una sociedad de gananciales y determinan detalladamente no sólo cuáles bienes son comunes, sino también qué deudas están a cargo del fondo común, así como la repercusión de las deudas contraídas por

uno solo de los cónyuges, sobre los bienes propios o sobre los bienes comunes.

Los códigos que establecen el régimen legal de separación de bienes, como es obvio, excluyen toda relación entre los patrimonios de los cónyuges.

V. *Si existe una masa común* a) *¿Cómo se compone (activo y pasivo)?* b) *¿Cómo es administrada?* c) *¿Cuál es el efecto de las obligaciones del marido o de la mujer, sobre dicha masa común y sobre los bienes propios?*

8. *Los bienes comunes y los bienes propios.* De acuerdo con el artículo 189 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales y sus concordantes de los códigos civiles citados en el apartado 1) del preámbulo, se estará a lo que dispongan las capitulaciones matrimoniales que establezcan la sociedad conyugal en lo relativo a la constitución de la masa común, a la manera de administrarla y a los efectos de las deudas del marido y de la mujer sobre dicha masa común; en la inteligencia de que si la sociedad conyugal, de acuerdo con las capitulaciones, no comprende la totalidad de los bienes de los consortes, debe interpretarse que esos bienes separados de la masa común responden preferentemente de las deudas contraídas por el cónyuge dueño de ellos y la masa común responderá subsidiariamente salvo estipulación en contrario, en las capitulaciones.

En los códigos que adoptan el sistema de sociedad legal (3), la masa común se constituye sobre los gananciales obtenidos a partir de la celebración del matrimonio (frutos naturales e industriales, productos de trabajo y accesiones de los gananciales) y sobre los créditos derivados de contratos o actos celebrados durante el matrimonio.

Salvo los códigos de Tamaulipas y Yucatán, que disponen que la administración del fondo social corresponde a ambos cónyuges, el resto confieren al marido la administración de la masa común. El marido de los ordenamientos integrantes del subgrupo 3 del preámbulo, tiene poder para actos de administración y respecto de los bienes muebles, lo tiene también para actos de dominio. Ninguna enajenación de gananciales por parte del administrador hecha en contravención de la ley o en fraude de su consorte puede perjudicar a éste.

Están a cargo de la sociedad legal las deudas contraídas por ambos cónyuges o sólo por el marido o por la mujer con autorización de éste o sin ella en ausencia del marido, o por su impedimento, sin perjuicio de la responsabilidad del cónyuge directamente obligado, que puede hacerse efectiva sobre sus bienes propios. Las deudas de cada cónyuge, anteriores al matrimonio, son a cargo de la sociedad a falta

de bienes propios; pero su importe se carga al cónyuge deudor, al liquidarse la sociedad, salvo que el otro cónyuge estuviera también personalmente obligado o que las deudas se hubieran contraído en provecho común.

Por último, los códigos incluidos en el sistema de régimen legal de separación de bienes, supletorio o forzoso 4a) y 4b) establecen disposiciones relativas a los bienes adquiridos en común por los cónyuges. De acuerdo con los códigos de Guanajuato, San Luis Potosí y Tlaxcala, los bienes adquiridos en común son administrados por ambos cónyuges o por uno solo, actuando por sí mismo y en calidad de mandatario del otro cónyuge. Los códigos civiles de Campeche y Michoacán establecen un régimen de copropiedad al respecto.

VI. *¿Existe, dentro del régimen, la posibilidad de que uno de los consortes desempeñe la representación voluntaria, judicial o legal del otro cónyuge?*

9. *El régimen de separación de bienes y la representación legal de los cónyuges.* En los códigos que siguen el sistema de capitulaciones forzosas no existe disposición alguna que impida la celebración del contrato de mandato entre los consortes, salvo lo dispuesto en las capitulaciones sobre la administración de bienes. De allí se concluye que los tribunales y la ley puede designar representante a cualquiera de los cónyuges, en los casos en que se requiera.

De acuerdo con los códigos que establecen el régimen de sociedad legal a falta de capitulaciones, la administración de la masa común corresponde al marido, quien actúa por sí y por cuenta de su consorte. Sólo el marido puede representar a la sociedad legal, y la mujer no puede administrar la masa común sin el consentimiento del esposo. No existe, por otra parte, limitación para que la mujer pueda desempeñar la representación convencional, judicial o legal de su marido, ante alguna causa que a ella corresponda ejercer preferentemente esa representación, como ocurre en los casos de ausencia o impedimento del marido.

VII. *¿Tiene alguno de los esposos poderes particulares respecto de las necesidades del hogar?*

10. *Las cargas del hogar.* Todos los códigos mexicanos coinciden en que la dirección y cuidado de los trabajos del hogar está a cargo de la esposa. También disponen, de manera uniforme, que todos los gastos necesarios para el mantenimiento del hogar están a cargo del marido;

pero si la mujer tuviere bienes propios o desempeñare algún trabajo o ejerciere alguna profesión, oficio o comercio, debe contribuir para ello, en cantidad que no exceda de la mitad de dichos gastos, a no ser que el marido estuviere imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, pues entonces todos los gastos serán por cuenta de la mujer y se cubrirán con bienes de ella.

Asimismo, la mujer tiene derecho preferente sobre los productos de los bienes del marido y sobre sus sueldos, salarios y emolumentos, por las cantidades que correspondan para la alimentación de ella y de sus hijos menores. También tiene derecho preferente sobre los bienes propios del marido para la satisfacción del mismo fin. La mujer puede pedir el aseguramiento de bienes, para hacer efectivos estos derechos.

En el caso de que el marido carezca de bienes propios y estuviere imposibilitado para trabajar, tendrá los derechos a que se refiere el párrafo anterior.

Por otra parte, el marido es responsable de las deudas que contraiga la esposa para sufragar los alimentos de ella y de sus hijos, por la cantidad necesaria para ese objeto y siempre que no se trate de gastos superfluos.

En los términos de los códigos que establecen el sistema de sociedad legal supletorio, los gastos para el sostenimiento del hogar son a cargo de la masa común.

VIII. *¿Existe un estatuto particular relativo a los bienes que la mujer adquiere por el ejercicio de una profesión?*

11. *Los bienes que la mujer adquiere por su trabajo.* Los códigos comprendidos en el apartado 1) del preámbulo remiten a las capitulaciones para determinar la suerte de los bienes que la mujer adquiera por el ejercicio de una profesión.

De acuerdo con los códigos de los estados que acogen el sistema de sociedad legal (2a), los productos del trabajo forman parte de la masa común.

Por último, los códigos que adoptan el sistema de régimen legal de separación de bienes (4) disponen que los bienes que la mujer adquiera por el ejercicio de una profesión serán propios de ella, salvo que los cónyuges hayan celebrado convenio al efecto.

IX. *¿Cómo puede cada uno de los esposos probar la propiedad de sus bienes al hacerse la liquidación del régimen y cuál es la situación jurídica si dicha prueba no es aportada?*

12. *La aplicación de los bienes aportados por cada uno de los cónyuges en caso de liquidación de la sociedad conyugal.* En los códigos clasificados en el apartado 1 y 2a) (capitulaciones forzosas y capitulaciones voluntarias, respectivamente) la prueba de la propiedad de los bienes que aportan los consortes a la sociedad conyugal se desprende de las capitulaciones matrimoniales, respecto de los bienes que cada uno de los consortes lleva a la sociedad conyugal, en el momento de celebrar el pacto.

Lo mismo puede decirse por lo que se refiere a la propiedad de los bienes adquiridos por los consortes con posterioridad a la fecha de las capitulaciones, si se trata de una sociedad conyugal universal.

Si la sociedad es parcial, y en el pacto se establece que los bienes que adquiere cada uno de los cónyuges en lo futuro quedan excluidos de la sociedad conyugal, no se presenta problema acerca de la inclusión o exclusión de ellos en el fondo común. La fecha de su adquisición es concluyente.

El problema surge si la base para excluir esos bienes de la masa común o para incluirlos en ella es la propiedad de los fondos con que son adquiridos por cualquiera de los consortes, según se trate o no de fondos propios o en fondos comunes.

Para probar ese extremo, son admisibles todos los medios establecidos en los códigos procesales (documentos, testigos, presunciones, etcétera). Las más de las veces, el enlace de las pruebas rendidas llevará al juzgador a establecer presuntivamente el origen de los fondos con los que se adquirió el bien de que se trata.

Generalmente, los notarios y los abogados acostumbran preconstituir la prueba mediante la declaración del cónyuge del adquirente, haciendo que comparezca al acto de adquisición para manifestar que esos bienes fueron adquiridos con fondos propios de su consorte.

En el caso de los códigos clasificados en el mismo apartado 2a) (sociedad legal), la prueba de la propiedad de esos bienes consta en el acta de matrimonio en razón de que, tratándose de una sociedad legal de gananciales, los bienes adquiridos con posterioridad a la fecha de la celebración de matrimonio forman parte de la masa común.

En el régimen legal de separación de bienes (apartado 4 subgrupos 4a) y 4b), la prueba de la propiedad de dichos bienes consta en el título de adquisición, en cuanto allí aparece el nombre del adquirente. De los bienes que los cónyuges adquieran en común por donación, herencia, por legado, por don de la fortuna, o por cualquier otro título, los cónyuges serán considerados como propietarios.

Estas reglas son aplicables en el caso de liquidación de la sociedad

conyugal y de la sociedad legal, ya se trate de liquidación convencional, judicial, legal o por razón de sucesión hereditaria.

X. *Si existe una masa común, ¿cómo se efectúa su partición?*

Debemos distinguir entre la liquidación convencional y la judicial.

De acuerdo con los códigos agrupados en el apartado 1 y en el 2a), si los consortes han pactado la sociedad conyugal, la manera de efectuar la partición de los bienes de la sociedad conyugal se ajustará a lo dispuesto en las capitulaciones matrimoniales.

Si la sociedad ha de liquidarse por sentencia judicial pronunciada en juicio de divorcio, de nulidad del matrimonio, de nulidad de las mismas capitulaciones o por la declaración de muerte del cónyuge ausente, se procederá a la división de los bienes comunes de acuerdo con lo que dispongan las capitulaciones matrimoniales. Después de pagar las deudas de la sociedad, los productos repartibles, en caso de nulidad del matrimonio, se distribuirán entre ambos cónyuges si ambos han procedido de buena fe o se aplicarán íntegramente al cónyuge de buena fe o en favor de los hijos si en ambos consortes concurre mala fe. Las pérdidas se deducirán por mitad de lo que hubiere llevado cada consorte a la sociedad conyugal. Pero si sólo uno de los cónyuges hubiere aportado capital, de éste se deducirán todas las pérdidas.

En el caso de sucesión hereditaria de uno de los cónyuges, el cónyuge que sobreviva continúa en la posesión y administración del fondo social, con intervención del representante de la sucesión.

XI. *¿Existen durante el matrimonio o para el tiempo de su disolución medidas especiales de protección de la mujer?*

13. *Medidas protectoras de la mujer en el caso de disolución de la sociedad.* Como se ha explicado, el marido debe dar alimentos a la mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar, salvo que la mujer tenga bienes propios o desempeñe algún trabajo; la mujer tiene derecho preferente sobre los bienes del marido, sobre los productos de dichos bienes y sobre sus sueldos, ganancias u honorarios, para la satisfacción de sus alimentos. Podrá pedir el aseguramiento de esos bienes para hacer efectivos aquellos derechos.

En caso de disolución de la sociedad por orden judicial, una de las primeras medidas que debe adoptar el juez es asegurar el pago de alimentos de la mujer y de sus hijos.

XII. *¿Existen reglas de carácter imperativo aplicables tanto al régimen legal como a los regímenes convencionales que tengan por objeto asegurar la satisfacción de las necesidades del hogar y la independencia de los esposos, especialmente de la mujer casada?*

Además de las disposiciones a que hemos hecho mención en las respuestas número V y VII, podemos agregar que la mujer necesita autorización judicial para contratar con su marido (excepto cuando se trata del contrato de mandato), y para obligarse solidariamente con él en asuntos que sean del interés exclusivo de éste. También requiere de autorización para ser fiadora de su marido, a menos que se trate de la fianza para que éste obtenga su libertad, si está procesado.

XIII. *¿El régimen legal funciona en la práctica como está previsto en el derecho?*

14. *Los regímenes conyugales de bienes en la vida práctica.* En México, cualquiera que sea el régimen matrimonial legalmente aplicable, la vida en común que nace entre los consortes crea, de hecho, una verdadera comunidad de los bienes que pertenecen a los cónyuges, para cubrir las necesidades de la familia.

Esta comunidad subsiste en la práctica, aun cuando formalmente por conveniencia o por escrúpulos sociales o morales de los consortes se haya establecido un régimen de separación de bienes, pues en este caso, en la realidad existe entre los esposos una sociedad de gananciales, administrada por el marido, dado que los frutos de esos bienes y el producto del trabajo de los cónyuges se destina en la mayoría de los matrimonios a constituir un fondo común.

Para los actos de enajenación o gravamen de inmuebles, ya sea que pertenezcan a uno de los consortes o a ambos, entre los notarios es la práctica que, en todo caso, ambos cónyuges concurren a prestar su consentimiento para el otorgamiento del acto que va a celebrarse.

XIV. *¿Puede cada uno de los esposos libremente abrir cuentas bancarias, concertar depósitos de valores o dinero, efectuar retiros y expedir cheques, sin consentimiento de su consorte y sin ofrecer la prueba de la propiedad de las sumas registradas o depositadas?*

15. *La expedición de cheques y operación de cuentas bancarias.* En el sistema legislativo bancario mexicano, que es de aplicación federal, ni el marido ni la mujer necesitan ofrecer prueba alguna de propiedad

para abrir cuentas de cheques o de valores, ni para disponer de las sumas de dinero o de valores depositados.

El contrato de depósito, civil o mercantil, no prejuzgan sobre la propiedad de los bienes depositados. Es un contrato por el cual el depositario se obliga frente al depositante a recibir una cosa que aquél le confía y a restituirla cuando la pida el depositante.

La cuenta bancaria de cheques no necesariamente requiere de la entrega de sumas de dinero del cuentahabiente al banco; puede derivar de un contrato de crédito (apertura de crédito, convenios de sobregiro, etcétera) concertado con anterioridad entre el cuentahabiente y la institución bancaria. En este caso, el librador del cheque expide el documento, no en ejercicio de un derecho real de propiedad, sino como titular de un derecho de crédito, es decir, como acreedor de una obligación personal existente a cargo del banco librado.

Por otra parte, de acuerdo con la Ley de Títulos de Operaciones de Crédito (artículos 5º y 175), la facultad de liberar cheques contra determinada institución bancaria tiene su origen en la autorización que el banco otorga al cuentahabiente, que sólo puede expedir válidamente estas órdenes de pago por medio del libramiento del título de crédito denominado "cheque", expedido precisamente en ejemplares desprendidos del talonario que el banco proporciona al cliente y que va numerado, con indicación de la cuenta bancaria correspondiente a dicho talonario. El banco librado está obligado a pagar cada cheque mediante la presentación del título, por la persona legitimada para exigir su pago, de acuerdo con la ley de circulación del documento (simple tenedor del cheque si el documento es al portador o último endosatario del mismo, si el documento fue expedido, "a la orden").

XV. *¿Puede cada uno de los esposos realizar actos de disposición sin el consentimiento de su cónyuge y sin probar qué facultades tiene para ello? ¿Cuáles?*

16. *Las facultades de disposición de cada uno de los consortes.* Por lo que se refiere a la disposición de numerario, aunque en la legislación mexicana no rige el principio francés de que "la posesión equivale al título", la moneda y títulos al portador no pueden ser reivindicados del adquirente de buena fe, aunque el poseedor hubiera sido despojado de ellos en contra de su voluntad. La buena fe siempre se presume, salvo prueba en contrario.

En cuanto a la enajenación o gravamen de los inmuebles, confróntese la respuesta al punto 2 anterior.

XVI. a) *¿Existen reglas particulares para la enajenación de inmuebles?* b) *¿De fondos de comercio?* c) *¿De derechos de asociado y otros valores mobiliarios?* d) *¿De derechos de arrendamiento?*

a) Por lo que se refiere a las reglas particulares aplicables a los cónyuges para la gestión o enajenación de inmuebles, véase la respuesta a la cuestión III.

b) En cuanto a la gestión de un establecimiento mercantil, cabe señalar que la mujer casada puede desempeñar un empleo, ejercer una profesión, industria o comercio, siempre y cuando no perjudique con ello la dirección y cuidado de los trabajos del hogar. Ninguno de los cónyuges requiere (salvo lo dispuesto en las capitulaciones matrimoniales) autorización del otro cónyuge para la administración de bienes, ni autorización de su consorte para la administración del establecimiento mercantil en el que uno u otro realice actos de comercio.

c) Por lo que se refiere a la enajenación de derechos de participación en sociedades o asociaciones y la transmisión de derechos de socio representados por acciones, *cfr.* respuestas números 2 y 3 de esta sección.

d) En cuanto a los derechos de arrendamiento, si se trata de un régimen de sociedad conyugal y el bien arrendado forma parte de la masa común, el administrador de estos bienes tiene la facultad de darlos en arrendamiento. En la práctica no se exigen pruebas ni de la existencia de la sociedad ni de la calidad de administrador de quien da en arrendamiento el inmueble.

XVII. *¿Existen reglas particulares para la adjudicación de los bienes precitados a uno de los esposos o a los herederos de uno de ellos después de la disolución del régimen?*

En el sistema de capitulaciones forzosas, los pactos que celebren los esposos deben contener las bases a las que se sujetará la liquidación de la sociedad conyugal.

En el sistema de régimen de sociedad legal supletoria, al disolverse la sociedad se devuelve a cada cónyuge lo que llevó al matrimonio y el sobrante se divide entre ellos por mitad. En caso de muerte de uno de los cónyuges también se devuelve a éste lo que llevó al matrimonio y la mitad de los gananciales. Si el cónyuge que sobrevive a su consorte fallece antes de que concluya la liquidación, el 50% del sobrante que resulte después de pagar las deudas a cargo de la sociedad conyugal forma parte del haber hereditario del cónyuge premuerto.

Acerca de las pérdidas que resulten a la disolución de la sociedad, *cfr.* respuesta a la cuestión número X.

XVIII. *¿Puede en la práctica cada uno de los esposos ejercer sin trabas los poderes de libre disposición y de gestión que la ley le confiere? ¿Particularmente los bancos, los notarios, los órganos de la administración, etcétera, acostumbran exigir la comprobación de las facultades o el consentimiento del otro cónyuge con lo que de hecho obstaculicen el ejercicio individual de los poderes de uno u otro de los consortes?*

Esta pregunta ha sido contestada en el cuerpo de esta consulta.

1. La autonomía de la voluntad.
2. Las limitaciones a la voluntad de las partes.
3. La responsabilidad contractual.
4. El "sinalagma genético".
5. Las cláusulas excluyentes.
6. Las cláusulas limitativas.
7. El derecho positivo.
8. El contrato de transporte.
9. La pena convencional.
10. Recapitulación.

LA VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS DE NO RESPONSABILIDAD O LIMITATIVAS DE RESPONSABILIDAD

SUMARIO: 1. La autonomía de la voluntad. 2. Las limitaciones a la voluntad de las partes. 3. La responsabilidad contractual. 4. El "sinalagma genético". 5. Las cláusulas excluyentes. 6. Las cláusulas limitativas. 7. El derecho positivo. 8. El contrato de transporte. 9. La pena convencional. 10. Recapitulación.

1. *La autonomía de la voluntad.* Conviene apuntar que el tema de la validez de las cláusulas que eximen de responsabilidad o que limitan la responsabilidad de las partes, por el incumplimiento del contrato, gira en torno: a) al problema de la autonomía de la voluntad, b) a la imputabilidad del incumplimiento de uno de los contratantes y c) a la defectuosa ejecución o total inexecución de las obligaciones contraídas por las partes. Entre todos y cada uno de los puntos señalados existe una adecuada correspondencia y de esa estrecha dependencia a su vez pende el contenido, los efectos y la función instrumental del contrato.

La función económica que esta institución desempeña en el tráfico jurídico, exige esa adecuada armonía entre el acuerdo de voluntades, los efectos que las partes persiguen al celebrar el contrato y la ejecución de las prestaciones convenidas entre ellas.

En el evento de que por culpa o dolo el obligado no cumpla la obligación contraída, nace una nueva obligación a cargo del deudor incumplido: la de pagar los daños y perjuicios que cause el incumplimiento, al otro contratante. Es decir, surge la responsabilidad civil, a cargo del obligado contumaz.

En ese momento crítico a la obligación, que es objeto inmediato del contrato celebrado, se añade ahora la responsabilidad por incumplimiento, el resarcimiento del daño y la indemnización de perjuicios, que son el efecto eventual por la ejecución retardada o total inexecución del contrato.

El deber jurídico de cumplir con lo pactado, que es a cargo de los contratantes, subsiste desde la celebración del contrato hasta su cabal ejecución (voluntaria o coactiva), y tal deber de cumplimiento a lo estipulado es la responsabilidad "personal" de las partes, que no pueden sustraerse al cumplimiento. La responsabilidad "patrimonial" del

deudor se concreta en una garantía de contenido económico, en virtud de la cual el deudor compromete su patrimonio en el cumplimiento del contrato. El principio conocido como *pacta sunt servanda* y la responsabilidad patrimonial del obligado, son los puntos de apoyo de la institución misma del contrato (artículos 1796 y 2994 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales).¹

El problema en torno a la validez de las cláusulas que limitan o excluyen la responsabilidad de las partes por incumplimiento del contrato alude a la limitación o exclusión de la responsabilidad "patrimonial", que ofrece el obligado para garantizar la realización de los efectos del contrato, es decir, la puntual ejecución de la prestación prometida, en su integridad y su identidad y para garantizar al acreedor que la violación de ese deber de cumplir se traducirá en el pago de un resarcimiento adecuado a la lesión que tal violación haya causado a aquél.

2. *Las limitaciones a la voluntad de las partes.* Conviene, por otra parte, señalar que la autorregulación de los intereses de las partes se encuentra limitada por:

a) Los elementos esenciales del contrato, que quedan sustraídos a la modificación por la voluntad de las partes;

b) El orden público (licitud del objeto de las obligaciones contractuales), y

c) La naturaleza jurídica y la función instrumental de cada contrato en particular, que no puede ser desvirtuada por acuerdo de los contratantes (simulación, actos en fraude de acreedores).

Dentro de estas limitaciones, las partes pueden establecer contractualmente las normas que juzguen pertinentes en protección de sus intereses privados. Podría entonces aceptarse sin más, la validez de las cláusulas limitativas o excluyentes de responsabilidad civil por incumplimiento del contrato.² Empero, de inmediato se presenta la primera observación, sustentada de antiguo por la jurisprudencia francesa, y seguida uniformemente por la doctrina, en el sentido de que no puede excluirse la responsabilidad cuando el incumplimiento del contrato obedece a dolo de una de las partes. Y así lo dispone el artículo 2106 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales: "la responsabi-

¹ Los preceptos que se citan en esta comunicación corresponden a los numerales del Código Civil del Distrito y Territorios Federales, que concuerdan sustancialmente con las disposiciones de los códigos civiles de los 29 estados de la Federación.

² Esta opinión parece hallar su fundamento legal en el derecho mexicano, en lo dispuesto por el artículo 1854 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales que dice: "las cláusulas de los contratos deben interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas".

lidad proveniente de dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de hacerla efectiva, es nula".³

Propiamente la invalidez de las cláusulas que contengan la renuncia del derecho de exigir la responsabilidad por incumplimiento proveniente de dolo, encuentra razón suficiente en la disposición legal que enuncia el artículo 1797 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales, la cual dice: "la validez del cumplimiento de los contratos puede dejarse al arbitrio de los contratantes".

Por otra parte, el artículo 1839 permite a las partes poner las cláusulas que crean convenientes:

Artículo 1839. Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrá por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley.

El orden público establece una limitación a la autonomía privada: las estipulaciones que vulneran la buena fe de los contratantes, el equilibrio de las prestaciones entre las partes, por ser normas protectoras del interés de un contratante frente al otro, carecen de validez jurídica (caso típico es la lesión prevista en el artículo 17 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales). El derecho contemporáneo pone en claro que este principio de orden público es el punto de sustentación del derecho laboral en materia de relaciones obrero-patronales. En el problema que se estudia en este trabajo, podría invocarse este principio para declarar la invalidez de las cláusulas que limiten o excluyan la responsabilidad por incumplimiento del contrato en que incurra una de las partes.

Sin embargo, en el derecho privado, la autonomía de los particulares les permite regular convencionalmente sus propios intereses y no puede negarse que aun dentro de un ámbito de libertad, cuyas restricciones es preciso tratar de señalar. El problema que se plantea desde

³ Colin y Capitant, "Curso elemental de derecho civil", trad. de la 2ª ed. francesa, Madrid, 1960, t. III, *Teoría general de las obligaciones*, p. 31. "La liberación de estas últimas es admitida, la del dolo y la culpa grave, dolo o *equipollens*, es, por el contrario, rechazada (Civ., 15 de marzo de 1876, D. P. 76.1.449, S. 76.1.377, nota de M. Labbé). Esta distinción es en sí misma muy razonable. Si es admisible que un deudor pueda, en un contrato, estipular su irresponsabilidad para el caso de que cometa una falta ordinaria que impida o retarde el cumplimiento de su obligación, no puede englobar en esta irresponsabilidad el caso en que cometa una falta grave. El deudor debe aportar un *minimum* de precaución y de atención en el cumplimiento de su obligación, y no debe permitírsele que se libere de ellas. Y, por lo que se refiere al dolo, es decir, a la culpa intencionada, obligarse reservándose la facultad de abstenerse voluntariamente de cumplir la obligación, sería un acto irrisorio, que quedaría destruido por la nulidad establecida por la ley contra las obligaciones puramente potestativa (artículo 1,174)."

este punto de vista, consiste en determinar si las cláusulas que limitan o excluyen la responsabilidad quedan sustraídas a la voluntad de los particulares de un modo absoluto (como se presentan en el ámbito de otras ramas del derecho) y en su caso, cuáles son las restricciones que el ordenamiento establece al respecto.

Frente a esta posición habría que preguntarse hasta qué punto, en los casos de culpa grave y culpa leve, tienen validez jurídica en la materia de los contratos privados las cláusulas que no comprometen la responsabilidad del deudor que no cumple la obligación contraída.

3. *La responsabilidad contractual.* La imputabilidad de la culpa, es el presupuesto mínimo necesario para que surja a a cargo del deudor la obligación de reparar los daños causados al otro contratante.

Prescindiendo por ahora de la cuestión planteada en la doctrina, acerca de la identidad de la responsabilidad contractual y extracontractual, para los propósitos de este trabajo bastará señalar que, tratándose de la responsabilidad contractual, se requiere en manera imprescindible de la imputabilidad del hecho generador del daño (el incumplimiento del contrato) para que nazca la responsabilidad a cargo del deudor contumaz. Y se presume, mientras no se prueba lo contrario, la culpa del deudor en todo incumplimiento del contrato.

Los conceptos de culpa e imputabilidad, en la inejecución del contrato, se encuentran íntimamente ligados a la idea de responsabilidad y los tres, a la violación del deber jurídico de cumplir los contratos legalmente celebrados.⁴

En los casos de culpa extracontractual, el obligado sólo quedará exonerado de la responsabilidad de reparar el daño causado, si prueba que el incumplimiento se debió a casos razonablemente imprevisibles o inevitables. A falta de esta prueba, el hecho del incumplimiento es imputable al deudor y, por lo tanto, en principio, deberá reparar los daños que sean consecuencia inmediata de la falta de ejecución de la obligación contraída, ya sea que estos se hayan causado o que necesariamente deban causarse (artículo 2110 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales).

En efecto, en este ámbito

⁴ "...que el contrato deba ser observado, es decir, que las partes cumplan lo que se estableció en él, es un principio que deriva de aquél (orden ético), del respeto a la palabra dada y de la consideración de que (aun prescindiendo del hecho de que el contrato es por lo común de prestaciones recíprocas y que, por consiguiente, la observancia por uno de los contratantes es el presupuesto de la observancia por el otro) el contrato suscita legítimas expectativas en cada uno de los contratantes; expectativas que no deben ser defraudadas. El principio *pacta sunt servanda* invocado a otro propósito (en materia de tratados internacionales), reposa en sustancia sobre el mismo orden de conceptos". Francisco Messineo, *Doctrina general del contrato*, Buenos Aires, 1952, t. II, p. 144.

el término responsabilidad se deriva del verbo "responder", que a su vez tiene raíces lingüísticas en la palabra latina *respondere*. Los romanos, que eran un pueblo jurista, usaban "responder" en primer término con un sentido jurídico. El demandado, o su representante en el tribunal, "responderían" a una demanda presentada en su contra interponiendo razones y alegatos designados para hacer frente a los cargos del demandante y para justificar su propia conducta. Si el tribunal encontraba que las razones y los alegatos no eran satisfactorios, el demandado era requerido para contestar a la demanda en una forma diferente y no verbal: se le pedía, quizá "responder" a los daños por incumplimiento de contrato, o devolver algunos bienes adquiridos ilícitamente por él.⁵

4. *El "sinalagma genérico"*. El deudor debe realizar el pago en el tiempo y lugar convenidos en el contrato; es decir, debe cumplir puntualmente la obligación contraída.⁶

Al llevar al cabo el análisis de la relación obligatoria, Messineo distingue lo que denomina "sinalagma genético", que surge, por decirlo así, en el momento de la celebración del contrato y que alude a la relación obligatoria entre las partes, "y el "sinalagma funcional" que alude al momento de su extinción por el pago de las prestaciones estipuladas.

Siguiendo esta terminología usada por Messineo llamamos "relación genética" a la que surge del contrato y "relación funcional" a la que sirve de base a la ejecución del contrato. La responsabilidad civil por incumplimiento nace en el momento en que se rompe el sinalagma funcional. Esto explica la razón económica del contrato, como instrumento jurídico para la realización de los intereses de cada una de las partes.

En cuanto el incumplimiento rompe la relación funcional del contrato, el acreedor, cuyo interés jurídico no se ve satisfecho (total o parcialmente), sufre un detrimento patrimonial, es decir, resiente un daño.

Cuando el incumplimiento no es imputable al deudor (caso fortuito o fuerza mayor), este último no está obligado a reparar el daño que sufre el acreedor. Surge la responsabilidad civil a cargo del deudor, cuando la causa generadora del incumplimiento se debe a la violación del deber jurídico por culpa o dolo del obligado.

⁵ Bodenheimer, Edgar, "Responsabilidad y racionalidad", *Estudios de Filosofía del Derecho*, Homenaje al doctor Eduardo García Máynez, Facultad de Derecho, UNAM, 1973, p. 75.

⁶ Messineo, Francesco, *Doctrina general del contrato*, Buenos Aires, 1952, t. II, p. 148: "Para calificar las dos posibles situaciones, se podría adoptar una terminología, que con muy distinto significado se emplea respecto de la incidencia del riesgo y peligro de la imposibilidad del cumplimiento de la obligación: sinalagma genético es el contrato en cualquier caso, porque engendra la relación (obligatoria o real); sinalagma funcional lo es cuando además sirve para mantener, por toda la duración del contrato, un fundamento a la relación obligatoria en sus fases de cumplimiento y en el nexo que subsiste entre las prestaciones."

Me parece importante, en relación con el tema de que se trata, la distinción de Brinz entre el deber jurídico de cumplir una determinada obligación y el poder coactivo para hacerla ejecutar.

Que el incumplimiento sea imputable al deudor, significa que el deber jurídico de satisfacer el interés del acreedor ha sido violado, puesto que ese deber subsiste en el momento del cumplimiento del contrato. Que el incumplimiento no sea imputable al deudor, significa que por causas imprevisibles o irresistibles (caso fortuito o de fuerza mayor), a pesar de que pueda haber voluntad de cumplir, la voluntad de acatar ese deber, no es posible cumplir con él, por causas ajenas a dicha voluntad de la parte que es deudora.

En la medida en que la violación del deber de pagar una deuda es susceptible de engendrar la responsabilidad del deudor, ese deber se convierte en obligación jurídica, porque el obligado puede ser "constreñido" (recordando la definición de Ulpiano) a ejecutar coactivamente, si fuere necesario, la prestación que se obligó a cumplir al celebrar el contrato. La deuda sin responsabilidad no trasciende el ámbito de las obligaciones naturales; en tanto que el cumplimiento de las obligaciones legalmente contraídas (obligaciones jurídicas propiamente hablando), no puede quedar al arbitrio de una de las partes (artículo 1797 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales).

Siguiendo esta línea del razonamiento, el efecto fundamental del contrato es la satisfacción del acreedor por medio del pago, y si éste no puede ser alcanzado sino por voluntad del deudor, porque la relación no se encuentra provista de fuerza compulsoria suficiente, no estamos en presencia de una obligación jurídica en el sentido técnico de la palabra.

Llegando a este punto, es preciso dilucidar si el acuerdo de voluntades, base de sustentación del contrato, tiene la fuerza jurídica para que las partes no pueden sustraerse al deber de observar puntualmente las obligaciones por ellas contraídas. En otras palabras, será necesario analizar, según lo haré en seguida, la naturaleza y efectos del convenio que limita la responsabilidad del deudor, para concluir en qué medida y cuál será la fuerza vinculatoria de las cláusulas de esa naturaleza.

5. *Las cláusulas excluyentes.* Teniendo en cuenta lo que se ha expuesto en los párrafos anteriores, podemos concluir que las cláusulas que excluyen la responsabilidad civil por incumplimiento de contrato excluyen a la vez la obligación misma; la voluntad de las partes ha sido la de no obligarse jurídicamente. Acaso habrán estipulado a cargo de una de ellas una obligación incoercible, con el efecto eventual de que si el deudor ejecuta la prestación, el pago no da lugar a la acción de repeti-

ción por pago de lo no debido (artículo 1894 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales).

6. *Las cláusulas limitativas.* Por lo que se refiere a las cláusulas limitativas de responsabilidad, las partes pueden regular por convenio la responsabilidad civil proveniente del incumplimiento del contrato (artículo 2117 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales), ya sea mediante la estipulación de una pena convencional, cuya cuantía puede no cubrir totalmente el valor económico de la obligación, ya sea estipulando alguna obligación alternativa en que la elección corresponda al acreedor (artículo 1963 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales).

Volviendo ahora sobre la disposición contenida en el artículo 2117 del Código Civil citado, podemos desprender que en el derecho mexicano los contratantes sólo podrán regular por convenio la cuantía de su responsabilidad y su forma de pago, pero que la voluntad de las partes es ineficaz para excluir la responsabilidad civil por incumplimiento de ese contrato.

7. *El derecho positivo.* Teniendo en cuenta los principios que se han señalado, parece oportuno examinar algunos casos previstos en el ordenamiento jurídico mexicano.

a) Cuando se trata de vicios redhibitorios, el que enajena no adquiere obligación de indemnizar al adquirente, si los vicios de la cosa fueren manifiestos o si el adquirente es un perito que por razón de su oficio o profesión debe fácilmente conocerlos (artículo 2143 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales). El enajenante no incurre en responsabilidad, porque no ha nacido obligación alguna a su cargo. Falta el presupuesto lógico necesario para que nazca la responsabilidad; es decir, los vicios no son ocultos sino ostensibles o si el adquirente es un experto que por su experiencia debe conocerlos fácilmente.

b) En la cesión ordinaria de crédito (artículo 2043 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales), salvo estipulación en contrario, el cedente no garantiza la solvencia del deudor, excepto que la insolvencia sea pública y anterior a la cesión. Por regla general, el cedente queda excluido de la relación jurídica que existe respecto del crédito cedido. La cesión produce el efecto con las limitaciones que establece la ley, en el sentido de que el cesionario se coloca en el lugar del cedente y éste se libera de toda obligación. Es decir, se produce una situación semejante, aunque no idéntica, a la antigua novación subjetiva conocida en el derecho romano.

c) En la transmisión de los títulos de crédito por medio de endoso ordinario, por regla general el endosante responde en vía de regreso del pago del documento; es decir, el endoso no extingue respecto del

endosante las relaciones jurídicas que nacen del título endosado. Sin embargo, la inclusión en el endosado de la cláusula "sin responsabilidad" produce el efecto de excluir al endosante de las relaciones jurídicas que nacen del mismo título, lo cual significa que no responde, porque no queda de manera alguna obligado a garantizar su pago por la transmisión del documento (artículo 34 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito).

d) En los contratos en que se transmite el uso temporal de una cosa (comodato, arrendamiento), existe la obligación de restituir individualmente lo recibido, a cargo del comodatario o del arrendatario (artículos 2398 y 2497 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales). Está por lo tanto obligado a responder de la conservación de la cosa y de los deterioros que ésta sufra por su culpa. No puede eximirse ni limitar su responsabilidad, pues la naturaleza misma del contrato pone a su cargo la más cuidadosa diligencia para la conservación de la cosa, para hacer posible su oportuna restitución. De otra manera no se producirían los efectos naturales del contrato de comodato, que concluye o termina con la devolución de la cosa misma (artículos 2483 fracción I y 2502 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales).

e) El depositario está obligando a conservar la cosa objeto del depósito según la recibió y a devolverla cuando sea requerido por el depositante, siendo responsable de los menoscabos, daños y perjuicios que ésta sufra por su dolo o culpa (artículo 2522 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales).

La guarda, conservación y restitución de la cosa recibida en depósito, constituye la finalidad o función económica del contrato y, por lo tanto, el depositario no podrá excluir, eximir o limitar su responsabilidad, respecto de la guarda y conservación de la cosa sin contrariar la esencia del contrato de depósito.

En estos casos que se han citado como ejemplos, la limitación de la responsabilidad del comodatario o del depositario incidiría sobre la esencia del contrato y haría incoercible la obligación de restituir a su cargo, con lo cual el contrato no sólo sería inválido, sino inexistente por falta de objeto que pueda ser materia de él.

8. En el *contrato de transporte* el porteador responde de los daños que sufran las personas o las mercaderías con motivo del transporte. Dicha responsabilidad, por disposición expresa del artículo 69 de la Ley de Vías Generales de Comunicación, no puede ser limitada por convenio, excepto en los casos que la misma ley establece.

La responsabilidad del porteador queda excluida por pérdidas o averías (artículo 71 de la Ley de Vías Generales de Comunicación),

cuando se trate de mercancías de rápida descomposición o cuando éstas sufran merma porque el remitente no haya empleado el embalaje adecuado, cuando el daño se deba a la propia naturaleza peligrosa de la mercancía, como en el caso de transporte de explosivos, y por otras causas semejantes que la ley citada establece.

No obstante lo dispuesto por el artículo 69 de la ley citada, la empresa porteadora no responde de los menoscabos de la mercancía cuando el remitente declare falsamente respecto de la mercancía que se transporte.

Por otra parte, tratándose del transporte de personas, por disposición expresa de la ley que se cita (artículo 127) las empresas de servicio público para el transporte de pasajeros están obligadas a asegurar a los viajeros y serán responsables de los riesgos que lleguen a sufrir estos con motivo del transporte (reglamento del artículo 127 de la Ley de Vías Generales de Comunicación).

Por el contrato de transporte, que genera a cargo del porteador una obligación de hacer, el prestatario del servicio debe emplear toda la diligencia y cuidados necesarios para la conservación, guarda y entrega de la cosa transportada, así como para la seguridad del viajero, si se trata de transporte de personas.

Esta guarda y cuidado de la cosa transportada hasta su entrega al destinatario y la seguridad de los pasajeros (obligaciones de hacer) es un elemento esencial del contrato y por lo tanto el porteador o transportista no puede sustraerse a la responsabilidad derivada de su incumplimiento. Si no asumiera esa responsabilidad, no existiría el objeto de la obligación contractual.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en jurisprudencia firme ha sostenido que la seguridad de los viajeros durante el transporte es obligación indeclinable del porteador.⁷

⁷ "El artículo 127 de la Ley de Vías Generales de Comunicación dispone que 'Los porteadores de las vías generales de comunicación, ya sean empresas o personas físicas, estarán obligados a asegurar a los viajeros y serán responsables de los riesgos que lleguen a sufrir con motivo del servicio público que prestan'. Esto significa que nuestra legislación no ha dejado lo relativo a la seguridad de los pasajeros a la determinación voluntaria de las partes contratantes, sino que ha impuesto a los porteadores la obligación de asegurar a los usuarios del transporte y de responder de los riesgos que estos sufran con motivo del mismo. No se podrían estipular en un contrato de transporte condiciones que derogaran o limitaran el alcance del mencionado precepto; y, aunque llegara a establecerse en el contrato la mencionada responsabilidad, no por ello se consideraría como una obligación contractual, puesto que su fundamento es la ley y no la voluntad de las partes. Directo 1443/61 Autobuses de Occidente, S. A. de C. V. 5 votos. Directo 1445/61 Autobuses de Occidente, S. A. de C. V. 5 votos. Directo 1447/61 Autobuses de Occidente, S. A. de C. V. 5 votos. Directo 1449/61 Autobuses de Occidente, S. A. de C. V. 5 votos. Directo 1451/61 Autobuses de Occidente, S. A. de C. V. 5 votos. Directo 1453/61 Autobuses de Occidente, S. A. de C. V. 5 votos. Directo 1455/61 Autobuses de Occidente, S. A. de C. V. 5 votos",

Respecto del contrato de transporte marítimo, la responsabilidad del naviero queda limitada por la "fortuna de mar", constituida por el buque, sus pertenencias y sus accesorios. Como se ve, esta responsabilidad recae sobre el propietario del buque, quien observará que esté bien garantizado el pago del resarcimiento de los daños causados a las personas o cosas transportadas (artículos 132, 133 y 134 de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos). Así lo dispone el artículo 135 de la mencionada ley: "El naviero podrá hacer concreta y actual la limitación de responsabilidad, en los términos de los artículos anteriores, haciendo abandono del buque y sus pertenencias y accesorios en favor de los acreedores."

Por lo que se refiere a la prestación del servicio público de transporte aéreo, los artículos 342, 343 y 349 de la Ley de Vías Generales de Comunicación, establecen la responsabilidad a cargo de la empresa de transporte, para el resarcimiento de los daños causados a los pasajeros o a las cosas transportadas por culpa o negligencia de la empresa o sus dependientes. El artículo 346 de la misma ley declara exenta de responsabilidad a la empresa transportista, si prueba que ha tomado todas las precauciones técnicas necesarias exigidas por la ley o si el daño es imputable a un hecho de la víctima.

En todos estos casos la responsabilidad de la empresa que realiza el transporte deriva directamente de la ley y por lo tanto es ineludible, al punto de que, tratándose de transporte aéreo o terrestre, el porteador está obligado a contratar un seguro que cubra la seguridad de los pasajeros hasta un límite en cuantía que la propia ley establece.

Este sistema legal excluye toda posibilidad de que por convenio de las partes se excluya o limite la responsabilidad del porteador por los daños causados a las cosas o a las personas con motivo del contrato de transporte.

De acuerdo con el criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la única causa que puede eximir o limitar la responsabilidad del transportista es el caso fortuito o la fuerza mayor.⁸

Semanario Judicial de la Federación, Jurisprudencia, sexta época, Tercera Sala, vol. LX, Cuarta parte, p. 296.

⁸ "Transporte, responsabilidad en el contrato de pruebas. Entre las obligaciones legales del porteador se encuentra la de probar que las pérdidas o averías de las mercancías o retardo en el viaje, no han tenido por causa su culpa o negligencia, si es que alega no tener responsabilidad en esos acontecimientos. Además, el artículo 123 del Reglamento de los artículos 152 a 165 de la Ley de Vías Generales de Comunicación, estatuye que 'todos los daños que sufrieren los efectos desde que los reciba la empresa concesionaria hasta el momento de la entrega serán imputables a ésta, salvo el caso de que provengan de vicio propio de la cosa, fuerza mayor o caso fortuito. La prueba de cualesquiera de estos hechos incumbirá a la empresa'. Si la porteadora admite haber celebrado un contrato

9. *La pena convencional.* En el ámbito del derecho privado, la limitación convencional de la responsabilidad civil por incumplimiento de contrato se presenta en la cláusula penal o pena convencional, que suele insertarse en la promesa de contratar, por virtud de la cual los contratantes pactan que en caso de incumplimiento de las obligaciones, que son a cargo de cada una de ellas, el deudor incumplido se obliga a cubrir a la otra una cierta suma de dinero (artículos 1840 y 1843 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales).

En el supuesto de incumplimiento, la pena convencional sustituye a la responsabilidad civil, como una nueva prestación, que puede ser menor en cuantía a los daños y perjuicios realmente causados al acreedor por incumplimiento del contrato (artículos 1804 y 2117 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales).

Por la índole de este trabajo no es necesario aludir a las diversas formas en que se presenta una estipulación de esta naturaleza.

Ahora sólo interesa apuntar que, de acuerdo con los preceptos legales del Código Civil últimamente citados, la cláusula penal es una estipulación que normalmente cumple la función de constreñir al deudor a la ejecución de las obligaciones contraídas, en la forma, tiempo y lugar convenidos en el contrato. En otras palabras, mediante la inclusión de la cláusula penal, el acreedor tiende a asegurar el cumplimiento exacto de las obligaciones que contrajo el deudor en el contrato celebrado. En cambio, la responsabilidad civil es una obligación reparatoria o restitutoria del daño causado, que surge como consecuencia del incumplimiento del contrato.

La cláusula penal se estipula, a las veces, en sustitución de la obligación de reparar los daños y perjuicios moratorios por el retardo injustificado en el cumplimiento del contrato o en sustitución de los daños y perjuicios compensatorios, cuando el deudor no cumple absolutamente su obligación.

La aplicación de la cláusula penal, cuya función es compulsoria para lograr la ejecución del contrato, ha de resultar para el deudor más gravosa que la prestación estipulada como objeto del contrato. Sin embargo de este carácter de punitivo derivado del incumplimiento del contrato, que es esencial para el adecuado funcionamiento de la cláusula penal o pena convencional, la Suprema Corte de Justicia

de transporte obligándose a transportar y a entregar mercancía la consignatario; y también admite que esa entrega no la efectuó por haber sufrido su vehículo un accidente, si, por último, acepta que el consignatario le formuló inmediata reclamación, no basta con negar su responsabilidad en el siniestro, sino que le corresponde justificar en el juicio que la pérdida se debió a fuerza mayor. Amparo directo 4418/1956, Unión de Seguros, S. A., Febrero 4 de 1957, Unanimidad de 5 votos, Ponente: maestro José Castro Estrada", *Semanario Judicial de la Federación*, Tercera Sala, quinta época, t. cxxx, p. 287.

de la Nación, en jurisprudencia firme, ha establecido la nulidad de la cláusula penal en aquella parte en que excede en su cuantía a la obligación contractual original, atendiendo a lo dispuesto por el artículo 1843 del Código Civil citado.⁹

10. *Recapitulación.* Al concluir los comentarios objeto de este trabajo, debo hacer una reflexión final acerca de si, por una parte, la responsabilidad civil por incumplimiento de una obligación contractual no puede quedar totalmente excluida por convenio de las partes, pues responsabilidad y obligación desde el punto de vista jurídico son inescindibles, de manera que sin responsabilidad no hay obligación jurídica y si, por otra parte, es nula la renuncia de hacer efectiva la responsabilidad procedente de dolo y de la misma manera se tendrán por no puestas aquellas cláusulas que sean contrarias a los elementos esenciales del contrato y las que sean consecuencias de su naturaleza.

La validez de las cláusulas que limitan la responsabilidad civil por incumplimiento del contrato, sólo puede aceptarse en la medida en que una estipulación de esa especie no rompa el equilibrio de las prestaciones y no desvirtúe la función económica del contrato que aparezca inserto.

Es en los contratos conmutativos en los que se presenta el problema de la validez de tales cláusulas. Parece observarse una tendencia respecto a la validez de éstas, en el sentido de que los intereses particulares de las partes deben ceder frente a la función estos contratos como instrumento jurídico para el intercambio de bienes y servicios, intercambio que se funda en el principio de la justicia conmutativa, protegida a través de la declaratoria judicial de invalidez de las cláusulas que, limitando la responsabilidad por incumplimiento, pueden vulnerar, si la limitación es excesiva, la naturaleza de estos contratos, rompiendo el equilibrio funcional de la institución.

⁹ "Pena convencional, mutabilidad de la. El Código Civil para el Distrito y Territorios Federales admite la mutabilidad de la pena convencional, ya que en su artículo 1843 dispone que la cláusula penal no puede exceder ni en valor ni en cuantía a la obligación principal; el artículo 1844 ordena que si la obligación fuere cumplida en parte, la pena se modificará en la misma proporción, y el artículo 1845 establece que si la modificación no pudiere ser exactamente proporcional, el juez reducirá la pena de una manera equitativa, teniendo en cuenta la naturaleza y demás circunstancias de la obligación; de manera que si una pactada es mayor en su valor o cuantía que la obligación principal, la parte excedente es nula, de acuerdo con el artículo 89 del Código Civil, por ser contraria a una ley prohibitiva. Amparo directo 2036/1930 Aranda Viuda de Barquín Virginia. Mayoría de 4 votos, t. xxxvi, p. 877. Amparo directo 5911/1944 Larracochea Luis de. Unanimidad de 4 votos, t. ci, p. 724. Amparo directo 5150/1954 Miguel Hernández Ramírez, Unanimidad de 4 votos, tomo cxxvii, p. 506. Amparo directo 4569/1956 Antonio Chalela Gossen, Unanimidad de 5 votos, vol. v, p. 41. Amparo directo 6764/1958. Juan Bringas Zamora, Unanimidad de 5 votos, vol. xxvii, p. 226. *Jurisprudencia* 244. (Sexta época), p. 761, sección primera, vol. Tercera Sala. Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965."

1. Preliminar.
2. Los antecedentes del registro público.
3. La buena fe en nuestro sistema registral (glosa a una ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación).
4. El concepto de tercero.
5. La nulidad y la invalidez del acto registrado.
6. Los efectos de la inscripción de embargo.
7. El problema de la acción pauliana.
8. La inscripción de derechos reales.
9. El principio de tracto sucesivo.
10. Conclusión.

EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN MÉXICO

(Comentario a un estudio del profesor Boris Kozolchyk)

SUMARIO: 1. Preliminar. 2. Los antecedentes del registro público. 3. La buena fe en nuestro sistema registral (glosa a una ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación). 4. El concepto de tercero. 5. La nulidad y la invalidez del acto registrado. 6. Los efectos de la inscripción del embargo. 7. El problema de la acción pauliana. 8. La inscripción de derechos reales. 9. El principio de tracto sucesivo. 10. Conclusión.

1. *Preliminar.* El profesor Boris Kozolchyk en su monografía emprende un análisis de la estructura del registro de la propiedad en México, precediéndolo de una introducción histórica y de un estudio comparativo de los antecedentes francés, alemán y español del sistema registral mexicano.

La monografía, que sirve de base a estos comentarios, presenta particular interés desde dos puntos de vista: *a)* aparte el análisis exegetico de la institución del registro público mexicano, el autor emprende una minuciosa indagación de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y *b)* el autor del artículo somete al sistema registral mexicano a un análisis, desde el punto de vista de la publicidad, de la protección a los terceros de buena fe y de los principios de legalidad, especialidad, prioridad y de tracto sucesivo, de los actos registrales.

En dicho análisis, el autor hace alarde de gran pulcritud metódica y de una no menos precisa y clara exposición. Quizá en esto radique la mayor aportación del profesor Kozolchyk al estudio del derecho registral mexicano.

2. *Los antecedentes del Registro Público.* En cuanto a los antecedentes del registro de la propiedad en México, el autor de la monografía afirma que:

Las leyes de registro de la propiedad inmueble (a veces también conocidas como leyes hipotecarias) que establecen diversos derechos y deberes para los que registran, así como para los que no registran, constituye un fenómeno relativamente reciente. La legislación modelo en países iuscivilistas data de mediados del siglo XIX. De éstas, las leyes o reglamentos alemanes, franceses y españoles son los que más influencia tuvieron en el Código Civil del Distrito y Territorios Federales mexicano de 1928.

En opinión del autor, el registro de la propiedad en México adopta un sistema híbrido, semejante al español, en cuanto a derechos y obligaciones del registrador; porque si por una parte queda adscrito el sistema francés o "declarativo" "por el reconocimiento de derechos reales creados entre las partes contratantes fuera del registro", por otra se acerca al sistema alemán, al conceder protección a los derechos de terceros, cuando la fragilidad en sus títulos no aparezca claramente en el registro. Tiene de particular el derecho mexicano registral de la propiedad inmueble, que no atribuye al registrador facultades relevantes para evaluar o examinar los vicios intrínsecos del acto cuyo registro se solicita.

3. *La buena fe en nuestro sistema registral (glosa a una ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación)*. La distinción entre los dos sistemas registrales, el alemán y el mexicano, aparece establecida claramente en la siguiente ejecutoria de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

1691. Registro Público de la Propiedad. Terceros de buena fe. Interpretación del artículo 3007 del Código Civil del Distrito Federal. El artículo 2833 del Código Civil de Michoacán, que corresponde al 3007 del Código Civil del Distrito reproduce, como es sabido, el artículo 34 de la ley hipotecaria española, que a su vez adoptó parcialmente el sistema germano de registro de la propiedad. Este sistema parte de un concepto especial de la propiedad inmueble, distinta radicalmente del mueble, ya que aquélla como parte del territorio nacional, ofrece un carácter eminentemente público, y de este carácter participan las relaciones jurídicas o derechos que le afectan. En consecuencia, nadie puede ostentar el título de dueño de un inmueble si no ha obtenido previamente la confirmación o investidura de ese carácter, la cual le concede la autoridad pública (los tribunales generales) previo un examen detenido de la facultad y capacidad del transmitente para enajenar la finca o derecho real. Si este examen arroja un resultado satisfactorio, se hace constar por medio de un asiento en el Registro. Este asiento así autorizado, que tiene el nombre de inscripción, viene a ser el único y verdadero título del dominio o derecho real transmitido, quedando por efecto de él, delegados a segundo término y anulados los títulos que sirvieron de base a tal inscripción, la cual es por lo tanto, independiente de aquellas que tiene valor propio substantivo.

De acuerdo con este sistema, el registrador debe calificar el acto cuya inscripción se pretende; es decir, juzga de la competencia de la autoridad, si la autoridad ordenó la inscripción, juzga la calidad del notario, de la capacidad de las partes, de la calidad del terreno, etcétera, y sus resoluciones tienen la fuerza de las que pronuncia un tribunal.

En el sistema vigente en México, no rige este principio de calificación registral. El funcionario encargado del registro no califica ni juzga; simplemente inscribe. Estas inscripciones, por falta de calificación, pueden ser anómalas y defectuosas, y puede ocurrir, como de hecho ocurre con frecuencia, que una persona que no es titular del dominio, enajene a otra lo que no le pertenece. En este caso, los terceros que hayan adquirido de la persona que indebidamente aparecía como dueña en los asientos del registro, no pueden alegar buena fe si no hay una sucesión de transmitentes que acredite que esa persona de quien adquirieron, había a su vez adquirido de quien tenía legítimo derecho.

Directo 2748/1952 Gumersindo Saldivar. Fallado el 31 de agosto de 1955. Unanimidad de 5 votos. Tercera Sala. Informe 1955, p. 46.

En este punto conviene aclarar que el sistema registral mexicano, respecto de la propiedad inmueble, parece descansar en la distinción entre los efectos obligatorios del acto, que se producen plenamente entre las partes que lo celebran (*res inter alios acta*) y el principio de los terceros, a través de la publicidad del registro con todas las consecuencias que de ahí se derivan, si el acto se crea o modifica derechos reales, que por su propia naturaleza son oponibles *erga omnes* (transmisión de la propiedad inmueble, desmembramientos de la misma, constitución de servidumbres, derechos reales de ganancia, etcétera).

4. *El concepto de tercero.* En su determinación precisa, en torno al registro público, es de capital importancia. Como lo apunta el profesor Kozolchyk, es necesario, cuando se habla de terceros en relación con el registro público de la propiedad, determinar quiénes son terceros, respecto a qué transacción y en relación con qué contratantes.

La determinación de este concepto de "tercero" desde el punto de vista registral, de manera forzosa, se relaciona con el principio de la publicidad y el concepto de "buena fe". Porque los terceros, cuyos derechos protege todo sistema registral, son aquellos que han actuado de "buena fe" frente al acto que se registra.

La ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, citada y comentada por el autor, en la que aparece una distinción entre el concepto de "tercero civil" y "tercero registral", contiene una distinción superflua y nociva.

Bastaría aludir al tercero de "buena fe" para fijar la amplitud de efectos del acto registrado. El tercero de "buena fe" es aquel que no sólo no es parte en el contrato, sino que tiene un interés sobre la cosa o derecho materia de registro.

Partiendo del estudio de las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación citadas por el autor, se concluye que hay una tendencia inequívoca en favor de exigir al tercero la obligación de un certificado de gravámenes expedido por el registrador. En este punto, me permito comentar que las ejecutorias de la Corte que se citan en el estudio, han dado lugar a una lamentable confusión respecto de la naturaleza y efectos de la inscripción en el registro, cuando el acto puede estar afectado de un vicio susceptible de producir invalidez.

Aquí existe, en mi concepto, un error de apreciación: partiendo de dos principios básicos del derecho registral, a saber: la publicidad y la protección del tercero de buena fe, la inscripción no puede convalidar los vicios intrínsecos del acto registrado, vicios o defectos que existen o pueden existir independientes de la inscripción registral; la cual, de acuerdo con el sistema mexicano, tiene únicamente efectos

declarativos; es decir, agota su función al hacer constar fehacientemente la existencia del acto jurídico inscrito, tal como fue celebrado.

5. *La nulidad y la invalidez del acto registrado.* En este supuesto, debe distinguirse la nulidad o ineficacia del registro —que tiene lugar cuando ha habido transgresión a los artículos 3002, 3010, 3011, 3015, etcétera, del Código Civil del Distrito y Territorios Federales— de la invalidez del acto registrado —que surge en los casos a que se refieren los artículos 1794, 1795, 2225 y siguientes, del Código Civil— y ello porque el registrador debe limitarse a hacer constar en la inscripción los datos o circunstancias que exige el artículo 3015 del mismo código. Pero si de ellos aparece alguna causa que dé lugar a la nulidad del acto, cualquier interesado legítimo podrá impugnar el acto (no el registro). Acción de nulidad o de inexistencia, de donde derivará, por natural consecuencia, la cancelación de la inscripción. En el caso de proceder esa cancelación por nulidad del acto registrado, sus efectos se retrotraerán de acuerdo con los artículos 2226 y 2227 del Código Civil, a la fecha en que el juez pronuncie la nulidad del acto que se registró.

6. *Los efectos de la inscripción del embargo.* Comentando la terminología usada por la Corte, contrastando derechos reales con derechos contractuales, se estudia la ejecutoria de la Corte en la que se resuelve el problema que se presenta en relación con los efectos de la inscripción de un embargo. De esa resolución parece desprenderse el concepto de absoluta negación de la inscripción de derechos reales distintos a los mencionados en la ley, y el autor lleva al cabo una clasificación de los diversos criterios que ha venido sustentando la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto de los efectos de la inscripción de los embargos sobre inmuebles, en cuanto a la situación del embargante, frente a los acreedores hipotecarios y a los compradores o poseedores de derechos reales. En este sentido es pronunciada ejecutoria en el caso "Andrés Becerril" en la que textualmente ese alto tribunal establece que:

No otorga el secuestro un derecho real al ejecutante, ni puede embargarse a quien invoca el dominio adquirido de manera indubitable, con anterioridad al secuestro; y que por consecuencia (la inscripción del embargo) no favorece al simple acreedor quirografario.

La posición que adopta la Suprema Corte de Justicia de la Nación para resolver el problema de los derechos del embargante, partiendo de la discusión de que el embargo crea un derecho real en favor del embargante o sólo un derecho *in personam*, parece no ser correcta. En efecto, los procesalistas coinciden en que el mandamiento del embargo

es un acto de poder estatal jurisdiccional, cuyo efecto primordial es el de garantizar, específicamente, con los bienes embargados, la responsabilidad patrimonial del deudor, en los términos que establece el artículo 2964 del Código Civil. De ahí que de manera congruente el artículo 546 del Código de Procedimientos Civiles ordena que de toda embargo de bienes raíces se tomará razón en el Registro Público de la Propiedad.

Practicada la diligencia del embargo del inmueble por mandamiento judicial, la responsabilidad patrimonial indeterminada se convierte en una responsabilidad particular determinada, sobre los bienes específicos del deudor demandado (el inmueble embargado), los cuales por la traba de ejecución quedan afectados a las consecuencias de la sentencia condenatoria que en su caso pronuncie la autoridad judicial, si se trata de un embargo precautorio por la vía ejecutoria y mayormente cuando se trata de un embargo practicado por la vía de apremio, por ejecución de sentencia ya pronunciada.

En esta manera, me parece que la cuestión relativa a la naturaleza del "derecho real" o "derecho personal" no arroja ninguna luz para la solución del problema, porque no se trata exclusivamente del derecho del embargante sino de la ejecución de una providencia dictada por el órgano jurisdiccional del Estado para hacer efectivo el principio general establecido en el ordenamiento jurídico de que el cumplimiento de las obligaciones legalmente contraídas deben ser cumplidas en sus términos (artículo 1796 del Código Civil). En mi opinión, no puede desconocerse la fuerza del derecho preferencial del acreedor embargante para obtener el pago de su crédito, si el embargo practicado fue inscrito con antelación a la adquisición de cualquier derecho real traslativo de dominio o constitutivo de gravámenes sobre el inmueble embargado. La cuestión que la Suprema Corte de Justicia de la Nación estudia en la ejecutoria "Andrés Becerril" que se cita, se refiere al conflicto que se presentó entre un comprador que adquirió el dominio de un inmueble con anterioridad a la fecha del secuestro y que, es de suponerse, no inscribió su título antes de la inscripción del embargo sobre el mismo inmueble practicado por un acreedor del secuestro. La Corte aplicó el principio que establecen los documentos que conforme a la ley deben registrarse y si no se registran sólo producen efectos entre quienes los otorgan; pero no producen perjuicios a terceros de buena fe, de que sí podrá aprovecharse en cuanto le fueren favorables (artículo 3003 del Código Civil), no tiene aplicación en el caso, porque el criterio de la Corte sustentado en esa ejecutoria "se refiere sólo a acreedores que tengan derechos de la misma naturaleza y no otorgando el secuestro un derecho real al ejecutante no puede

oponerse a quien invoca el dominio adquirido con anterioridad al sequestro”.

El derecho del ejecutante puede ser o no ser derecho real, como lo es sin duda el del adquirente de la propiedad. El derecho del ejecutante que ha inscrito el embargo es de mejor naturaleza que el del adquirente: a) porque deriva de una resolución judicial (el mandato de embargo) y b) porque se encuentra inscrito en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 506 del Código de Procedimientos Civiles ya citado.

El tercero no es tanto el acreedor cuanto la propia autoridad judicial. En esta manera, según el criterio que la Corte sustenta, se hace nugatoria la ejecución de las resoluciones judiciales. Sustentar la inoponibilidad del embargo debidamente inscrito frente al adquirente cuyo título no se encuentra registrado, es contrariar abiertamente el principio de prioridad que es básico en el derecho registral.

7. *El problema de la acción pauliana.* El problema se presenta con mayor gravedad cuando el deudor enajena el inmueble de su propiedad después de que se ha pronunciado en su contra una sentencia condenatoria y antes de que se practique el embargo. Conforme a la disposición contenida en el artículo 2179 del Código Civil, dicha enajenación es fraudulenta e impugnabile a través de la acción pauliana y revocatoria que el acreedor puede intentar en contra del adquirente.

Tratándose de una acción revocatoria como lo es la pauliana y existiendo una presunción *juris tantum* de fraude de acreedores, la sentencia que revocara transmisión del dominio, realizada en las circunstancias del artículo 2179 del Código Civil y que declara inválido el título de propiedad del tercer adquirente, tendría que producir efectos contra terceros.

A propósito de lo anterior, la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado el siguiente criterio (ciertamente discutible) respecto del ejercicio de la acción pauliana:

Informe redactado por el Presidente de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación correspondiente al año de 1971 (página 15). *Acción pauliana, caso en que no es necesario probar la insolvencia del deudor, para que proceda la, (Legislación del estado de Tamaulipas).* El actor no alega una insolvencia general del deudor, sino funda su acción en la circunstancia de que, habiendo hipotecado el deudor en escritura privada el bien afecto al juicio, al transmitirlo en venta a su esposa, en primer lugar, impide al actor solicitar que se cleve a escritura pública la escritura privada, y en segundo lugar, también impide hacer efectivo el crédito garantizado con esa hipoteca imperfecta. El artículo 805 del Código Civil de 1940 para el Estado de Tamaulipas dispone que: Los actos celebrados por el deudor en perjuicio de su acreedor, podrán anularse a petición de éste, si de esos actos resulta la insolvencia del deudor, y el crédito en virtud del cual se intenta la acción, es anterior a ellos. Esa disposición indudablemente se refiere a créditos en que se puede comprometer la universalidad del patrimonio.

nio, no al caso específico en que se vende un bien determinado, ya que si éste sale del patrimonio del deudor, aunque no resulte insolvente, tendrá el acreedor acción de daños y perjuicios; pero como la acción que se intenta tiende precisamente a que se cumpla una hipoteca convenida en un documento privado, que debe constar en un documento público, inscrito en el Registro Público de la Propiedad, se trata de un caso de excepción no comprendido en el artículo 805 del Código Civil y consecuentemente, no se requiere probar la insolvencia total del deudor.

Amparo directo 4033/69. Esperanza Medina Viuda de Kowalski y Coag. 23 de abril de 1971. Unanimidad 4 votos.

La jurisprudencia 300, sexta época, página 918 sección primera, establece lo siguiente:

La buena fe registral protege los derechos adquiridos por tercero de buena fe, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante, excepto cuando la causa de la nulidad resulta claramente del mismo registro, tratándose de contratos gratuitos y en los casos de actos y contratos violatorios de una ley prohibitiva o de interés público. Bajo estos principios legales, la buena fe registral no puede ser invocada, ni el derecho del tercero protegido, en otros casos: cuando una información testimonial adolece de irregularidades que aparecen en el registro, cuando el tercero conocía el vicio de origen del título de su enajenante, cuando no exista continuidad de trasmitentes que acredite que la persona de quien adquirió el tercero, a su vez, había adquirido de quien tenía legítimo derecho, y cuando la anulación del derecho del otorgante proviene de un hecho delictuoso, como falsificación de firmas, o suplantación de una persona.

Amparo directo 3735/1954. Suc. Miguel Capistrán. Unanimidad de 5 votos. Tomo CXXVI, p. 412.

Amparo directo 5169/1955. Guillermo Francisco Macías. Unanimidad de 4 votos. Tomo CXXX, p. 234.

Amparo directo 613/1957. Juan Martínez Zapata. Unanimidad de 5 votos. Vol. XIII, p. 9.

Amparo directo 4524/1959. Andrés Silva Cortázar. Unanimidad de 5 votos. Vol. XL, p. 148.

Amparo directo 5696/1959. Benjamín Montaña. Unanimidad de 5 votos. Vol. XLV, p. 87."

El fraude de acreedores es un hecho delictuoso que nace del dolo civil y aun puede quedar configurado el dolo constitutivo del fraude penal a través de la maquinación o artificio que realiza el deudor condenado por una sentencia judicial, para obtener, por ese medio, un lucro indebido.

8. En cuanto al principio de la *inscripción de los derechos reales* el profesor Kozolchyk, con vista de una ejecutoria de la corte dictada por él, plantea el problema que consiste en que si puede considerarse una verdadera inscripción de un derecho real, las inscripciones o de posesión frente a una inscripción de propiedad o de limitaciones o restricciones al dominio, cómo ocurriría en lo que se refiere a una inscripción de hipoteca.

La corte ha resuelto el problema respecto de la posesión exigiendo

que ésta sea anterior al título de propiedad, y cuando el propietario ejerza la acción reivindicatoria, debe presentar otro título anterior a la inscripción de posesión que disfruta el demandado.

Concluye el autor del artículo que: "la operación del principio de prioridad, auxiliada por el uso de anotaciones temporales o preventivas, está en el área de las dobles ventas o transferencias, sujeta a serias incertidumbres".

En efecto, el principio de prioridad se pone en juego: a) tratándose de adquirentes de un mismo propietario. En este supuesto podrá darse el caso de una doble inscripción en el que debe prevalecer la inscripción anterior sobre cualquiera ulterior; b) inscripciones de adquirentes que proceden de distintos transmitentes, cuyos títulos aparecen inscritos. En este supuesto el problema excede del campo registral y se coloca en el ámbito de la legitimidad para transmitir la propiedad, o sea, de la calidad de legítimo propietario de los enajenantes, con exclusión del otro.

En la tesis sustentada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo "Francisco Porras y coagraviados" (directo 555/57, visible en el *Semanario Judicial de la Federación*, sexta época, cuarta parte, vol. 7, p. 250), la Tercera Sala resolvió:

La inscripción en el Registro Público desempeña una función fundamental de publicidad, conforme a la que se llena la necesidad de que haya una notificación pública y auténtica, a la sociedad, de la existencia de los derechos que se inscriben. La inscripción evita los fraudes y los abusos, evita la ocultación de los gravámenes, pues pone de manifiesto la condición de los inmuebles, y hace más seguros los hechos o actos jurídicos translativos de la propiedad. La publicidad, por la inscripción en el Registro de los gravámenes y de todos los actos translativos de la propiedad, y de las restricciones y modificaciones de ésta que limitan su valor y circulación se halla de tal manera arreglada que, por virtud de la misma, pueda y deba conocerse la historia de cada inmueble, en lo que se refiere a todas sus mutaciones, gravámenes y desmembramientos que sufra. Surge así el principio registral llamado de tracto sucesivo, que significa que la serie de inscripciones registrales debe formar una cadena ininterrumpida, de tal manera que la inscripción última debe derivar de la voluntad del titular que aparezca de la inscripción inmediata anterior, y ésta de la que inmediatamente le preceda y así sucesivamente. Consecuencia de este principio, es la prohibición legal de que los bienes raíces o los derechos reales impuestos sobre los mismos, aparezcan inscritos al mismo tiempo en favor de dos o más personas diversas. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 2835 del Código Civil, es tercero de buena fe quien, sin intervenir en un acto o contrato, sin embargo tiene, en relación con la cosa que ha sido objeto del propio acto o contrato, un derecho adquirido de buena fe, por título oneroso, amparado por una inscripción y que no sea violatorio de ninguna ley prohibitiva o de interés público, significando esto último que, en aplicación del principio de tracto sucesivo de que ya se habló y del de publicidad de las inscripciones, los titulares posteriores inscritos también han de sufrir, en cuanto que deben de conocerlo por la inscripción, las consecuencias del derecho anterior inscrito contrario a la ley prohibitiva o al interés público. Porque siendo injusto y contrario a la buena fe, que goce de la protección del Registro, aquel que por sí mismo ha llegado al conocimiento cabal de las condiciones del acto de que se trate, aunque éste no se halle inscrito, con mayor razón es injusto que goce de esa protección quien, en razón de los principios de publicidad y de tracto sucesivo, debe

de conocer el acto, sus antecedentes y consecuentes, en virtud de las inscripciones respectivas. En tales condiciones, esto es, cuando el vicio aparece del propio Registro de una inscripción anterior, debe de aceptarse que la posterior carece de la virtud porque *sería contrario a la buena fe registral, de legitimar o convalidar el acto viciado, ni de legitimar las subsecuentes inscripciones que consecuentemente participan, en aplicación de los multicitados principios de publicidad y tracto, del vicio de la inscripción antecedente.* (Cursivas nuestras).

9. En cuanto al *principio de tracto sucesivo* el profesor Kolzolchik apunta que: "un análisis de las decisiones contemporáneas de la Suprema Corte de México no deja duda de que el principio de tracto sucesivo por ahora se ha vuelto el principio por excelencia del derecho registral mexicano a expensas de otros principios como los de legalidad, prioridad y publicidad".

Ciertamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en lo que atañe a la aplicación del principio de tracto sucesivo, al pronunciar las ejecutorias citadas en el artículo que se comenta, ha resuelto el problema sobre el principio de la buena fe (que deriva de la publicidad), como aparece en la ejecutoria pronunciada en el amparo "Dionisio Díaz Rivera", directo 6024/68, que puede consultarse en el *Semanario Judicial de la Federación*, sexta época, 4ª parte, vol. 25, p. 206. Que en lo conducente dice:

TERCEROS ADQUIRENTES DE BUENA FE. (Interpretación del artículo 3007 del Código Civil). Los terceros que hayan adquirido de persona que indebidamente apareciera como dueña en los asientos del registro no pueden alegar buena fe si no hay una sucesión de transitentes que acredite que esa persona de quien adquirieron había, a su vez, adquirido de quien tenía el legítimo derecho; dado que la inscripción en el Registro Público, desempeña una función fundamental de publicidad conforme a la que se llena la necesidad de que haya una notificación pública, auténtica, a la sociedad de la existencia de los derechos que se inscriben. La inscripción evita los fraudes y los abusos, evita la ocultación de los gravámenes, pues pone de manifiesto la condición de los inmuebles, y hace más seguros los hechos o actos jurídicos traslativos de la propiedad. La publicidad, por la inscripción de los gravámenes en el Registro, y de todos los actos traslativos de la propiedad, y de las restricciones y modificaciones de ésta que limitan su valor y circulación, se halla de tal manera arreglada que, por virtud de la misma, pueda y deba conocerse la historia de ese inmueble, en lo que se refiere a todas sus mutaciones, gravámenes y desmembramientos que sufra. Surge así, el principio registral llamado de tracto sucesivo, que significa que la serie de inscripciones registrales, debe formar una cadena ininterrumpida de tal manera que la inscripción última debe derivar de la voluntad del titular que aparezca de la inscripción inmediata anterior, y ésta de la que inmediatamente precede y así sucesivamente. Consecuencia de este principio, es la prohibición legal de que los bienes, raíces o los derechos reales impuestos sobre los mismos, aparezcan inscritos al mismo tiempo en favor de dos o más personas diversas (artículo 3009 del Código Civil). Como es advierte, de acuerdo con el artículo 3007 del mismo Código, es tercero de buena fe quien, sin intervenir en un acto o contrato, sin embargo, tiene, en relación con la cosa que ha sido objeto del propio acto o contrato, un derecho adquirido de buena fe, por título oneroso, amparado por una inscripción y que no sea violatorio de ninguna ley prohibitiva o de interés público, significando esto último que, en aplicación del principio de tracto sucesivo de que ya se habló y del de publicidad de las inscripciones los titulares posteriores inscritos tam-

bién han de sufrir, en cuanto que deben de conocerlo por la inscripción, de las consecuencias del derecho anterior inscrito contrario a la ley prohibitiva o al interés público.

El más alto tribunal de la República alude a la serie no interrumpida de inscripciones registrales de tal manera que la última inscripción debe derivar de una inscripción anterior y ésta de otra u otras a su vez no interrumpidas.

La ejecutoria que acabo de transcribir confirma la tesis del doctor Kozolchyk, en cuanto el último adquirente debe verificar directamente en los registros la existencia de esa "cadena" no interrumpida de actos traslativos de dominio debidamente registrados, cuando menos por el plazo de la prescripción.

Y es necesario aclarar que en dicha búsqueda debe cuidarse que no aparezcan en las transacciones anteriores datos de donde se pueda deducir la existencia de alguna causa de invalidez del acto registrado, que pueda aparecer en cualquiera de los actos traslativos de dominio, según lo ha resuelto la Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversas ejecutorias que cita en su interesante estudio jurisprudencial el profesor Kozolchyk.

10. *Conclusión.* La conclusión final a la que parece conducir el estudio que comento es la de que el principio que permanece con plena relevancia en el derecho registral mexicano, es el de la publicidad. De él, la Corte hace derivar la buena fe de los terceros que se determina causticamente atendiendo: *a)* a la prioridad de las inscripciones, *b)* a la secuencia no interrumpida de las mismas y *c)* a la identidad del inmueble de que se trata. Ya se ha visto que los certificados de gravámenes que expida el registrador, según lo ha reiterado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no hacen prueba de la existencia de los actos que se encuentren ausentes.

El Registro Público de la Propiedad, en realidad, se reduce a cumplir la función de publicidad de los actos y contratos, para conocimiento de su existencia, por los terceros a quienes incumbe la obligación de comprobar directamente en los libros de esa oficina: *a)* la prioridad de las inscripciones, *b)* la sucesión no interrumpida de actos traslativos de propiedad, *c)* la identidad de los predios inscritos y *d)* los gravámenes que reporta cada predio, según los datos que aparezcan en el Registro.

Ante esa realidad innegable, ¿no podría surgir una actividad especializada para los abogados y expertos en derecho registral que, coadyuvando con los notarios y las partes, llevaran al cabo investigaciones exhaustivas de los actos registrados para suplir así las deficiencias que señala el profesor Kozolchyk en el estudio que se comenta?

1. Planteamiento.
2. Antecedentes de los estudios de posgrado.
3. Los proyectos inmediatos.
4. La organización interna de la División de Estudios de Posgrado en la Facultad de Derecho.
5. Estudios de actualización, especialización, maestría y doctorado.
6. La distribución de áreas de estudio.
7. Los objetivos de los estudios de posgrado.
8. El plan de estudios vigente.
9. Los requisitos de ingreso.
10. Los programas.
11. El nivel de estudios de posgrado. Conclusiones de la Quinta Conferencia de Facultades de Derecho (Córdoba, Argentina, agosto de 1973).
12. Sistemas de evaluación de aprendizaje.

LOS ESTUDIOS DE POSGRADO EN EL DERECHO

SUMARIO: 1. Planteamiento. 2. Antecedentes de los estudios de posgrado. 3. Los proyectos inmediatos. 4. La organización interna de la División de Estudios de Posgrado en la Facultad de Derecho. 5. Estudios de actualización, especialización, maestría y doctorado. 6. La distribución de áreas de estudio. 7. Los objetivos de los estudios de posgrado. 8. El plan de estudios vigente. 9. Los requisitos de ingreso. 10. Los programas. 11. El nivel de estudios de posgrado. Conclusiones de la Quinta Conferencia de Facultades de Derecho (Córdoba, Argentina, agosto de 1973). 12. Sistemas de evaluación de aprendizaje.

1. *Planteamiento.* Al celebrar el vigésimo quinto aniversario del establecimiento de los cursos de doctorado en la Facultad de Derecho de la UNAM, con los que se iniciaron formalmente los estudios de posgrado, es oportuno presentar algunas consideraciones sobre la finalidad de esos cursos, los planes de estudio que han regido y los requisitos académicos para obtener los grados de maestro y doctor en derecho.

2. *Antecedentes de los estudios de posgrado.* Empecemos por recordar que la creación del doctorado en derecho (como originalmente se designó a los estudios de posgrado en nuestra Facultad en el año de 1950) es el resultado de una labor previa de estudio y redacción de diversos proyectos de organización, que datan del año de 1936, en que se presentó un proyecto a la entonces Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (que comprendía en aquella época las escuelas de Economía, Comercio y Administración) para la creación de un grado superior a la licenciatura, y que ese proyecto presentaba la particularidad de referirse sólo al estudio del derecho público, y especialmente al derecho administrativo, para la formación de especialistas en esas ramas.

De este primer proyecto de establecimiento del doctorado en derecho y del plan de estudios que se acompañó, se puede deducir que tenía como finalidad primordial la formación de técnicos especialistas en administración pública, por medio de un estudio interdisciplinario de la ramas de la economía, contaduría y derecho.¹

¹ Cfr. Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, *Datos antecedentes a la implantación en México del doctorado en derecho. Décimo aniversario del doctorado en derecho*, UNAM, 1959. En esta monografía el autor hace referencia al plan de la Facultad de Altos Estudios de la Universidad de México, que data del año de 1922 y se alude asimismo a un proyecto o

No es el propósito de este trabajo presentar los datos históricos de los estudios de posgrado en nuestra Facultad, porque esta labor fue llevada al cabo en forma clara y sistemática por el doctor Niceto Alcalá Zamora y Castillo, y puede consultarse con gran provecho en la publicación que se menciona al pie de la página anterior. Lo que interesa por ahora es poner de relieve que los licenciados Toribio Esquivel Obregón y Manuel Borja Soriano, en 1937, formularon bases para establecer los estudios de doctorado en la Escuela Nacional de Derecho y Ciencias Sociales y que aparentemente dichas bases fueron conocidas y aprobadas por la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación. A partir de entonces, es decir, sólo un año después del proyecto de 1936, los proyectos que se conocen para establecer los estudios de posgrado en nuestra Casa de Estudios, comprenden cursos sobre la ciencia jurídica a nivel de doctorado, en cursos que se ofrecerían sólo a quienes, teniendo el grado de licenciado en derecho o habiendo hecho estudios equivalentes, quisieran profundizar sus conocimientos en la ciencia jurídica.

3. *Los proyectos inmediatos.* Es conocido que los doctores Joaquín Rodríguez y Rodríguez y Alberto Trueba Urbina, así como los doctores José Castillo Larrañaga, Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Rafael de Pina, formularon proyectos de organización de doctorado en derecho en el año de 1943, tomando como base o punto de partida el proyecto que en septiembre de 1942 presentó el doctor Mario de la Cueva, entonces rector de la Universidad, para crear el doctorado en la Escuela Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, y que esos trabajos sirvieron de base, después de considerar la opinión de juristas y profesores de la Facultad, para la redacción del "Estatuto del Doctorado en Derecho", que fue aprobado finalmente por el Consejo Universitario en la sesión de 7 de octubre de 1949 y que rigió junto con el plan de estudios en él contenido, hasta el año de 1970, en que entraron en vigor en nuestra Facultad las normas complementarias del Reglamento General de Estudios Superiores de la UNAM, incluyendo el plan de estudios que sirve de base actualmente a los cursos de posgrado. Desde entonces, el nombre de División de Estudios Superiores de la Facultad de Derecho sustituyó al de Doctorado en Derecho para designar a la escuela de estudios de posgrado.

4. *La organización interna de la División de Estudios de Posgrado en la Facultad de Derecho.* Conviene hacer una comparación general entre el reglamento de 1949 y las normas complementarias de 1970 a las que se ha hecho mención, tanto porque aquel reglamento y los

propósito, con el mismo fin, auspiciado en esta misma época por el licenciado Vicente Lombardo Toledano.

planes de estudios contenidos en él tuvieron una vigencia de veintiún años (más de las tres cuartas partes de la vida de los cursos de posgrado en nuestra Facultad), como porque el plan de estudios actualmente en vigor introdujo cambios fundamentales en el elenco de materias, en la duración de los periodos lectivos (antes era de un año, actualmente son seis meses), así como en los sistemas de exámenes y, en particular, porque estableció los cursos de maestría, de especialización y actualización, que no formaban parte del currículum académico que ofrecía el plan de estudios de 1949, que sólo consideraba el grado de doctor en derecho, siguiendo esta línea la misma tónica que ofrecieran todos los proyectos presentados para el establecimiento del doctorado en derecho desde 1936.

Las normas complementarias modifican el sistema de evaluación de los ejercicios requeridos para tener derecho a optar al grado académico, al diploma de especialización u obtener el certificado de actualización por medio del cómputo de créditos acumulados, en lugar de la evaluación por materias, que seguía el reglamento anterior.

5. *Estudios de actualización, especialización, maestría y doctorado.* Tanto el reglamento abrogado como las normas complementarias en vigor en lo que se refiere a los planes de estudio (para el doctorado en el reglamento anterior y para la maestría y el doctorado en las normas en vigor), establecen un grupo de materias obligatorias, al lado de otro grupo constituido por materias optativas. En el reglamento anterior, se ofrecían seis materias obligatorias que se impartían en el primer año del doctorado, a saber: curso superior de derecho público, curso superior de derecho privado, curso superior de derecho procesal y curso superior de derecho social. Al segundo año correspondían las materias optativas, a saber: historia del pensamiento jurídico mexicano, estudios superiores de derecho constitucional mexicano, criminología, derecho administrativo, derecho minero, metodología del derecho, derecho comparado, derecho aéreo, derecho marítimo, sociedades mercantiles y quiebras y legislación fiscal.

El plan de estudios actualmente en vigor comprende: I. Curso de actualización; II. Curso de especialización; III. Maestría en derecho, y IV. Doctorado en derecho.

Las asignaturas correspondientes a la especialización tienen un valor de 48 créditos, las de maestría 72 créditos y las de doctorado 68 créditos. Los cursos de actualización no confieren derecho a créditos. La tesis de maestría tiene un valor de 12 créditos y la tesis de doctorado vale 48 créditos.

Las materias que deben cursarse para obtener el grado de maestro son: cuatro obligatorias y seis optativas que computan sesenta créditos,

más la tesis de grado con doce créditos, suman en total setenta y dos créditos.

Para el doctorado se requieren cuatro materias obligatorias, ocho materias de una especialidad y ocho materias a elegir previa aprobación del jefe de la división, que suman en total ciento veinte créditos, más cuarenta y ocho por la tesis doctoral complementan ciento sesenta y ocho créditos requeridos para tener derecho a sustentar el examen de grado.

6. *La distribución de áreas de estudio.* Un rápido análisis comparativo entre los dos sistemas que han regido sucesivamente en los estudios de posgrado durante veinticinco años en la Facultad de Derecho de la UNAM, nos permiten concluir que el currículum académico del reglamento abrogado en 1970 tenía como base fundamental la clasificación de las materias distribuidas conforme a la división tripartita en derecho público, derecho privado y derecho social. Aunque su finalidad era la preparación de investigadores y docentes de derecho, en la exposición de motivos se señala también a la formación de especialistas.

El doctor Mario de la Cueva, en la exposición de motivos de su proyecto, dice:

No se establece un plan rígido de estudios, sino un número mínimo de materias, que deben impartirse cada año, más otras materias específicas, que se incluirían cada año, en atención a los profesores con que contase, a los alumnos inscritos en cada una de las citadas especialidades (se refería a las ramas del derecho a que correspondía cada una de las materias del plan de estudios) y a la importancia que en determinado momento adquiriesen en las distintas ramas jurídicas.

Por lo que se refiere al sistema adoptado en el plan de estudios en vigor, fácilmente se percibe que las materias del currículum de la especialidad son las que integran las materias optativas para los cursos de maestría y doctorado, lo cual induce a pensar que actualmente los estudios de posgrado se han estructurado en la Facultad sobre la base de la especialización. Me parece criticable que se adscriba en el currículum de materias de los grados académicos de maestría y doctorado las que forman parte de los cursos de especialización, porque los objetivos de unos y otros estudios son complementarios, si se quiere, pero esencialmente distintos.

Por otra parte, si bien entre los requisitos de ingreso para la maestría y doctorado figuran, además del título de licenciado en derecho o de una licenciatura en otra rama de estudios humanísticos, un promedio no menor de ochenta puntos, también es cierto que al mismo tiempo las normas complementarias permiten la posibilidad para el

candidato de ingresar a los estudios de maestría y doctorado si ha realizado un curso de especialización en alguna división de estudios superiores de la UNAM o si aprueba un examen de admisión. Esto pone en relieve que no existe una distinción cualitativa sino cuantitativa entre los estudios que dan derecho a obtener los grados de maestría y doctorado, y los que se limitan a ofrecer una mayor destreza técnica para el ejercicio profesional, por medio de los estudios de la especialización. Se olvida así que para el ingreso a los estudios de maestría y doctorado se debe hacer una selección más rigurosa de candidatos, a fin de lograr, a través del otorgamiento de estos grados académicos, la formación de investigadores y docentes de alto nivel universitario.

7. *Los objetivos de los estudios de posgrado.* El comentario que se ha intentado hacer sobre el plan de estudios en vigor en la División de Estudios Superiores de la Facultad de Derecho, nos lleva a considerar los objetivos que persiguen los estudios de posgrado.

El artículo séptimo del Reglamento General de Estudios Superiores de la UNAM establece que "los planes de estudios para el doctorado tienen por objeto preparar formalmente al candidato para la investigación original" (¿por qué sólo "formalmente"?). La maestría se propone preparar para la docencia, la investigación o el trabajo profesional especializado, según lo dispone el artículo sexto del reglamento que se cita.

Con mayor claridad, pero no con mayor fortuna, los artículos 54 y 64 de las normas complementarias que rigen en la División de Estudios Superiores de la Facultad de Derecho, definen los objetivos de los grados académicos de maestría y doctorado. De acuerdo con estos preceptos normativos, la maestría tiene por objeto la preparación de maestros en derecho (no incurre en el error de confundir la maestría con la especialización) para lograr un nivel académico superior en la docencia jurídica. El doctorado tiene por objeto capacitar a quien estudia los cursos respectivos, para realizar investigaciones originales.

Aunque las normas complementarias son menos confusas que los preceptos que se han citado del Reglamento General de Estudios Superiores, puede decirse que no aciertan en la definición de tales objetivos de la maestría y del doctorado, porque la investigación y la docencia no discurren por diferentes caminos, sino que deben marchar juntas y se complementan entre sí. Pues si bien el doctorado prepara para la investigación original, también capacita para comunicar o transmitir los resultados de tal investigación a través de la cátedra, la conferencia o la publicación escrita de sus trabajos de investigación (todas formas

de docencia). El maestro a su vez, si no investiga permanentemente, no justifica su grado académico en el ejercicio de la docencia.

Corresponde a la División de Estudios Superiores de una facultad, la formación de investigadores y de docentes, y a ella compete también la permanente labor de organizar y revisar las investigaciones sobre problemas jurídicos. De este objetivo común participan a la vez la maestría y el doctorado en persecución de los mismos objetivos, aunque a diferentes niveles académicos: en la maestría la investigación no exige originalidad, sino que debe llevarse en la medida que lo requiera la labor informativa que es propia de la docencia. En el doctorado, la investigación debe realizarse de manera original, con el propósito de descubrir nuevos horizontes a la ciencia. No excluye la docencia, antes ésta puede ser un poderoso auxiliar de la investigación. De allí que los grados académicos de la maestría y el doctorado se otorguen a nivel científico, en tanto que el reconocimiento de los estudios propios de la especialización y de la actualización tengan una finalidad fundamentalmente técnica, aunque apoyados en las labores de investigación que lleven al cabo los maestros y los doctores.

Por esta razón, en la División de Estudios Superiores está bien que los cursos de especialización y de actualización se impartan dentro del mismo claustro académico en que se ofrecen los cursos de maestría y doctorado; sin perder de vista en ningún momento que los objetivos de los grados académicos y el reconocimiento de los estudios, a nivel de especialización y actualización, se distinguen claramente.

Los planes de estudio que corresponden a la especialización y los que comprenden a la maestría y doctorado deben establecerse (por la diferencia de los objetivos) con finalidades distintas, evitando, si ello es posible, incluir dentro de las materias optativas para la maestría y el doctorado el currículum de materias propias de la especialización y de la actualización. O si se prefiere su inclusión, la exposición y desarrollo de la cátedra debería hacerse en forma diferente. En la especialización, por la vía de exposición y discusión de temas. En la maestría y el doctorado, por el camino de la investigación y de la destreza para investigar.

Lo que singulariza el seminario de otras formas de trabajo académico es la función específica de investigar y de enseñar a investigar. Ambos menesteres a la vez: ejercicio de la investigación creadora y entrenamiento en ella para quien tenga las dotes requeridas. La segunda tarea, la docente, es inseparable de la primera, la inquisitiva. Sólo investigando, luchando, a cuerpo limpio, con el problema, se aprende a investigar. El investigador fecundo, es cierto, tiene una tarea docente. En cuanto comunica el resultado de sus afanes, sea en la forma que fuere, enseña, transmite un nuevo conocimiento. Para ello, acaso refiere el proceso seguido en la captura de la inédita verdad conquistada, grande o pequeña. La comunidad docente que tiene efecto en el seminario es

mucho más íntima. El educando sigue aquí, paso a paso, el trecho recorrido en la investigación, no sin obstáculos, al través de las peripecias todas del esfuerzo creado. El seminario es, por ello, un semillero de nuevas verdades, pero también un semillero de nuevos investigadores.

Dada la esencia de la investigación, que es ahondamiento, desarrollo de un rumbo del saber humano, el seminario ha de tener, en segundo término, un carácter especializado. La investigación no es monopolio de un grupo de ciencias, las naturales, por ejemplo. En todo se puede y debe investigar. Pero el matemático, el químico, el biólogo, el historiador, el filósofo, el jurista, investigan de manera diversa. Uno se sirve de documentos polvorientos; otro provoca, intencionalmente, hechos; éste, cataloga organismos; aquél inventa figuras o esquemas. Hay más: dentro de cada ciencia, se impone, tocante a los fines inquisitivos, una creciente especialización. La ciencia es conservación y empuje ascensional: continuidad, para decirlo con una sola palabra. El actual hombre de ciencia es un especialista; lo que no debe significar que carezca de una cultura general humana y lo oriente en su acción un afinado espíritu de servicio colectivo. El seminario debe especializarse en un campo dentro de una ciencia. El pensamiento investigador se alimenta de ideas, de hechos, de hipótesis; requiere cierta dirección o convergencia. "No es la acumulación informe, la heterogeneidad del aluvión; es caudal que mueve turbinas; tierra que permite germinación y vida."²

8. *El plan de estudios vigente* en la División de Estudios Superiores adolece, en mi concepto, de extrema rigidez, en cuanto a la modificación de los cuadros de materias que lo constituyen requiere un trámite administrativo que no permite la oportunidad de incluir en ellos fácilmente nuevas cátedras. No se incluye en él una cátedra de derecho internacional o de derecho económico, para citar sólo un par de ejemplos.

Cuando se lleve al cabo una revisión de los planes de estudio vigentes en la División de Estudios Superiores de la Facultad de Derecho, debería optarse, según mi parecer, por cualquiera de los sistemas que señala el doctor Francisco Larroyo.³

a) Por el establecimiento de planes diferenciados electivos y semiabiertos,

b) Por un plan de estudios nuclear o esenciales, o

c) Por planes de estudios independientes (a la carta).

En estos momentos parece adecuado un plan de estudios nuclear, que consiste en exigir el estudio de unas materias obligatorias y otras optativas, que es el sistema adoptado por los dos planes de estudios que han regido en la Facultad de Derecho desde su creación; pero con la posibilidad de introducir variantes en las materias obligatorias sustituyendo las que se ofrecen en un semestre por otras que se considere conveniente ofrecer.

² Larroyo, Francisco, *Pedagogía de la enseñanza superior (naturaleza, métodos, organización)*, México, UNAM, 1959, p. 141.

³ *Op. cit.*, p. 84.

La cuestión a resolver en ese caso, estriba en la elección de las materias obligatorias que deben ofrecerse permanentemente en la selección y variedad de las materias optativas, que pueden cambiar periódicamente, según los requerimientos también variables, al ritmo del desarrollo económico, social y político del medio en donde va a desenvolver su actividad el especialista, el maestro o el doctor.

Tal vez pudiera estudiarse la posibilidad de establecer como materias básicas o esenciales en los estudios jurídicos a nivel superior, un amplio elenco de materias que se consideran básicas y del cual se elegirían las que se impartieran en cada semestre. Así, por ejemplo, podrían incluirse como tales: sociología del derecho, deontología jurídica, con la posibilidad de introducir variantes en las materias obligatorias, derecho económico, método comparatista, hermenéutica, etcétera. Después se organizaría el currículum de las materias optativas, que se ofrecerían según lo requieran los avances del desarrollo de la técnica en otros campos de la industria, el comercio, la economía, las relaciones internacionales, etcétera. Así, por ejemplo, podrían quedar incluidos en un momento dado, como materias optativas, cursos sobre inversiones extranjeras, consorcios económicos internacionales, agrupación de empresas, amparo administrativo, legislación sobre tráfico de drogas, derecho constitucional comparado, etcétera.

9. En cuanto a *los requisitos de ingreso* al ciclo de estudios de posgrado, en la especialización, maestría y doctorado, el artículo 14 del Reglamento de Estudios Superiores de la UNAM exige que el aspirante posea la licenciatura otorgada por la Universidad, en la disciplina correspondiente (en este caso la licenciatura en derecho). Existe la posibilidad de obtener el ingreso a los estudios superiores en derecho si se posee licenciatura distinta a la de derecho y se han cursado aquellas asignaturas que, en opinión de la dirección de la Facultad o en su caso del consejo técnico, se requieren como antecedentes necesarios para cursar la especialización o para obtener el correspondiente grado académico. Previo acuerdo expresado de las autoridades de la división, podrán ser admitidos a los estudios de posgrado quienes hayan cubierto la totalidad de los créditos señalados en el plan de estudios de la licenciatura, siempre que dentro del plazo máximo de un año a partir de la primera inscripción en el ciclo, el alumno obtenga el grado de licenciado en derecho.

Debe observarse que las normas complementarias vigentes en nuestra Facultad, que son de rango legislativo inferior al reglamento general, contienen una disposición que contraría lo dispuesto en el artículo 14 de ese reglamento, ya que tales normas complementarias no señalan plazo alguno para obtener la licenciatura por quien se ha inscrito en

los cursos superiores antes de poseer el grado de licenciado en derecho y el alumno que ha concluido los cursos de la especialización puede ingresar a los cursos de maestría y doctorado, y quizá acceder a esos grados antes de obtener la licenciatura.

Es evidente que los estudios de posgrado están destinados a quienes han obtenido la licenciatura y demuestran vocación por la docencia o por la investigación, si tienen un promedio alto de calificaciones; no así tratándose de los estudios de actualización o especialización en que puede ser suficiente para ingresar en ellos poseer el título de licenciado en derecho.

En cuanto a los requisitos de ingreso para hacer los estudios de maestría y doctorado, las normas complementarias exigen: *a)* un promedio no menor de 80 puntos en las calificaciones de las materias de la licenciatura; *b)* en caso de que el promedio sea inferior al señalado, el aspirante podrá ingresar a los estudios de maestría y de doctorado si ha cursado una especialización en alguna División de Estudios Superiores de la UNAM o si aprueba un examen general de admisión. Se requiere, además, que el solicitante no tenga más de tres materias reprobadas en la licenciatura.

Para la obtención del grado de maestro es requisito tomar y aprobar un curso de traducción de un idioma en el Centro de Estudios y Lenguas Extranjeras de la UNAM, o de dos idiomas si se trata de cursar el doctorado, de acuerdo con disposición expresa de las normas complementarias.

Es pertinente apuntar la conveniencia, con el propósito de lograr la mayor elevación del nivel académico en la División de Estudios Superiores, de que se exija la aprobación de un examen de clasificación, como prerequisite para inscribirse en los cursos de maestría y doctorado.

A la vez, la División de Estudios Superiores debe ofrecer cursos propedéuticos o introductorios sobre algunas disciplinas que son fundamentales y que sean materia de un examen de clasificación. Considero que estos exámenes son indispensables. Tales cursos deben ser optativos y se ofrecerían para que el candidato pueda preparar los exámenes de clasificación.

Dichos cursos propedéuticos no darían derecho a créditos y versarían sobre materias fundamentales para emprender los estudios de posgrado, tales como técnica de la investigación jurídica, metodología del derecho, lógica jurídica, pedagogía de la enseñanza superior, historia del derecho patrio, que se mencionan únicamente a título de sugerencia. Estos cursos tendrían una duración de un semestre.

Debe continuar exigiéndose el dominio de un idioma extranjero a

nivel de traducción, si se trata del ingreso a la maestría, y de dos idiomas extranjeros a nivel de traducción si se trata del ingreso a los cursos de doctorado. Y esta exigencia debería satisfacerse para obtener la inscripción; no como requisito para obtener el grado. Porque si se establece como requisito de inscripción, el alumno contará con esos elementos durante el desarrollo de los cursos para tener acceso a las obras de consulta extranjeras y lograr así una mejor comprensión y aprendizaje de los conocimientos que se requieren para el conocimiento de las materias que se explican en los cursos de posgrado.

Estos prerrequisitos se exigen en otras Divisiones de Estudios Superiores de la UNAM como acontece *v. gr.* en la División de Estudios Superiores de Ingeniería.⁴

10. *Los programas* de las materias que informan sobre los temas que el profesor se propone desarrollar en la cátedra y el método que se ha de seguir en la enseñanza de la disciplina correspondiente, son los instrumentos idóneos para poner en ejecución los planes de estudio.

Los profesores de la División de Estudios Superiores de la Facultad de Derecho gozan de completa libertad para la elaboración de los programas de sus cátedras y, para seguir en el desarrollo de aquéllos, el método de enseñanza que en su personal opinión se acomode mejor a la enseñanza que les ha sido encomendada y asumen, consecuentemente, la responsabilidad del cumplimiento de los objetivos de alto nivel académico de la División de Estudios Superiores.

El nivel académico-teórico de un centro de enseñanza (en mayor medida si se trata de una institución de estudios de posgrado) puede juzgarse ciertamente, a través de los planes de estudios, de los programas de las materias que de allí se explican y de los métodos de enseñanza que se emplean en las cátedras.

Habría que agregar a los datos que se han mencionado, para tener una idea cabal de ese nivel académico, el prestigio intelectual y científico del cuerpo docente, los medios empleados para seleccionar a los alumnos y los sistemas de evaluación de los conocimientos adquiridos por estos.

Un número cada vez mayor de profesores de la División de Estudios Superiores de la Facultad de Derecho presentan, al iniciarse cada semestre lectivo, el programa del curso que está a su cargo, y se da a conocer a los alumnos que desean inscribirse en la cátedra. La presentación previa del programa del curso se hace sentir con mayor apremio en los estudios superiores.

⁴ *Cfr.* el folleto "Cursos de maestría y doctorado", Facultad de Ingeniería, División de Estudios Superiores, Ciudad Universitaria, Distrito Federal, 1972.

La enseñanza superior, en todos sus aspectos, exige una permanente labor de investigación de los docentes, una renovación constante de los conocimientos adquiridos y, por la consiguiente, la renovación también constante de los programas de cátedra. La reiteración semestral de los temas —dado que se trata de cursos monográficos—, además de que podría incidir en una repetición de los cursos de licenciatura, estaría en abierta oposición con la propia naturaleza y función de los cursos de posgrado.

En el folleto explicativo que circuló en el año de 1970, en que se introdujeron reformas a los planes de estudio de la División de Estudios Superiores de la Facultad de Derecho, se da a conocer, además de las normas complementarias y bajo el rubro de "Definición de materias", una temática, algunas veces detallada, de las materias que se incorporaron entonces al plan de estudios. Pero debe advertirse, por una parte, que esa "definición" no obliga a ninguno de los profesores a someter a ella sus exposiciones en la cátedra como no podría ser de otra manera. Los autores de la reforma consideraron conveniente presentar en esa forma, a guisa de explicación que justificara haber incluido en el elenco de materias las que aparecen en el plan de estudios que entonces fue aprobado. Acaso fue su intención presentar ese enunciado como una guía general que sirviera de ayuda a los profesores de cada asignatura para que cada uno de ellos elabore, como parece recomendable, el programa concreto al que sujetarán la explicación del curso que impartan en la División de Estudios Superiores de nuestra Facultad.

Toda investigación —dice Aníbal Bascuñán Valdés⁵— se resuelve en adicionar un "saber complementario" al saber adquirido o común. ¿Qué es lo nuevo que se debe saber? ¿Cómo se debe saber? Éstas son las interrogantes que procura resolver la "hipótesis" y el plan y método de trabajo respectivamente.

La posesión de una "hipótesis de trabajo" permite que el investigador pueda unir ese punto de término con el de partida (el conocimiento existente sobre el problema en el momento de su interés) por medio de un plan para la investigación, plan que tendrá el carácter de provisorio (el reemplazo de la hipótesis, o el hallazgo de materiales desconocidos, pueden hacerlo variar) y que puede ser diverso del plan de exposición que debe elegirse en la cuarta etapa. En el primer caso se trata de una pauta ordenada de asuntos o problemas por investigar.

De lo anteriormente expuesto, se sigue como lógica consecuencia que en una División de Estudios Superiores no puede aceptarse un método de trabajo sobre la base de programas de cátedra, rígidos e invariables. En esto descansa tal vez la diferencia entre los estudios de la licenciatura y los que se ofrecen a nivel de posgrado. En los

⁵ *Introducción a las ciencias jurídicas y sociales*, 2a. ed., Santiago de Chile, p. 139.

primeros, el binomio maestro-alumno se establece sobre una base informativa (etapa heurística); a nivel de posgrado, la relación del docente con los alumnos se establece sobre una base inquisitiva (etapa aporética); es decir, que ante docente y alumnos se plantean cuestiones que han de ser resueltas en común y en esa labor al docente compete dirigir o encauzar la tarea de la indagación. En este punto, las consideraciones que se han hecho acerca de los programas se comunican con lo que en seguida se dirá, tocante a los métodos de enseñanza.

11. *El nivel de estudios de posgrado. Conclusiones de la Quinta Conferencia de Facultades de Derecho (Córdoba, Argentina, agosto de 1973)* En la Quinta Conferencia de Facultades y Escuelas de Derecho de América Latina, celebrada en Córdoba, Argentina, del 20 al 25 de agosto de 1973, la ponencia sobre el tema I de la conferencia "Docencia en las Facultades de Derecho", se llegó a las siguientes conclusiones:

A nuestro modo de ver, pueden proponerse varias soluciones para lograr un alto nivel en los estudios de doctorado:

a) En primer término, debe fortalecerse seriamente a los centros, seminarios e institutos de investigación, como se ha advertido por la doctrina, y también se propone en el proyecto de estudios de doctorado que presentan las integrantes del Consejo del Departamento de Graduados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba; para realizar efectivamente labores de investigación, los alumnos de estudios superiores y con mayor razón los del doctorado, deben estar adscritos por un tiempo razonable —generalmente por un plazo mínimo de dos años— a un centro de investigación (artículo 4º inciso c) del citado proyecto).

Es fundamental que los alumnos de doctorado se encuentren bajo la asesoría de los investigadores jurídicos, ya que coincidimos con el destacado investigador mexicano Marcos Moshinsky, en cuanto afirma: "El contacto del investigador con el estudiante para tratar de atacar conjuntamente un problema que nunca se había resuelto antes constituye el aspecto más íntimo, profundo y eficaz de la enseñanza..."

En dichos centros, seminarios o institutos de investigación, además de formarse a los alumnos de doctorado en las técnicas de investigación original, sus integrantes están capacitados para integrar el núcleo básico del personal docente de los cursos de estudios superiores, ya que si bien los más destacados profesores de la licenciatura pueden colaborar con eficacia en la enseñanza superior, ésta requiere de una profundización que normalmente sólo puede impartirse por los que se han dedicado plenamente a la investigación jurídica.⁶

12. *Sistemas de evaluación de aprendizaje.* Por lo que se refiere al sistema de exámenes de los cursos que sobre diversas disciplinas se imparten semestralmente en la División de Estudios Superiores, la evaluación de aprendizaje se lleva al cabo por medio de los ejercicios llamados "tesinas", que presenta cada uno de los alumnos al profesor

⁶ V Conferencia de Facultades y Escuelas de Derecho de América Latina, Córdoba, Argentina, 20-25 de agosto de 1973, ponencia oficial del señor doctor Héctor Fix Zamudio: "I. Docencia en las facultades de derecho, Universidad Nacional de Córdoba, Universidad Católica de Córdoba", México, edición Uduval, 1973, pp. 50 y ss.

de la materia al final del curso, sobre el tema que el docente señala a cada uno de ellos.

La experiencia ha demostrado que este sistema por sí solo no proporciona completos los elementos de juicio para la formación de un criterio debidamente fundado, sobre el grado de aprendizaje del alumno y de su destreza para desarrollar la labor de investigación, ni sobre la originalidad del trabajo.

A este respecto cuando las normas complementarias a que se ha venido haciendo referencia (artículo 16) hacen mención a la tesina, pretenden sólo fijar las características de los ejercicios que durante el curso deben llevar al cabo los alumnos; pero no como prueba de examen, puesto que más adelante las propias normas en el artículo 18 señalan con toda claridad que el examen del curso deberá ser oral y que consistirá, a juicio del profesor: *a)* en un examen sobre los conocimientos adquiridos acerca del tema dado en el curso cuando éste es monográfico; *b)* en una réplica sobre la tesina, o *c)* en la exposición de un tema que señalará el docente al alumno con 24 horas de anticipación al examen oral.

De ahí se concluye que la prueba de examen en todo caso debe ser oral, y a elección del profesor podrá versar sobre la tesina, sobre el contenido del curso o sobre un tema específico que se le dará a conocer al examinando con suficiente anticipación.

He estimado necesario apuntar la anterior consideración, para poner de relieve esta anomalía que debe desaparecer. Parece evidente que si se ubica debidamente el lugar que corresponde a la tesina, como un medio de ejercitación durante el curso, además de que se cumple con las normas complementarias y de que se hace participar activamente a los alumnos en la cátedra, estos disponen de un lapso amplio para elaborar cuidadosamente esos trabajos, para darlo a conocer en el curso, y para proporcionar la oportunidad de discutirlo públicamente con sus compañeros de asignatura, bajo la dirección del profesor, con lo cual todos recibirán gran provecho.

Por lo que se refiere al examen final de grado, habrá de considerarse la conveniencia de que la designación del director de la tesis de maestría y doctorado se lleve al cabo antes de que el alumno haya empezado a elaborar su propio trabajo y precisamente en el momento en que la División de Estudios Superiores apruebe el tema de la misma; porque es frecuente que el sustentante solicite la aprobación del tema y la designación de director, después de que ha elaborado su tesis de maestría o de doctorado y sólo para los efectos de revisión.

Si el director de la tesis hace objeciones o recomendaciones sobre puntos contenidos en ella, y recomienda las modificaciones que estime

pertinentes, el alumno se verá en la circunstancia de reelaborar aquella parte de la tesis no aceptada por el director del trabajo. Por otra parte, la función del director de tesis es la de proporcionar ayuda académica al sustentante, y es claro que esa función no se cumple debidamente si el autor le presenta ya elaborado el trabajo. Dirigir significa encauzar una actividad que se está desarrollando, y esta finalidad no se alcanza en forma adecuada si la labor no se lleva al cabo al paso que se efectúa la investigación.

Finalmente, debe observarse que el artículo 64 de las normas complementarias vigentes en la División de Estudios Superiores, establece que una vez designados por el jefe de la división los sinodales que integrarán el jurado de grado y emitido el voto razonado por cada uno de los miembros del jurado, la tesis puede pasar al jefe de la división, quien de no tener objeción alguna dará autorización para el examen de grado.

Se sugiere la conveniencia de que, previamente a la celebración de la prueba oral a que debe someterse el sustentante, se celebre una reunión entre los sinodales y el jefe de la división, en la que los miembros del jurado si es el caso, ampliarán sus puntos de vista contenidos en el voto emitido, y mediante el cambio de opiniones se pueda juzgar mejor de la calidad académica de la tesis. En esta junta previa, el jefe de la división puede dar a conocer los motivos de sus observaciones si las tiene, para que se celebre el examen de grado, discutiéndolas con los sinodales y llegando a un acuerdo sobre el particular.

Se piensa que de esa manera los sinodales están en mejor posibilidad de recabar mejores elementos de juicio sobre los méritos del sustentante.

Las ideas expresadas en este trabajo tienen por objeto contribuir, en la manera de lo posible, a la realización de una meta que estoy cierto todos pretendemos alcanzar, a saber: dar a los estudios de posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México el alto rango académico que legítimamente le corresponde.

1. Explicación previa: el derecho privado.
2. El concepto de derecho civil.
3. La persona humana y el derecho civil.
4. Derecho civil y derecho político.
5. Necesaria visión retrospectiva.
6. Dominio de aplicación del derecho civil actual.
7. Concepto de derecho mercantil.
8. Caracteres de derecho mercantil.
9. Contenido de derecho mercantil.
10. Modernas tendencias hacia la unificación del derecho privado.
Bibliografía.

DERECHO CIVIL Y DERECHO MERCANTIL

SUMARIO: 1. Explicación previa: el derecho privado. 2. El concepto de derecho civil. 3. La persona humana y el derecho civil. 4. Derecho civil y derecho político. 5. Necesaria visión retrospectiva. 6. Dominio de aplicación del derecho civil actual. 7. Concepto del derecho mercantil. 8. Caracteres del derecho mercantil. 9. Contenido del derecho mercantil. 10. Modernas tendencias hacia la unificación del derecho privado. Bibliografía.

1. *Explicación previa: el derecho privado.* El derecho civil y el derecho mercantil forman una porción del derecho, a la que tradicionalmente se le llama derecho privado; en tanto que otro conjunto de normas jurídicas constituyen el derecho público.

Esta división podría conducir a considerar a una y a otra ramas como dos sectores separados y aun opuestos de una sola realidad social. Esto es un error. El derecho público y el derecho privado establecen reglas de conducta que tienden a lograr la convivencia humana dentro del orden, la seguridad y la justicia. Tales son los fines del derecho, ya sea público, ya sea privado. Por otra parte, el derecho se ocupa de regular las relaciones humanas, y éstas se desarrollan en el seno de la sociedad, de la cual forman parte los individuos cuyos intereses no pueden lesionar los de la comunidad, y así la actividad de los órganos de gobierno, que está sujeta a las normas del derecho público, tiende a satisfacer, en último término, el interés de los particulares y, a su vez, la actividad de los particulares, que está regida por el derecho privado, no ha de desarrollarse en detrimento del interés general, tutelado fundamentalmente por el derecho público.

El derecho público y el derecho privado, en una sociedad jurídicamente bien organizada, lejos de excluirse se complementan y sus normas se coordinan unas con otras, de manera que pueda lograrse la convivencia de los componentes del grupo social, armonizando las relaciones entre los particulares y las de estos con el poder público; aunque en las primeras se mire el interés privado y en las segundas se procure, fundamentalmente, el interés de la colectividad.

Aludir al derecho público y al derecho privado, es contemplar el estudio del fenómeno jurídico en esos dos aspectos, de la misma manera que una moneda presenta dos caras para ser contemplada, ya que no

podría ser vista al mismo tiempo en su integridad, por el anverso y el reverso de la pieza.

Después de dar esta explicación previa, podemos hacer algunas consideraciones en torno a los temas propuestos en este capítulo.

2. *El concepto de derecho civil.* Para delinear el concepto actual del derecho civil, debemos tener en cuenta tres principios: a) la libertad humana (la voluntad del hombre como rectora de su propia conducta); b) la igualdad jurídica de todos los seres humanos (capacidad del individuo para adquirir derechos y asumir obligaciones), y c) la dignidad de la persona humana frente al derecho y al Estado (el respeto a los derechos de la personalidad).

En este sentido, el derecho civil es el derecho común y atribuye facultades personalísimas a los sujetos como individuos, como miembros de una familia y como titulares de un patrimonio. Regula las relaciones jurídicas de los particulares considerados como personas, es decir, como sujetos de derecho.

Así, y teniendo en cuenta los elementos expuestos, esa disciplina jurídica establece normas destinadas a regir la conducta del hombre, en tanto persona, como titular de un patrimonio o como miembro de una familia; normas que le permiten cumplir los fines de su existencia dentro del grupo social.

De lo que hasta aquí se ha dicho, puede distinguirse fácilmente el campo de aplicación del derecho civil del de otras reglas jurídicas de conducta. Pues en tanto que en aquél los preceptos que lo constituyen han sido establecidos sólo en consideración a la naturaleza humana, en otras disciplinas se toma en cuenta la situación que guarda cada individuo dentro de la sociedad, como profesionista, obrero, causante de impuestos, funcionario público, delincuente, etcétera. En este sentido, el derecho civil es un derecho natural de la persona, pues sus normas se aplican a todo ser humano, desde el nacimiento hasta la muerte y aun antes del nacimiento; porque desde que el ser es concebido, y está formando parte todavía de las vísceras maternas, encuentra protección en el derecho civil, para el efecto de que si la persona vive después de nacida (veinticuatro horas), la persona puede, válidamente, ser instituido heredero o recibir donaciones, por ejemplo.

El derecho civil es aquel derecho más universal que ningún otro ordenamiento derivado de la razón natural, propia de todos los hombres.

Precisamente por este carácter universal, que para sí reclama el derecho civil, hace que varíe según la época histórica y la organización social de cada pueblo. Por ello, escapa a una definición suficientemente precisa y valedera para todo tiempo y lugar, por lo que nos hemos limi-

tado a presentar más que una definición, un concepto general de esta rama del derecho.

3. *La persona humana y el derecho civil.* Expuesta la ubicación del derecho civil dentro de la rama del derecho privado, y con objeto de precisar mejor la naturaleza de esta disciplina, es oportuno tomar en cuenta que las normas de derecho que la integran, tienen como centro de interés al ser humano, como individualidad propia y gozando de libertad de decisión.

Pero ello no quiere decir que el derecho civil moderno tome en consideración al hombre con un criterio individualista, es decir, considerando al individuo aislado del grupo social. Por lo contrario, el derecho forma la estructura de la convivencia social; por lo tanto, al regular las relaciones humanas, debe tomar en cuenta que éstas se desarrollan dentro del grupo social.

Desde sus orígenes, el derecho civil ha sido una disciplina jurídica que, como ninguna otra, tiene en cuenta fundamentalmente a la persona, en la integridad de su condición natural en su calidad humana. El conjunto de disposiciones legislativas que integran un derecho civil, ha sido establecido sobre la base de la libertad del hombre, para normar su propia conducta y para alcanzar sus propios fines. Empero, la libertad del hombre no es, ni se ha entendido, sino dentro de los límites de la responsabilidad; es decir, que la persona en el derecho privado, en tanto ejerce su libertad, tiene el deber de hacer uso adecuado de ella frente a los demás componentes del grupo social que gozan de una situación de igualdad, pues participan de la misma calidad humana.

Así, puede entenderse por qué razón el derecho civil fue concebido en el derecho romano como un conjunto de normas jurídicas propias del ciudadano romano; es decir, aplicables a aquellos hombres que formaban parte de la ciudad de Roma en la época de la República (siglo VI a. de C.), quedando excluidos de su aplicación los extranjeros que no pertenecían a la primitiva organización política de la ciudad.

Precisamente porque las reglas o normas de conducta del derecho civil son aplicables al hombre como el ser racional que pretende alcanzar sus propios fines, el concepto de esta rama del derecho está, como ninguna otra, condicionado por el momento histórico y las ideas políticas que imperan en una determinada época, y así se ha venido transformando paulatinamente, en el transcurso de más de dos mil años. Por esa razón, el derecho civil constituye la base jurídica de todo el derecho privado.

4. *Derecho civil y derecho político.* Ahora veamos cómo se presentan las relaciones entre el derecho civil y el derecho político.

En la actualidad se observa una intervención cada vez mayor del Es-

tado en la actividad de los particulares, regulando los precios de determinados artículos, estableciendo normas tipo de contratación o creando, por diversos medios legales o fiscales, una mejor distribución de la riqueza.

Como consecuencia de esta actividad del Estado moderno, que parece invadir el campo del derecho privado, existe la opinión de que la actividad estatal tiende a suprimir o restringir la autonomía de los particulares, especialmente en la vida económica.

El derecho político está constituido por un conjunto de normas jurídicas, que se refieren a la actividad que el Estado desarrolla para alcanzar algunos determinados fines sociales, para modificar en cada época histórica la estructura de la sociedad o para conservar ésta tal como existe. El derecho político, en cada momento, debe transformarse al paso que así lo exigen las necesidades sociales. Podríamos decir que se trata de un derecho que planea para lo futuro; en tanto que el derecho privado, y especialmente el derecho civil, ofrecen soluciones para la coordinación de los intereses de los particulares en el momento actual.

El derecho político influye o trata de influir no sólo en el derecho privado sino también en el derecho público; así, el cambio de estructuras sociales y económicas a que tiende el derecho político actual, provoca cambios en el derecho constitucional, el derecho administrativo, el derecho fiscal, etcétera; de la misma manera que influye en el régimen de la propiedad, en el régimen de los contratos y en el de las sucesiones.

El derecho privado ha reflejado las consecuencias de tales transformaciones de manera más acusada que las que presenta el derecho público o el administrativo, por ejemplo.

Hoy en día, el derecho civil individualista se ha transformado en un derecho civil predominantemente social y lo será más cada día porque así lo exige la coordinación del interés individual y del interés colectivo. En efecto, se percibe un cambio de la situación de la persona dentro de la comunidad nacional y, tal vez, frente a la comunidad internacional, como consecuencia de las nuevas rutas del derecho político. Tal vez, la distinción básica que pudiera hacerse no debiera ser entre derecho público y derecho privado, sino entre derecho civil y derecho político.

Esta distinción, si es que existe, no se presenta bajo el aspecto de una oposición entre estas disciplinas jurídicas sino como armoniosa coordinación entre las tendencias que, para lo futuro, apunta el nuevo derecho político, con el rumbo que debido a su influencia debe tomar el nuevo derecho civil. Debe advertirse, pues, que la política y la vida civil no se conciben separadas sino coexistentes.

La llamada crisis del derecho civil refleja la crisis en que vive la humanidad actual, que prelude el ajuste de las normas de convivencia social.

Esta relación o interdependencia entre el derecho político y el derecho civil ha provocado una evolución en las relaciones jurídicas de derecho civil, cuyas instituciones parecen acentuar el aspecto de la responsabilidad, de donde deriva una mayor restricción de la autonomía de la voluntad. Sirva de ejemplo el derecho de propiedad, que impone el deber de ejercitarlo teniendo en cuenta el interés social. Otro ejemplo claro de esta transformación lo hallamos en la obligación de reparar el daño que causamos a otras personas por el uso de las cosas peligrosas aun cuando no hayamos incurrido en culpa.

5. *Necesaria visión retrospectiva.* Una previa visión retrospectiva nos permitirá captar la función que ha desempeñado el derecho civil en el ámbito social, y esto explicará por qué se le ha considerado como el deregrosas, aun cuando no hayamos incurrido en culpa.

En Roma, en los principios de su formación, se llamaba derecho civil (*jus civile*) al que cada pueblo se daba exclusivamente para sí; era el derecho aplicable a los ciudadanos. En este sentido, el derecho civil se distinguía en todo el derecho extranjero, en cuanto este último era el derecho propio de otras ciudades. El *jus civile* era la expresión del espíritu y las peculiaridades de los ciudadanos romanos.

Siglos más tarde, a la caída del imperio romano y por orden del emperador de Bizancio, aquel derecho primitivo, que evolucionó durante cinco siglos, fue compilado en una obra que se conoce como *Corpus juris civilis*, que contiene preceptos, además de las normas que actualmente consideramos como derecho civil, disposiciones de derecho público, penal, administrativo, etcétera. En el derecho civil consignado en el *Corpus juris civilis*, quedaron comprendidas reglas aplicables a la organización y funciones de los gobernantes, a la vez que las reglas jurídicas aplicables a las relaciones de los particulares. En suma, el derecho civil en aquella época aludía a todo el derecho, con exclusión del derecho canónico (*Corpus juris canonici*) que es el derecho creado para sí por la Iglesia católica.

Durante la Edad Media, el derecho civil, recopilado en la obra de Justiniano, desempeñó el papel de derecho común a todos los pueblos europeos que sufrieron las invasiones de las tribus bárbaras. Ciertamente que los invasores impusieron su derecho de origen germánico a las regiones que dominaron, pero el derecho civil siguió aplicándose como derecho común a todos los pueblos europeos. Era una especie de derecho internacional. En esta época se decía derecho civil para referirse al derecho romano.

A fines de la Edad Media empezó a aparecer una separación entre el derecho civil y el derecho mercantil. Los gremios de comerciantes y artesanos habían creado sus propios ordenamientos, para resolver las cuestiones o problemas jurídicos que surgían del tráfico mercantil. Así nacieron los ordenamientos aplicables a los miembros de las corporaciones, y a los actos y contratos que celebraban con motivo de las transacciones con mercaderías.

El concepto de derecho civil, con los perfiles que actualmente tiene, surge propiamente con el Código Civil francés (1804) que fue el primer intento para establecer y organizar en forma sistemática y congruente los derechos y obligaciones de los particulares en las relaciones jurídicas de su vida ordinaria (excepto las relaciones mercantiles).

El Código Civil francés, tal como fue redactado en los principios del siglo XIX, es un cuerpo de leyes producto de la filosofía individualista y del liberalismo económico. El Código Napoleón no contiene en sus disposiciones preceptos relativos a la organización y funcionamiento del poder público, con lo que quedó establecida claramente la división entre derecho público y derecho privado. En esa misma época, en el año 1808, entra en vigor en Francia un código de comercio, que juntamente con el Código Civil sirvieron de modelo para la mayor parte de los códigos europeos y latinoamericanos de derecho privado.

6. *Dominio de aplicación del derecho civil actual.* El derecho civil comprende normas que se refieren:

- A. Al derecho de la personalidad;
- B. Al derecho de familia, y
- C. Al derecho patrimonial.

El derecho civil actual no ha perdido totalmente su carácter de derecho común, supletorio de las otras ramas del ordenamiento jurídico; se aplica a falta de una disposición expresa en los derechos especiales. Conserva, dentro de sus disposiciones, preceptos que contienen los conceptos básicos, conforme a los cuales se resuelven los conflictos que se presentan con motivo de la aplicación de leyes extranjeras en el territorio nacional. En él, hallamos las bases fundamentales aplicables a los actos jurídicos en general. Los códigos civiles recogen en sus disposiciones las normas que rigen las relaciones jurídicas aplicables a las obligaciones.

Damos una rápida ojeada sobre el contenido de las partes fundamentales del derecho civil.

a) El derecho de la personalidad. En esta sección, el derecho civil establece los principios jurídicos que rigen a la persona en sí misma y la ubican dentro del grupo social, como sujeto de derechos y obligaciones.

Establece los atributos que corresponden a la personalidad, desde el

punto de vista jurídico, a saber: el derecho al nombre, al domicilio, a la capacidad de la persona física en su diversas etapas (minoría de edad, emancipación, mayoría de edad) y las restricciones que por razones de enfermedad mental o de otras causas semejantes sufre la capacidad jurídica de las personas. Aquí, el derecho civil se ocupa de establecer qué agrupaciones de personas, asociaciones y sociedades pueden gozar, cumpliendo determinados requisitos, de los derechos de la personalidad, tales como la adquisición de bienes, celebración de contratos y otros actos jurídicos.

A estas agrupaciones, legalmente reconocidas, se les llama personas jurídicas o personas morales, porque frente al derecho ocupan una situación similar a la de las personas físicas.

b) El derecho de familia. Se refiere a la organización jurídica del grupo familiar y a la situación de derecho que guardan entre sí los miembros de ese grupo, y comprende: el derecho matrimonial y las normas sobre parentesco, que abarca las relaciones entre cónyuges, entre ascendientes y descendientes, y entre parientes que no descienden unos de otros, pero que tienen un antepasado común.

En este capítulo tiene particular importancia el deber que tienen los parientes de procurarse recíprocamente los elementos económicos necesarios para su subsistencia (alimentos).

El derecho de familia descansa en la idea de protección recíproca y de natural solidaridad entre parientes, y en los deberes que nacen de la paternidad y de la maternidad. Fundamentalmente tiende a la protección de los menores y de los mayores de edad, que por su estado de salud mental o por otras causas semejantes no pueden valerse por sí mismos en la vida jurídica. Esa función protectora de la persona incapaz se cumple en el derecho de familia por medio de la patria potestad y de la tutela.

En esta parte del derecho civil, encontramos disposiciones que establecen los medios jurídicos para lograr la solidez económica de la familia. Ya se mencionó la obligación recíproca de los parientes de procurarse alimentos en caso de necesidad. Existen, también, normas que organizan la propiedad y la administración de los bienes de los cónyuges durante el matrimonio, y algunos códigos, como el nuestro, instituyen el patrimonio de familia, que permite el uso o disfrute en común de ciertos bienes destinados al sostenimiento del grupo.

En otros sistemas extranjeros, la dote y la institución del mayorazgo han sido reconocidos para lograr, por ese camino, la misma o parecida finalidad.

c) Dentro del derecho patrimonial, encontramos el régimen aplica-

ble a la propiedad, el derecho de las obligaciones y de los contratos y el derecho de las sucesiones por causa de muerte.

En el derecho civil patrimonial se regulan los derechos reales, a través de los cuales el propietario de un bien o la ley, en ciertos casos, permiten que otra persona pueda usar y disfrutar un determinado bien del que no es propietario, estableciendo así lo que se denomina desmembramiento de la propiedad, en tal forma que la persona beneficiada con el desmembramiento ejerce, por sí misma, un poder directo sobre la cosa misma.

En el capítulo de las obligaciones, el derecho civil establece las normas jurídicas relativas a la relación que existe entre una persona —el acreedor— y otra —el deudor—, en virtud de la cual aquél puede exigir de éste una determinada conducta; señala las causas por las cuales una persona se convierte en deudor o acreedora de otra; apunta cuáles son los efectos de esa relación jurídica que nace entre esos dos sujetos; cuáles son las modalidades que puede presentar una obligación; cómo puede ser transmitida la calidad de acreedor o de deudor y, finalmente, cómo se extinguen las obligaciones así nacidas.

La responsabilidad civil, es decir, la obligación de reparar el daño que se causa a otro, constituye un capítulo importante de esta parte del derecho civil.

Por lo que se refiere a los contratos, el derecho civil crea las normas relativas a todas aquellas diversas especies conforme a las cuales, por virtud del consentimiento (acuerdo de voluntades de las partes), una de ellas se convierte en acreedor o en deudor de la otra.

Los principales contratos regulados por el Código Civil son la compraventa, al intercambio de bienes o permuta, el préstamo de dinero o de cosas consumibles y el préstamo para el uso de un bien no consumible, el mandato o poder para realizar determinados actos en nombre o por cuenta del mandatario, el arrendamiento, la prestación de servicios, las asociaciones y sociedades civiles, la hipoteca, la fianza, etcétera.

Las disposiciones aplicables a las sucesiones o derecho hereditario tienen por objeto establecer las normas jurídicas sobre la transmisión de los bienes de una persona en favor de sus herederos o legatarios para después de su muerte, y la administración de esos bienes en el intervalo que existe entre la muerte de una persona y el momento en que se efectúa la distribución de sus bienes entre los herederos y legatarios.

Por regla general, en los códigos civiles encontramos sistemas a través de los cuales puede realizarse esa transmisión de bienes de una persona fallecida; o bien, el dueño de ese patrimonio establece por medio de su testamento o última voluntad, cómo ha de ser repartido, a su falle-

cimiento, el patrimonio que le pertenece (sucesión testamentaria); o bien, a falta de testamento, la ley civil suple aquella voluntad, estableciendo quiénes son las personas a las que legalmente corresponde participar como herederos en el acervo hereditario (sucesión legítima o intestado).

En esta sumaria revisión del contenido del derecho civil se pone de relieve, a través de cada una de las instituciones a que se ha pasado revista, que esta rama del derecho privado gira en torno del hombre como ser libre, establece los límites de su libertad de acción y le impone la responsabilidad por el ejercicio adecuado de las facultades que le atribuye el ordenamiento, la que depende, las más de las veces, de la voluntad del sujeto (autonomía de la voluntad).

7. *Concepto de derecho mercantil.* El derecho mercantil está constituido por un sistema de normas jurídicas que se aplican a determinados actos legalmente considerados de naturaleza comercial. En otras palabras, las relaciones entre particulares, que desde el punto de vista legal son actos de comercio, se encuentran sometidas a las normas del derecho mercantil.

La denotación de acto mercantil, en el derecho, comprende un conjunto de actividades que exceden, con mucho, al concepto de comercio, desde el punto de vista económico; porque en él se incluye un conjunto de actividades productoras de bienes y servicios (fábricas, talleres, empresas de transporte, editoriales, etcétera), que son calificadas como actos comerciales, aunque las actividades de producción de bienes y servicios no sean actividades del tráfico mercantil, sino industrial propiamente dicho.

Lo expresado en párrafos anteriores no pretende, de ninguna manera, formular una definición del derecho mercantil. Sólo se busca dar al lector un concepto, más o menos amplio, de lo que en general se entiende por esta rama especial del derecho privado, cuyo campo de aplicación se precisa en cada sistema legislativo, el cual especifica qué personas, qué actos y qué cosas, se encuentran sometidos al derecho mercantil.

En la actualidad, el derecho mercantil es aplicable no sólo a los comerciantes y a los industriales, sino también a quienes no ejercen normalmente esa profesión, pero que realizan actos, aun en forma eventual, regidos por el derecho mercantil. Así, por ejemplo, cuando una persona, que no es comerciante o industrial, suscribe una letra de cambio, expide un cheque o invierte sus ahorros en bonos financieros o acciones de una sociedad anónima, es sujeto de las normas propias del derecho mercantil, respecto de esos actos.

Por otra parte, ciertas actividades que en el consenso general son co-

merciales y, por lo tanto, podrían quedar comprendidas dentro del campo de aplicación del derecho mercantil, no se rigen por ello sino por disposiciones de otros ordenamientos jurídicos. Pensemos en el caso de un industrial que requiere la contratación de los servicios de obreros y empleados para la operación de una fábrica. Esas relaciones jurídicas no se rigen por el derecho mercantil, a pesar de que esa fuerza de trabajo, desde el punto de vista económico, forma parte muy importante del proceso de producción. Tales relaciones están sometidas a las leyes laborales. Lo mismo podría decirse, a guisa de ejemplo, del impuesto cuya fuente está constituida por las utilidades obtenidas por la explotación del negocio, de la industria o del comercio materia del derecho mercantil; pero regidos, tales impuestos, por normas de derecho fiscal. Esa misma actividad comercial o industrial, en otros aspectos, queda sometida a las disposiciones normativas que forman parte del derecho administrativo (el código sanitario, los reglamentos administrativos para la explotación de un comercio o industria, las disposiciones que fijan un precio para la venta al público de determinados artículos, etcétera).

De allí se desprende que el derecho mercantil comprende, por una parte, actividades que exceden, con mucho, el concepto económico de comercio y, por otra parte, esta rama del derecho no abarca ciertos aspectos o relaciones jurídicas que, en el concepto ordinario, podrían considerarse comprendidas dentro de las actividades propias del tráfico mercantil.

8. *Caracteres del derecho mercantil.* El derecho mercantil está constituido por un sistema de disposiciones de contenido fundamentalmente patrimonial, pero no aplicables a todo el patrimonio de la persona, sino a aquella parte de los bienes de un sujeto, en la medida en que, directa o indirectamente, estén destinados a la realización de actos mercantiles, por su naturaleza o por disposición de la ley.

a) Aun cuando en sus orígenes el derecho mercantil era el derecho propio de los comerciantes, en la actualidad no se aplica en consideración a la persona, sino tomando en cuenta qué actividad realiza el sujeto.

b) Como consecuencia de esta característica, y tal vez por haber nacido como el derecho de los mercaderes y los banqueros —personas que se presumen expertos en los negocios— la capacidad o incapacidad del sujeto no tiene la importancia que tiene en el derecho civil, respecto de la validez, y la eficacia del acto realizado. Si, por ejemplo, una persona por error ha firmado una letra de cambio y este documento entra en circulación, la validez de la aceptación del título o su endoso no perjudican la validez del documento.

c) Por otra parte, el derecho mercantil moderno ha evolucionado hacia el formalismo. En sus orígenes los comerciantes quedaban obli-

gados, independientemente de que los contratos que entre ellos realizaban revistieran una determinada forma. Era suficiente, para la validez de la transacción mercantil, el simple acuerdo de las partes. Hoy en día, el derecho mercantil tiende a exigir, en ciertos actos y contratos comerciales, una formalidad cada vez mayor. Los títulos de crédito (letras de cambio, pagarés, etcétera) requieren la expresión de ciertos formalismos rígidos, de modo que, por ejemplo, en ciertos documentos mercantiles debe constar expresamente la palabra que indica si se trata de un "cheque", de una "letra de cambio", de un "pagaré". En ausencia de ese formalismo riguroso, el documento no vale como cheque, pagaré, letra de cambio, etcétera. Una sociedad se reputa de naturaleza mercantil si se organiza conforme a cualquiera de las especies de sociedades reconocidas por la Ley de Sociedades Mercantiles, aunque no haya sido constituida para la realización de actos mercantiles.

Puede observarse, también, que muchos de los contratos mercantiles se formalizan en documentos ya impresos, como es usual tratándose de las operaciones que realizan los bancos con el público, las pólizas de seguros, los documentos de embarque que expiden las líneas de transporte y aun las notas de venta que emiten los almacenes de comercio al menudeo a sus clientes, por las mercancías que estos adquieren en el mostrador.

Esta evolución hacia el formalismo del derecho mercantil obedece al fenómeno económico de la producción en masa de toda clase de bienes, y a la adquisición, también masiva, de artículos, o mercaderías, que fabrica la industria y distribuye el comercio.

Si bien se mira, esta formalidad de las transacciones mercantiles facilita grandemente la celeridad del tráfico comercial y del intercambio de bienes y servicios, en la cada vez más compleja red del tráfico de los negocios en la era moderna.

d) Por lo demás, si el derecho civil presenta la característica de que sus normas se adaptan a las peculiaridades que presentan los individuos, según los países o regiones, las costumbres o idiosincrasia de cada localidad, se podrá hablar de un derecho civil alemán, inglés, argentino o japonés, aludiendo a la manera como se refleja en esa disciplina un cierto regionalismo. Por otra parte, en el derecho mercantil se observa una franca tendencia a su internacionalización y hacia la uniformidad de las normas que rigen las transacciones internacionales. Los juristas de la Comunidad Económica Europea y de las uniones de mercados entre naciones, se preocupan por el establecimiento de una legislación mercantil uniforme, aplicable a todos los países miembros de esas comunidades económicas.

e) El derecho mercantil, que nació en la Edad Media como un de-

recho contractual fundado en la voluntad de los contratantes de la agrupación gremial y que era privativo de la clase de los mercaderes y los banqueros, se está transformando en un derecho de las grandes empresas nacionales e internacionales. Transformación debida a la necesidad ingente de acelerar el intercambio de los productos fabriles y la expansión de la actividad mercantil, ya sea a través de las comunidades económicas nacionales, o bien, a través de la aparición de las grandes empresas multinacionales.

9. *Contenido del derecho mercantil.* El derecho mercantil es un derecho especial aplicable al tráfico comercial (que comprende también las operaciones de las instalaciones industriales). Mucho se ha discutido acerca de aquello que, desde el punto de vista económico, constituye el comercio. El comerciante es aquella persona que compra para revender, adquiere mercancía del productor para llevarla a los centros de consumo. Este criterio para determinar el contenido del derecho mercantil no satisface desde el punto de vista jurídico, porque existe un conjunto de actos conexos a la actividad económica de interposición en los cambios que son realizados por comerciantes y, sin embargo, se reputan legalmente como actos de comercio. Pensemos en las instituciones de seguros o en las empresas de fianzas, cuya actividad se encuentra sometida a las leyes mercantiles, aunque propiamente no adquieren mercancías para revenderlas. Por ejemplo, la constitución de una sociedad anónima se considera sujeta a las leyes mercantiles sólo porque reviste forma de esta especie de sociedad mercantil.

Me'or se podría fijar el contenido del derecho mercantil si seguimos otro criterio: el de clasificar los actos mercantiles conforme a la doctrina reciente: *a)* actos de comercio realizados por comerciantes; *b)* a los actos de comercio por el objeto en que recaen; *c)* conforme al fin que con ellos se persigue, y *d)* por la forma que revisten. La mercantilidad de los actos marcados en los incisos *a)* y *c)* depende de que sean realizados por comerciantes, aunque no sea mercader el que los realiza, siempre que se proponga un fin comercial; de ellos, se dice que son actos de comercio en sentido relativo (porque se relacionan con la profesión del sujeto que los realiza o con la finalidad para la que se celebran) los de más actos de comercio en un sentido absoluto, porque el carácter mercantil depende de su naturaleza y del objeto sobre el que recaen.

10. *Modernas tendencias hacia la unificación del derecho privado.* El derecho mercantil, particularmente en aquello que se refiere a las obligaciones y los contratos entre comerciantes, ha sido influido por la doctrina civil. En muchos aspectos, las normas de derecho mercantil son simples aplicaciones, con ligeras variantes, de las reglas para las obli-

gaciones y los contratos de derecho civil. Así ocurre, *v. gr.*, con la comisión mercantil, el contrato de prenda, la compraventa, etcétera.

A su vez, el derecho mercantil ha influido, en no despreciable aspecto, en el derecho civil, al grado de que no ha faltado quien afirme que el derecho civil moderno se ha comercializado en diferentes aspectos, tomando del derecho mercantil aquellas disposiciones que propician la celeridad de las transacciones. Podría citarse, por ejemplo, las normas relativas a la cesión de deudas y de créditos, en las que los principios del derecho mercantil han sido adoptados por el derecho civil.

En la legislación civil de diversos países, la organización y funcionamiento de la sociedad ha tomado como modelo a los tipos de la sociedad mercantil. Y, como apuntó algún autor, merced a las sociedades mercantiles hoy en día una persona puede dedicarse al comercio sin ser él mismo comerciante. Y qué puede decirse del caso corriente y conocido, en el que un número muy grande de actos civiles se realizan mediante el empleo de instrumentos jurídicos mercantiles. Por ejemplo, los pagos que, en múltiples operaciones civiles, se realizan por medio de cheques, instrumento típico del derecho bancario, y el uso moderno de las tarjetas de crédito, tan extendido actualmente, que aun las amas de casa pueden adquirir, por medio de ellas, en centros comerciales, artículos de consumo doméstico. En el aspecto legislativo, algunos códigos civiles incluyen en sus disposiciones la materia del derecho mercantil.

Una de las principales razones que justifican esta tendencia unificadora deriva de que, si bien el derecho mercantil nació en la Edad Media como un ordenamiento especial para los comerciantes, en la actualidad, como ya quedó explicado, el derecho mercantil se aplica a la naturaleza mercantil de los actos, cualquiera que sea la persona que los realiza.

Empero, el derecho mercantil y el derecho civil tienen campos de aplicación y puntos de vista diferentes, y su estudio debe hacerse separadamente. El derecho civil es una rama general del derecho de la persona; mientras el derecho mercantil está constituido por un conjunto especial de normas que regulan el tráfico comercial.

BIBLIOGRAFÍA

Derecho civil

PINA, Rafael de, *Elementos de derecho civil mexicano*, México, Editorial Porrúa, 1956.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho civil*, México, Editorial Porrúa, 1973.

HERNÁNDEZ, Gil, *El concepto de derecho civil*, Madrid, 1943.

PENICHE LÓPEZ, Edgardo, *Introducción al derecho y lecciones de derecho civil*, México, Editorial Porrúa, 1958.

RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, LINO, *Concepto y fuentes del derecho civil español*, Barcelona, Editorial Bosch, 1956.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de derecho civil mexicano*, México, Editorial Librería Robredo, 1962.

Derecho mercantil

ASCARELLI, Tullio, *Introducción al derecho comercial*, traducción española, Buenos Aires, 1947.

BARRERA GRAF, Jorge, *Tratado de derecho mercantil*, México, Editorial Porrúa, 1957.

MANTILLA MOLINA, Roberto, *Derecho mercantil*, México, Editorial Porrúa, 1973.

ROCO, HUGO, *Principios de derecho mercantil*, traducción española, Madrid, 1931.

RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, México, Editorial Porrúa, 1947.

TENA, Felipe de J., *Derecho mercantil mexicano*, México, 1938.

1. Cuestiones preliminares.
 2. La noción de la trasmisión de la propiedad.
 3. Las normas generales sobre trasmisión de la propiedad.
 4. Los elementos y requisitos del contrato traslativo de dominio. Examen de diversas hipótesis.
 5. El ámbito de la autonomía privada.
 6. Trasmisión del dominio por actos no contractuales.
 7. Los contratos por correspondencia.
 8. Los efectos de la entrega de la cosa en la trasmisión de la propiedad con reserva de dominio. El riesgo de la cosa.
 9. Protección del adquirente en la venta con reserva de dominio.
 10. El caso de los títulos del crédito.
 11. La trasmisión del dominio en los casos de donación, de la obligación natural y del juego prohibido.
 12. La trasmisión de la propiedad literaria, artística e industrial.
 13. Principios en que se fundan las soluciones previstas en el derecho mexicano.
- Resumen.

LA TRASMISIÓN DE LA PROPIEDAD ENTRE VIVOS

SUMARIO: 1. Cuestiones preliminares. 2. La noción de la transmisión de la propiedad. 3. Las normas generales sobre transmisión de la propiedad. 4. Los elementos y requisitos del contrato traslativo de dominio. Examen de diversas hipótesis. 5. El ámbito de la autonomía privada. 6. Trasmisión del dominio por actos no contractuales. 7. Los contratos por correspondencia. 8. Los efectos de la entrega de la cosa en la transmisión de la propiedad con reserva de dominio. El riesgo de la cosa. 9. Protección del adquirente en la venta con reserva de dominio. 10. El caso de los títulos de crédito. 11. La trasmisión del dominio en los casos de donación, de la obligación natural y del juego prohibido. 12. La trasmisión de la propiedad literaria, artística e industrial. 13. Principios en que se fundan las soluciones previstas en el derecho mexicano.

1. *Cuestiones preliminares.* La transmisión de la propiedad, un medio derivado de adquirir el dominio, tiene como presupuesto la titularidad del derecho de dueño en el transmitente, la declaración de voluntad de transmitirlo al adquirente o adquirentes de la cosa y la declaración de voluntad del adquirente de aceptarlo. Excluye este concepto la adquisición de dominio a título original.

Este estudio se referirá fundamentalmente a la transmisión del dominio, cuya ejecución no depende de la muerte del transmitente. Se ocupará de presentar las notas características de la transmisión de la propiedad entre vivos en el derecho civil mexicano.*

A este respecto, la primera cuestión que se suscita en nuestro derecho positivo vigente es si la declaración de voluntad en los actos unilaterales o el consentimiento o acuerdo de voluntades en los contratos, siendo necesaria, es suficiente para que tenga lugar la transmisión de la propiedad o si, por lo contrario, se requiere para la validez del acto traslativo de otros elementos, a saber: la causa justa, la tradición o entrega de la cosa, la inscripción del acto en ciertos registros, etcétera.

2. *La noción de la transmisión de la propiedad* expresa normativamente el fenómeno económico del "cambio", cuando éste se refiere a las cosas

* El estudio que se presenta se basa en las disposiciones del Código Civil del Distrito Federal, cuyo sistema en este respecto adoptan los códigos civiles vigentes en los estados de la Federación.

materiales; excluye de su connotación el cambio de servicios. Con mayor precisión, aquel concepto jurídico se refiere sólo al cambio en la propiedad de los bienes materiales (cosas) en que la transferencia se opera como es consecuencia del negocio traslativo o, mejor, del fin o motivo de la voluntad de las partes.

Las palabras "trasmisión", "traslación", "transferencia", se usan indistintamente para aludir a la enajenación de bienes materiales a título oneroso o gratuito, como ocurre en el contrato de compraventa (artículo 2248), en la donación (artículo 2332), en la permuta (artículo 2327), etcétera.¹

La transferencia del dominio de una cosa cierta queda comprendida en (acto traslativo de propiedad) las obligaciones de dar, que es un concepto más amplio, pues denotan, también, la enajenación temporal del uso y goce de un bien determinado y la restitución de una cosa ajena o pago de cosa debida, en las que no existe traslación de dominio.²

Con la anterior explicación se verá que no podría sustituirse el vocablo "enajenar" por las expresiones, transferir, trasladar, transmitir el dominio, porque aquella voz se aplica también a la trasmisión del uso y goce de cosas ciertas y no sólo al dominio de las mismas. Pues en puridad de lenguaje técnico, el dominio no se enajena, se trasmite en manera definitiva *ad perpetuam*, en tanto que el uso y goce de una cosa constituyen otro aspecto del derecho de propiedad, que por su naturaleza es temporal.

3. *Las normas generales sobre trasmisión de la propiedad.* El Código Civil vigente en el Distrito Federal, aplicable en toda la República en materia federal, enuncia el principio general de que el mero consentimiento es suficiente para producir efectos traslativos de la propiedad, como parece desprenderse de su enunciado legislativo. Debe indagarse si efectivamente el acuerdo de voluntades, siendo necesario, es suficiente para producir tales efectos a fin de concluir cuál es la amplitud que debe tener ese enunciado.

El principio al cual me referí en el párrafo anterior, está expresado

¹ "Art. 2248. Habrá compraventa cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho y el otro a su vez se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero."

"Art. 2332. Donación es un contrato por el que una persona transiere gratuitamente una parte de la totalidad de sus bienes presentes."

"Art. 2327. La permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa por otra. Se observará, en su caso, lo dispuesto en el artículo 2250."

² "Art. 2011. La prestación de cosa puede consistir: I. En la traslación de dominio de cosa cierta; II. En la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta; III. En la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida".

en los artículos 1796, 1832 y 2014 del Código Civil cuyo texto es el siguiente:

Artículo 1796. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias, que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a 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 2014. En las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes, por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición, ya sea natural ya sea simbólica, debiendo tenerse en cuenta las disposiciones relativas del Registro Público.

Por otra parte, refiriéndose al contrato de compraventa, el artículo 2249 dice:

Artículo 2249. Por regla general, la venta es perfecta y obligatoria para las partes, cuando se han convenido sobre la cosa y su precio, aunque la primera no haya sido entregada, ni el segundo satisfecho.

La declaración legislativa es clara: el consentimiento perfecciona el contrato y la transmisión de la propiedad en los contratos traslativos de dominio de cosas ciertas y determinadas se efectúa *ipso jure*, como consecuencia del acuerdo de las partes.

El acto o negocio jurídico de disposición es, por antonomasia, el instrumento jurídico que regula el fenómeno económico de la circulación de la riqueza, así como las disposiciones legislativas que organizan la propiedad, sus desmembramientos y la posesión, contienen las reglas relativas al aprovechamiento de los bienes. En uno y otro caso, el ordenamiento y goce toma en consideración no sólo el interés particular de la persona que es titular o adquirente del derecho, también protege el interés de los terceros y el de la colectividad, para lograr así la realización de la justicia distributiva. Ese juego de intereses (individuales y colectivos) es el marco dentro del cual el legislador y el intérprete deben desarrollar su tarea respecto del fenómeno de la propiedad.

En México, el régimen jurídico de la propiedad sobre inmuebles está organizado en función del interés público, en el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, al disponer que:

La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional corresponde originalmente a la nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de

trasmitir el dominio de ellas a los particulares constituyendo la propiedad privada, que las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización... la nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de aprobación, para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar su conservación,

El Código Civil, por su parte, en el artículo 830, dispone que "el propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijan las leyes" (principio constitucional), y más adelante el artículo 840 del mismo Código dispone que "no es lícito ejercer el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero sin utilidad para el propietario" (uso abusivo de la propiedad).

Por lo que se refiere al derecho del propietario para disponer de los bienes que le pertenecen (poder de disposición), el derecho civil mexicano, por razones de interés público, limita el *jus abutendi* del propietario, declarando fuera del comercio ciertos bienes de los particulares. Tal ocurre en la disposición contenida en los artículos 833 y 834 del Código Civil tratándose de bienes que pertenecen a los particulares, y que son, por sus notables características, manifestaciones de nuestra cultura, deben ser objeto de una particular regulación.³

El artículo 834 del Código Civil citado, permite al propietario el uso y goce de dichos bienes con la modalidad de que por tratarse de bienes de gran valor cultural, no deben ser alterados o modificados; su dueño no tiene el libre derecho de enajenación, ni puede gravarlos libremente. Para ello se requiere autorización del presidente de la República.

Así se ve cómo la propiedad y su transmisión están sometidas a ciertos deberes de conservación de valores culturales o de interés general que el orden jurídico protege.⁴

³ "Art. 833. El Gobierno Federal podrá expropiar las cosas que pertenezcan a los particulares y que se consideren como notables características manifestaciones de nuestra cultura nacional, de acuerdo con la ley especial correspondiente.

Art. 834. Quienes actualmente sean propietarios de las cosas mencionadas en el artículo anterior, no podrán enajenarlas y/o gravarlas, ni alterarlas en forma que pierdan sus características, sin autorización del C. Presidente de la República, concedida por conducto de la Secretaría de Educación Pública y Bellas Artes."

⁴ "No es arriesgado decir, que salvo que la ley disponga expresamente en sentido de la derogabilidad... las normas sobre el contrato en general, son imperativas e inderogables.

Así, con tal de que se trate de materia diferida a normas contractuales dispositivas o supletorias, tiene posibilidad de insertarse la que podría llamarse, *voluntad normativa de las partes*; la cual constituye una primera manera de concurso a la fijación de la disciplina del contrato, por parte de los individuos. Primera manera en cuanto suponemos que se trata de cláusulas singulares, *accesorias* con función meramente *modificadora de*

El negocio jurídico (nos referimos por ahora al campo de la autonomía privada) traslativo de dominio ínter vivos, se encuentra regulado en el libro IV, 2ª parte del Código Civil, que se ocupa de las diversas especies de contratos, en las que figuran la compraventa, la permuta, el mutuo, la donación. Habrá que agregar, en el ámbito no contractual, la dación en pago con cosa cierta, que está comprendida en el capítulo del pago.⁵

4. *Los elementos y requisitos del contrato traslativo de dominio. Examen de diversas hipótesis.* En los contratos traslativos de dominio o en la dación en pago, es elemento esencial el acuerdo de voluntades de las partes que intervienen en el acto, es decir, la intención de transmitir la propiedad en el *tradens* y la de adquirir el dominio en el *accipiens*, quienes podrán estipular todas aquellas modalidades que convengan respecto del acto de transmisión, sin más limitaciones que las que fijan el orden público, la moral o las buenas costumbres.⁶

Ciertamente la voluntad de los autores del acto es un elemento de existencia del negocio traslativo de propiedad; pero ha de concurrir con otros requisitos: a) el objeto posible física y jurídicamente; b) la capacidad de las partes; c) la licitud del objeto motivo o fin del acto; d) la voluntad formada libre y conscientemente (artículos 1794 y 1795).⁷

Los elementos mencionados en los incisos a) y d) son requisitos que respectivamente impiden que lo querido por las partes pueda tener ejecución por recaer en un objeto que no existe en la naturaleza o que existiendo físicamente por disposición de la ley no pueda ser materia de contrato, porque una norma jurídica lo impide o porque se trata de conseguir a través del negocio una finalidad contraria a las leyes de orden público, la moral o las buenas costumbres.

la disciplina legislativa del contrato", Francisco Messineo, *Doctrina general del contrato*, t. 1, trad. al español, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, pp. 6 y 13.

⁵ "Cuando hablamos de 'concepto de cumplimiento' es necesario aclarar que nos vamos a referir a dicho concepto en su aspecto *funcional* que sirve para determinar la función que aquel acto realiza. Así estaremos en condiciones de poderlo examinar desde el punto de vista *estructural* estudiando entonces el acto del cumplimiento en sí, con referencia de un modo concreto a su configuración o naturaleza jurídica", De Beltrán Hernando, y José, Castaños, *Cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, p. 16.

⁶ "Art. 8º Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario."

⁷ "Art. 1794. Para la existencia del contrato se requiere: I. Consentimiento; II Objeto que pueda ser materia del contrato.

Art. 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 su fin sea ilícito; IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece."

Que la voluntad se forme exenta de vicios, significa que el error determinante, el dolo y la violencia, impiden que se forme el consentimiento exento de vicios por falta de libertad en la persona o por un falso conocimiento de la realidad en los autores del acto.

Dentro de estos límites, la autonomía de la voluntad de las partes es suficientemente amplia para estipular de la manera que juzguen conveniente.

5. *El ámbito de la autonomía privada.* La fuerza vinculatoria del consentimiento no debe ser entendida, sino dentro de los límites que fija el ordenamiento. Pasemos revista a los principales preceptos legales que deslindan el ámbito de la libertad contractual. El artículo 1822 prohíbe la renuncia de la acción de nulidad procedente del dolo; las condiciones ilícitas o contrarias a las buenas costumbres anulan el contrato (artículo 1943); el hecho imposible no puede ser materia de convenio (artículo 1827); de la misma manera el contrato será nulo si su causa es contraria al orden público o a las buenas costumbres (artículo 1831); en el contrato de compraventa no se puede estipular válidamente la retroventa de la cosa (artículo 2302); la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (artículo 1797); si el cumplimiento depende de la exclusiva voluntad del deudor el contrato será nulo (artículo 1944); las partes no pueden estipular una pena para el caso de incumplimiento, que exceda en valor o en cuantía a la obligación principal (artículo 1843); la ilicitud en el objeto motivo o fin del acto produce la nulidad de éste (artículo 2225). La trasgresión de cualquiera de esas normas, priva absolutamente al acuerdo de voluntades de fuerza obligatoria.⁸

⁸ "...la vinculación contractual no existe en virtud de una verdadera unión de voluntades, sino porque cada parte ha podido formarse la idea a base de que podía obtener determinado interés digno de protección. Lo sometido a calificación jurídica en concepto de contrato no consiste en el fenómeno de una voluntad unitaria, sino en la determinación de si cada parte se ha podido formar una representación nacional de lo ofrecido por la otra y si conforme a ello ambas han asentido", José Puig Bratau, "Fundamentos de derecho civil", t. II, vol. 1, *Teoría general del contrato*, Barcelona, Ed. Bosch, 1954, p. 204. "Cuando se habla de autonomía se quiere decir que el individuo tiene el derecho de realizar los negocios jurídicos que crea convenientes y que contenidos en los límites de la ley, son reconocidos por ésta y reciben de ella fuerza obligatoria", Ramón Francisco Bonet, *Derecho civil*, t. I, introd. y parte general, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Barcelona, 1948, p. 228. "El problema puede tener un fundamento teórico y referirse simplemente al fundamento de validez de la norma contractual dentro de un orden jurídico determinado... la convención es obligatoria cuando y en la medida en que el orden jurídico la considera como una situación de hecho creada de derecho... Pero el fundamento de validez puede entenderse también en otra forma. Es posible preguntar cuáles son las razones que hayan llevado al legislador o a la costumbre a instituir la convención como situación de hecho creadora de derecho... a la que hay que responder que el legislador o la costumbre dejan a los sujetos de derecho el cuidado de reglamentar ellas

Empero, aun cuando la voluntad coincidente de las partes no exceda los límites de lo lícito, la fuerza vinculatoria del negocio jurídico sólo tiene lugar entre las partes (*res inter alios acta*).

Este principio del efecto relativo del contrato se refiere a las obligaciones y derechos que nacen a cargo y a favor de cada uno de los autores del negocio. Es necesario, sin embargo, distinguir los efectos del vínculo jurídico que surge entre los contratantes, de los efectos si no del contrato como un todo, como un acto jurídico que produce un cambio de las situaciones jurídicas preexistentes, sustituyéndolas (efecto del contrato) por una nueva situación más allá del vínculo interno creado entre las partes, de las que surge un *deber* de respeto exigible *erga omnes* de las facultades que son consecuencia de aquella situación que ha nacido del acto traslativo de propiedad; juntamente con los derechos y obligaciones que nacen entre las partes, se originan del acto traslativo de dominio.⁹

Gaudemet, comentando el Código Civil francés, distingue los efectos del contrato de los efectos de las obligaciones que éste crea, y ob-

mismas sus intereses económicos. Problema distinto... es el que estriba en saber hasta qué punto el principio de la autonomía se encuentra realizado en el Derecho contractual", Hans Kelsen, *El contrato y el tratado*, trad. de Eduardo García Máynez, México, Imprenta Universitaria, 1943, p. 55. "La teoría de los elementos del contrato posee toda la arbitrariedad de las clasificaciones escolásticas y se forma implicando ideas que son completamente heterogéneas. Los elementos esenciales son requisitos o presupuestos de validez del negocio. Los llamados elementos naturales en cambio, son obligaciones contractuales derivadas de normas jurídicas dispositivas que funcionan en defecto de pacto en contrario de las partes. Los elementos accidentales son maneras de configurar el negocio o su eficacia... (que) adquieren el rango de determinaciones esenciales...", Luis Díez Picazo, "Fundamentos de derecho civil patrimonial", vol. 1. Introducción, *Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias*, Madrid, Ed. Tecnos, 1970, p. 226.

⁹ "...es seguramnete para el jurista una misión capital la de fijar el papel que incumbe a la voluntad en el establecimiento de relaciones de derecho, la de determinar el fundamento a los límites de esa función y el de resolver los conflictos entre el principio liberal de autonomía y los de equidad, justicia social y orden público", Ramón Francisco Bonet, *op. cit.*, p. 229. "...cuando por la índole del contrato (*v. gr.* contrato de adhesión) por las circunstancias que concurren en su celebración (necesidad de contratar para poder subsistir por parte de uno de los contatantes, como en el contrato de trabajo) o por el efecto de circunstancias imprevistas y sobrevenidas entre la perfección y la consumación del contrato (excesiva onerosidad en el cumplimiento que afecta a una de las partes y que se traduce en un excesivo beneficio a favor de la otra parte) debe ser considerado este contrato como un hecho con eficacia vinculante, al margen en gran parte de lo querido al contratar, la justicia del caso deberá ser buscada de manera bastante próxima a lo que ocurre en los casos de responsabilidad extracontractual", José Luis Puig Brutau, *op. cit.*, p. 34. "...No es lo que las partes han querido, sino lo que han declarado querer; no la voluntad sino la declaración de voluntad... Las partes no se limitan a declarar cuál es su voluntad, qué es lo que quieren. Concebido así el contrato no pasaría de ser una exposición de deseos comunes, no es ni puede ser un contrato. Las partes de un contrato, no se limitan a declarar que quieren algo sino que lo que hacen es dar a su declaración una vigencia jurídica... Por eso dice Larenz que... es ante todo una declaración de que una cierta cosa debe valer", Luis Díez Picazo, *op. cit.*, p. 228.

serva, por una parte, que el contrato no es la única fuente de las obligaciones. Estos nacen también de los cuasi contratos, los delitos y los cuasi delitos. Así explica que el contrato no sólo crea obligaciones, o derechos personales, en él pueden originarse derechos reales. Dice lo siguiente:

El principio de la relatividad de los contratos debe por lo demás entenderse juiciosamente; significa tan sólo que las personas extrañas a un contrato no pueden invocar derechos fundados en él, ni quedar sujetas a las obligaciones que del mismo se derivan. Pero el contrato existe respecto de ellas, al igual que respecto de las partes, como acto lícito y como tal deben respetarlo. De tal suerte que el tercero que se hace cómplice de la violación de una obligación contractual cometida por una de las partes contratantes, incurre en una responsabilidad delictuosa (Req., 12 ene. 1926 D. hebd. 1926, p. 116; Civ., 13 nov. 1927, D. P. 1929, I.1.131. Cfr. Huguency, *La responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, tesis, Dijon, 1910; Lalow, 1382 contra 1165 D. hdb. 1928, Crónica, p. 169; Crim, 22 mzo. 1928, p. 273). Del mismo modo, un contratante podría oponer a un tercero, que pretendiera demandarle ejerciendo la acción de *in rem verso*, un contrato en cuya virtud le hubiese sido hecha una prestación, pues tal contrato constituye una justa causa de enriquecimiento que los terceros deben respetar; el empobrecimiento que han podido experimentar en correlación de ese enriquecimiento, es por ese mismo hecho insuficiente para legitimar la acción de enriquecimiento sin causa (Req. 12 feb. 1923, D.P. 1923,1.64). En relación con el alcance y las atenuaciones del principio mismo, cfr. Colín y Capitant, *op. cit.*, t. II, 121 y ss. Sabatier, "Le prétendu de la relativité des contrats", *Revue trimestrielle de droit civil*, 1934.¹⁰

Para ponderar en sus justos límites el significado de que el consentimiento de los contratantes es suficiente para la trasmisión del dominio, es necesario hacer algunas consideraciones.

Para que el acuerdo de voluntades produzca efectos jurídicamente válidos es necesario: a) que provenga de una persona capaz de obligarse; b) que la voluntad de las partes se haya formado sin coacción, error o engaño; c) que la causa o motivo determinante para obligarse haya sido lícita; d) que el objeto materia de la obligación sea física y jurídicamente posible, y e) que la voluntad se haya declarado en la forma que la ley establece.

Aun perfeccionado el contrato, frecuentemente no es susceptible por sí sólo de producir todos los efectos queridos por las partes.

Conforme el derecho positivo mexicano, en las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la trasmisión de propiedad *inter vivos* se produce por el solo consentimiento, siempre que concurren además de los presupuestos, los elementos de existencia y los requisitos de validez que la ley exige, a saber: el objeto lícito posible física y jurídicamente y causa lícita, sólo entonces se produce el cambio de situación jurídica de dueño, en favor del adquirente. La relación obliga-

¹⁰ Gaudemet, Eugène, *Teoría general de las obligaciones*, trad. y notas de derecho mexicano, por Pablo Macedo, México, Ed. Porrúa, 1974, p. 228, nota 111.

toria en los contratos traslativos de propiedad, confiere a una de las partes (el adquirente) la facultad de exigir del enajenante el cumplimiento de las obligaciones que éste ha contraído. La entrega de la cosa al acreedor no es sino efecto del convenio (artículo 2232).¹¹

El artículo 1832 del Código Civil ya transcrito, es una reproducción casi literal de una disposición contenida en la ley única, título XVI del Ordenamiento de Alcalá (siglo XIII), después reproducido en la ley I, título I, libro X de la *Novísima Recopilación de las Leyes de España* (1805).

Conviene recordar que la disposición de los artículos 1796 y 1832 del Código que se comenta, se refiere a la fuerza vinculatoria del acuerdo de voluntades declarado en la forma que la ley establece, teniendo en cuenta que el artículo 1795 fracción IV del Código Civil, declara la invalidez del contrato, si el consentimiento no se ha manifestado de acuerdo con la formalidad requerida por la ley. Lo que nos conduciría a concluir que la nulidad proveniente de la falta de formalidades invalida el contrato, como ocurre en presencia de cualquiera de las otras causas de invalidez previstas en las tres fracciones anteriores del precepto que se cita (falta de capacidad, vicios del consentimiento, ilicitud en el objeto, motivo o fin del acto). Sin embargo, conforme al dispositivo contenido en el artículo 2232 del Código Civil, cuando la voluntad de los contratantes carece del requisito de la formalidad adecuada, si cualquiera de los interesados prueba que existe el consentimiento, puede exigir de la otra parte el otorgamiento del contrato en la forma requerida por la ley.

Tratándose de la transmisión de especies indeterminadas, el principio establecido en los artículos 1796, 1832 y 2014 del Código Civil, al cual ya me he referido, no tiene aplicación; porque el dominio no se transmite por el solo efecto del consentimiento; es necesaria la concurrencia de un hecho posterior, a saber, la determinación del conocimiento del acreedor, de las cosas sobre las que recae el acuerdo traslativo de dominio.

6. *Trasmisión del dominio por actos no contractuales.* En nuestro sistema legislativo, existen procedimientos suficientes, pero no necesarios, para transmitir la propiedad de una cosa material en forma diferente del contrato.

En el ordenamiento mexicano encontramos otras figuras no contractuales traslativas de dominio, por ejemplo, el acto constitutivo de

¹¹ "Art. 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."

las fundaciones, la constitución del fideicomiso, la transmisión de certificados de participación inmobiliaria, la adquisición de certificados de depósito emitidos por los almacenes de depósito como instituciones auxiliares de crédito, la división de la copropiedad, la adjudicación de bienes a los socios en los casos de disolución de asociaciones civiles y de sociedades civiles o mercantiles.

Examinemos brevemente las hipótesis mencionadas. La constitución de una fundación debe llevarse al cabo destinando un patrimonio a la realización de un fin de asistencia social, sin propósitos de lucro y sin designar individualmente a los beneficiarios. Para el efecto, el fundador o fundadores, por declaración unilateral de voluntad, deberán afectar esos bienes a la constitución de una institución de asistencia privada (fundación o asociación) (artículos 1º y 2º de la Ley de Instituciones de Asistencia Privada). (Artículo 4º de la ley que se cita.)¹²

En las asociaciones no hay propiamente afectación de bienes. El capital de la persona moral se constituye con las aportaciones de los asociados o los donativos de terceros, en el acto constitutivo o por aportaciones posteriores.

La dación en pago con cosa cierta, es otro de los actos traslativos de dominio no contractuales; en efecto, el artículo 1095 del Código Civil dispone que "la obligación queda extinguida cuando el acreedor recibe en pago una cosa distinta en lugar de la debida". La transmisión de la propiedad no se opera en virtud de un contrato, sino para extinguir una obligación ya contraída. Es verdad que para que sea posible jurídicamente esta sustitución de la cosa debida, se requiere el consentimiento del acreedor; pero también es cierto que en la transmisión de la propiedad el bien que se da en pago no toma su origen en la obligación primitiva (que puede tener por objeto dar, hacer o no hacer). En la dación en pago no nace obligación alguna. Sólo se cumple una obligación preexistente entregando cosa distinta de la pactada originalmente.

Esta distinción entre la transmisión de la propiedad en forma contractual y la transmisión de la propiedad en periodo de cumplimiento de la obligación, aparece claramente cuando el acreedor sufre evicción de la cosa recibida en pago; entonces, renace la obligación primitiva y la dación en pago queda sin efecto (artículo 2096 del Código Civil).

La transmisión de la propiedad de cosas materiales o de derechos incorporados en los certificados de participación inmobiliaria, certifica-

¹² Se distingue la fundación del contrato de fideicomiso en que en este último la afectación de bienes se realiza en favor de los fideicomisarios y estos deben ser siempre personas determinadas.

dos de vivienda, certificados de depósito emitidos por almacenes generales de depósito, constituye una excepción al principio general aceptado respecto a los efectos traslativos de la propiedad por el solo consentimiento, ya que en estos casos se requiere la entrega material, al acreedor, del documento representativo de los bienes a que éste se refiere. Tratándose de los títulos nominativos, es necesaria la transcripción del acto en ciertos registros, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 5º, 127, 129, 228 y 251 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

En la constitución de sociedades, para aquella parte de la doctrina que considera que el negocio constitutivo de una sociedad no es un contrato sino un negocio jurídico plurilateral o un acto jurídico colectivo, las aportaciones de cosas materiales que realizan los socios fundadores para formar el capital de la sociedad constituye un caso bien claro de transmisión del dominio *inter vivos*, en manera no contractual.

Entre las formas no contractuales de transmisión de la propiedad encontramos la adjudicación de bienes que realiza el liquidador de una sociedad o asociación civil o de una sociedad mercantil en favor de los socios o de los interesados, en pago de su cuota de liquidación, al disolverse la sociedad o asociación (artículos 2726, 2728 del Código Civil y 234 y 248 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

De lo expuesto se concluye que en nuestro sistema legislativo existen actos jurídicos no contractuales a través de los cuales es posible la transmisión de la propiedad.

Así, el artículo 372 de la Ley de Vías Generales de Comunicación, impone a la Secretaría de Comunicaciones la obligación de llevar un registro de los contratos de adquisición, transmisión, modificación o extinción del dominio de aeronaves mexicanas, aeródromos civiles, aerofaros, radioguías, etcétera. El Registro de Aeronáutica Nacional cumple una función de publicidad del acto de transmisión de la propiedad frente a terceros, conforme a lo dispuesto en el artículo 372 de la misma ley. Atendiendo a la norma contenida en el segundo párrafo de este precepto legal, el acto debe inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, cuando se trate de inmuebles incorporados a vías generales de comunicación. Ese sistema de doble registro es necesario para que la transmisión de la propiedad produzca efectos no sólo frente a tercero, también entre las partes.

Los actos de enajenación de automóviles o autobuses deberán inscribirse en el Registro Federal de Automóviles (artículos 1º, 2º y 18 de la Ley Federal del Registro de Automóviles). Las autoridades de tránsito estatales, federales o municipales, no podrán otorgar permiso

de circulación, ni entregar las placas con el número correspondiente del vehículo, si éste carece de la constancia de inscripción en el mencionado registro.

Este registro tiene efectos de control administrativo de la propiedad de vehículos automotores, que es además un requisito indispensable para la circulación del vehículo en la vía pública; la falta de registro impide que la transmisión de la propiedad del vehículo produzca efectos frente a las autoridades de tránsito (artículo 14 de la ley citada).¹³

En lo que se refiere a la transmisión de la propiedad de las embarcaciones marítimas o fluviales, la Ley de Navegación y Comercio Marítimos, en su artículo 96, crea el Registro Público para Embarcaciones, en el que entre otros actos deben inscribirse los de adquisición, enajenación o traspaso de buques y sus aparejos. También deben inscribirse los actos constitutivos, traslativos o extintivos de derechos reales sobre la nave; de la misma manera (artículo 88 de la ley citada), para la navegación y cabotaje de buques mexicanos, es necesario que sean matriculados y abanderados en alguna capitanía del litoral en el que vayan a ser destinados a la navegación. La matrícula tiene por objeto la inscripción de la nave en los registros portuarios del litoral en que se desarrollen las actividades de transporte marítimo y el abanderamiento. Es un medio de publicidad de la nacionalidad de la embarcación.

De acuerdo con las fracciones XVI y XVII del artículo 21 del Código de Comercio, son materia de inscripción en el Registro Público de Comercio los buques y los cambios de propiedad que sobre los mismos

¹³ La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido la siguiente tesis: "Vehículos, inscripción en el Departamento del Distrito Federal, valor probatorio de la. Las inscripciones de los vehículos hechas a nombre de alguna persona en el Departamento de Tránsito del Distrito Federal, constituyen prueba plena de que esas personas sean las propietarias de tales vehículos; y esto por ser una consecuencia de las disposiciones del Reglamento de Tránsito que rigen en esta capital, en el sentido de que sean los propietarios quienes soliciten el registro de sus vehículos, y que ni permiten que un mismo vehículo, salvo naturalmente en casos de copropiedad, esté registrado al propio tiempo a nombre de más de una persona, como puede verse en los artículos de dicho Reglamento que enseguida se transcriben en lo conducente: Artículo. 7º Para que un vehículo pueda transitar en el Distrito Federal, será necesario que esté inscrito en la Dirección de Tránsito del Distrito Federal, para lo cual deberá satisfacer los siguientes requisitos: a) Tratándose de vehículos facturados en el país: I. El propietario deberá presentar la solicitud correspondiente de registro... Tratándose de vehículos usados deberá adjuntar la 'baja' del registro anterior... III... b) Tratándose de vehículos que se amparan con facturas expedidas en el extranjero, además de los requisitos antes numerados, deberá comprobarse... Artículo 16. Cuando un vehículo cambie de propietario, el vendedor deberá darlo de 'baja' y de 'alta' el comprador, dentro de un término máximo de treinta días si desea que siga circulando... Amparo directo 8804,/80. Rafael Robles Vera, Febrero 21 de 1962, Unanimidad de 4 votos. Ponente José López Lira, Tercera sala, Sexta época, vol. LVI, Cuarta parte, p. 141. Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes, civil, Tercera sala, SCJN, 1955-1963, p. 943."

se efectúan. Los artículos 16 y 17 del mismo código disponen que la falta de inscripción impide que el acto traslativo de propiedad produzca efectos contra tercero. Dicha falta de registro hará que se tenga presuntivamente como fraudulenta la celebración del acto, salvo prueba en contrario.

Como puede verse de la enumeración anterior, en el sistema mexicano la intervención administrativa en los actos traslativos de dominio no influye sobre la validez y eficacia de los actos de transmisión de la propiedad, ni produce efectos constitutivos ni declarativos de la relación jurídica entre las partes; sus efectos son probatorios de la existencia del acto, en relación con las autoridades administrativas, en algunos casos, y respecto de tercero en otros.

7. *Los contratos por correspondencia.* Ahora es oportuno referirse al momento del perfeccionamiento del contrato traslativo de propiedad, en el periodo de formación del consentimiento, en los contratos por correspondencia.

En el derecho mexicano, la declaración de voluntad puede ser expresa o tácita. En este último supuesto, resulta de hechos o actos que la presupongan o que autoricen fundadamente a presumirla (artículo 1803 del Código Civil).

En los contratos que se celebran entre presentes, la persona que recibe la propuesta, sin declarar en manera expresa verbalmente o por escrito su aceptación o su rechazo, efectúa actos sobre la cosa, que permiten concluir en forma inequívoca la aceptación de la oferta por el destinatario. Si esto ocurre, puede afirmarse válidamente que el consentimiento se ha formado y, por lo tanto, que ha tenido lugar la transmisión de la propiedad. Los actos materiales efectuados por el destinatario de la oferta son signos que revelan la aceptación de una propuesta de contrato.

La cuestión reviste complejidad cuando el contrato se celebra por correspondencia. En ese supuesto, tiene importancia el plazo que debe transcurrir entre la emisión de la oferta y su aceptación por el destinatario durante el cual el policitante debe sostener su propuesta (artículo 1804).

Si el autor de la oferta ha fijado un plazo para la aceptación, debe mantener su oferta hasta el día del vencimiento (artículo 1804). Cuando no se ha fijado un plazo, el policitante está obligado a sostener su oferta durante tres días, más el tiempo necesario para la ida y vuelta del correo ordinario, según la distancia y facilidad de las comunicaciones (artículo 1806). El contrato se perfecciona en el momento en que el proponente recibe la aceptación (artículo 1807). Por lo tanto, en el periodo de formación del contrato por correspondencia, conforme

al derecho mexicano, la aceptación tiene que ser expresa y categórica. No hay lugar a presumir aceptación a través de signos o actos que impliquen aceptación tácita, porque si la aceptación es recibida por el policitante fuera del plazo que la ley o la oferta establecen, el contrato no habrá podido perfeccionarse y los actos que el destinatario de la oferta haya realizado sobre la cosa de la que había recibido la tenencia, aun con el ánimo de dueño, son ineficaces para producir los efectos de una declaración tácita, en virtud de que el proponente ya no está obligado a transmitir el dominio del bien cuya venta ha propuesto.

La emisión de la propuesta tiene ciertamente un doble aspecto obligatorio a cargo del proponente, a saber: primero, mantener su oferta hasta el vencimiento del plazo que la ley o él mismo ha establecido y, segundo, realizar el acto traslativo de dominio en favor del aceptante, si recibe dentro del plazo la aceptación. Asume obligación de no hacer (esperar la aceptación) y una obligación de dar (transmitir el dominio de la cosa al destinatario de la oferta si éste, dentro del plazo, acepta la celebración del contrato propuesto).

Los contratos mercantiles celebrados por correspondencia se perfeccionan desde el momento en que el destinatario de la oferta contesta aceptando la propuesta. Aun en el caso de que el destinatario haga modificaciones "proponiendo condiciones para que sea aceptada".

8. *Los efectos de la entrega de la cosa en la transmisión de la propiedad con reserva de dominio. El riesgo de la cosa.* Dejando a un lado aquellas hipótesis en que por disposición del ordenamiento jurídico no basta el solo consentimiento para la transmisión de la propiedad, examinaremos ahora cómo por estipulación de las partes el solo consentimiento, siendo necesario, no es suficiente para que se produzca la transmisión del dominio. En la compraventa con reserva de dominio, en la venta de géneros, en la venta de cosa futura, en las obligaciones alternativas; bajo condición o a término y en la permuta, la transmisión de la propiedad puede ser diferida, a día cierto o incierto (cláusula condicional) posterior al perfeccionamiento del contrato. Así ocurre en las hipótesis previstas en los artículos 2310 y 2312 del Código Civil.¹⁴

¹⁴ "Art. 2310. La venta que se haga facultando al comprador para que pague el precio en abonos, se sujetará a las siguientes reglas: I. Si la venta es de bienes inmuebles, puede pactarse que la falta de pago de uno o varios abonos ocasionará la rescisión del contrato. La rescisión producirá efectos contra tercero que hubiere adquirido los bienes de que se trata, siempre que la cláusula rescisoria se haya inscrito en el Registro Público. II. Si se trata de bienes muebles, tales como automóviles, motores, pianos, máquinas de coser u otros que sean susceptibles de identificarse de manera indubitable, podrá también pactarse la cláusula resolutoria de que habla la fracción anterior, y esa cláusula producirá efectos contra tercero que haya adquirido los bienes, si se inscribió en el Registro Pú-

La transmisión del dominio de inmuebles, bajo condición suspensiva o a plazo, debe considerarse que sus efectos frente a tercero dependen de la inscripción de la reserva de dominio en el Registro Público de la Propiedad. Sin embargo, debe tenerse en cuenta el siguiente criterio que ha sustentado la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En relación con los efectos del contrato traslativo de dominio respecto de terceros, y por lo que atañe a los efectos de la inscripción del acto traslativo en el Registro Público de la Propiedad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a propósito de la inscripción de embargos, ha dictado jurisprudencia en las ejecutorias que en seguida se citan, de que la inscripción del embargo en fecha posterior a la transmisión de la propiedad inmueble embargado por un acreedor del enajenante, no crea derechos reales en favor del embargante, ni afecta en manera alguna los derechos de dominio de quien adquirió ese bien con fecha anterior al secuestro practicado. En jurisprudencia visible en la página 709, tomo II de la *Compilación de Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación* puede leerse la siguiente tesis:

El embargo sólo puede ser eficaz cuando recae en bienes que corresponden al demandado, y no es jurídico que por no haberse inscrito oportunamente la compraventa, el acreedor del vencedor tenga derecho a secuestrar lo que ha salido del patrimonio de éste.

	<i>Págs.</i>
Tomo CI, González Torres Jesús	2721
Tomo CV, Núñez Antonio	798
Tomo CVIII, Limantour Alfredo	1005
Limantour Alfredo	2444
Tomo CXVII, García Soto J. Jesús	245

En el tomo LXIX, p. 2856, del *Semanario Judicial de la Federación*, Camarena Ayora de Espinosa Alicia, la Tercera Sala de ese alto tribunal resolvió lo siguiente:

EMBARGO, CONCEPTO DE. El embargo no constituye un derecho real y no puede reconocérsele el efecto de vincular el pago de las obligaciones reclamadas, los bienes

blico. III. Si se trata de bienes muebles que no sean susceptibles de identificarse indubitadamente y que, por lo mismo, su venta no pueda registrarse, los contratantes podrán pactar la rescisión de la venta por falta de pago del precio, pero esa cláusula no producirá efectos contra tercero de buena fe que hubiere adquirido los bienes a que esta fracción se refiere."

"Art. 2312. Puede pactarse válidamente que el vendedor se reserve la propiedad de la cosa vendida hasta que su precio haya sido pagado. Cuando los bienes vendidos son los mencionados en las fracciones I y II del artículo 2310, el pacto de que se trata produce efectos contra tercero, si se inscribe en el Registro Público; cuando los bienes son de la clase a que se refiere la fracción III del artículo que se acaba de citar, se aplicará lo dispuesto en esta fracción."

sobre los que recayó, sino en tanto que al realizarse los mismos bienes, pertenezcan a la persona contra quien está dirigida la acción que le dio origen, por lo que hay que concluir que la falta de inscripción de un título de propiedad, no es motivo, fuera de determinado caso, para estimar legal la afectación de bienes, mediante el embargo, cuando se trata después de que aquéllos salieron del patrimonio del embargado.

2005 REGISTRO PÚBLICO, LA PREFERENCIA DE LAS INSCRIPCIONES HECHAS EN EL, NO FAVORECE AL ACREEDOR QUIROGRAFARIO. La validez y los efectos *erga omnes* de la compraventa no pueden quedar sujetos al requisito del Registro, porque éste carece de funciones constitutivas en nuestro derecho; y si bien es cierto que el artículo respectivo establece que los documentos que deben registrarse y no se registran sólo producirán efectos entre quienes lo otorguen pero no podrán producir perjuicio contra tercero, tal precepto debe entenderse en el sentido de que la preferencia que la ley establece respecto de las inscripciones en el Registro Público, se refiere sólo a acreedores que tengan derechos de la misma naturaleza y que no otorgando el secuestro un derecho real al ejecutante, no puede oponerse a quien invoca el dominio adquirido de manera indubitable con anterioridad al secuestro, y que por consiguiente la mencionada preferencia no favorece al simple acreedor quirografario. Amparo directo 3955/1958 Andrés Becerril. Abril 20, 1959. Unanimidad de 5 votos. Ponente: Mtro. Gabriel García Rojas. Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes, Civil, Tercera sala, Mayo Ediciones, Actualización 1, Civil 1955-1965, p. 987.

Si las partes han señalado un plazo para que el adquirente pague el precio estipulado y el enajenante hace entrega material de la cosa con reserva del dominio del bien que es materia de la venta, hasta en tanto el precio no haya sido satisfecho por el comprador, se plantea la cuestión de precisar los efectos de esa reserva de propiedad, frente a terceros. De acuerdo con lo que disponen los artículos 2312, párrafo segundo y 2313, del Código Civil,¹⁵ debe distinguirse si la cosa vendida es identificable de manera indubitable (automóviles, motores, planos, máquinas de coser, aparatos de televisión, etcétera), la cláusula de reserva de dominio puede oponerse a terceros, cuando ha sido inscrita en el Registro de la Propiedad. Si los muebles no son identificables en forma indubitable, la cláusula no podrá hacerse valer frente a terceros de buena fe, en virtud de que no es susceptible de ser inscrita en el Registro de la Propiedad.

No obstante, ya se trate de bienes muebles o inmuebles, independientemente de la inscripción de esa cláusula en el Registro, uno de los efectos del contrato (y no el menos importante) es que el dominio del transmitente frente al adquirente sufre una limitación, porque el propietario se obliga a no enajenar a terceros el bien que ha sido materia de la compraventa. El *accipiens*, a su vez, tiene la obligación de usar la cosa para los fines a los que está destinada según su naturaleza; debe conservarla en buen estado y responderá a los daños que

¹⁵ "Art. 2313. El vendedor a que se refiere el artículo anterior, mientras no se vence el plazo para pagar el precio, no puede enajenar la cosa vendida con la reserva de propiedad, y al margen de la respectiva inscripción de ventas se hará una anotación preventiva en la que se haga constatar esta limitación de dominio."

sufra aquélla, por su culpa o negligencia, la de sus familiares o sirvientes.

Si la cosa perece o menoscaba sin culpa del futuro adquirente o si mejora, los riesgos y las mejoras serán por cuenta del propietario, salvo estipulación en contrario. Si la cosa se pierde por caso fortuito o de fuerza mayor, el riesgo de la cosa es a cargo del enajenante; si hay culpa del deudor (el enajenante), responderá del valor de la cosa y de los daños que ésta sufra. Si el deterioro es parcial, el adquirente podrá optar por la resolución del contrato con el pago de los daños y perjuicios o por la resolución del contrato con el pago de los daños y perjuicios o por recibir la cosa en el estado en que se encuentra y exigir el pago de los daños y perjuicios que se le ocasionen por el deterioro sufrido. Si la cosa se pierde por culpa del acreedor (el adquirente), la obligación se extingue y el deudor queda liberado; si se deteriora parcialmente por culpa del acreedor, debe recibir la cosa en el estado en que se encuentre (artículo 1948 del Código Civil).

Si la cosa ha sido asegurada contra daños, el valor asegurado debe ser pagado al enajenante que se ha reservado el dominio de ella. El asegurado tendrá derecho a designar como beneficiario a otra persona que no sea el propietario.

El enajenante que se ha reservado el dominio de la cosa materia de la compraventa, está legitimado para impugnar los actos que tiendan a la "desposesión" de la cosa del poder del adquirente.

9. *Protección del adquirente en la venta con reserva de dominio.* Se ha explicado que en el derecho mexicano el acuerdo de voluntades tiene efectos traslativos de dominio y que la entrega de la cosa es consecuencia de que se ha producido el consentimiento. Por lo tanto, el acreedor, por el efecto del perfeccionamiento del contrato, adquiere los derechos de dueño (*jus in rem*). En nuestro sistema el adquirente está legitimado para ejercer una acción real de dominio (*jus ad rem*) sobre la cosa que ha entrado en su patrimonio con independencia de la entrega material. Puede, por lo tanto, hacer valer la acción real reivindicatoria en los términos del artículo 4º del Código de Procedimientos Civiles, conforme al cual quien no está en posesión de la cosa podrá exigir judicialmente su entrega, como propietario de ella. Puede ejercer la acción personal para obtener el cumplimiento de la obligación a cargo del enajenante de entrega de la cosa cuyo dominio le ha sido transmitido. En ambos supuestos, la acción procesal va dirigida en contra del trasmittente; la acción real reivindicatoria, en contra de cualquier poseedor. La sentencia que se pronuncie será declarativa de dominio y condenatoria en contra del demandado, para que éste haga entrega al demandante, con sus frutos y acciones.

El principio que se enuncia diciendo que los contratos obligan por el solo efecto del consentimiento, debe ser entendido en sus justos límites.

En efecto, no basta el consentimiento de los otorgantes para que se produzcan los efectos queridos por las partes. Algunas consecuencias vinculatorias se generan con independencia de lo previsto por los autores del acto, aunque nada haya estipulado (cláusulas naturales). Por lo contrario, el acto no se produciría, porque falta alguno de los presupuestos del contrato (objeto lícito o jurídicamente posible, falta de legitimación, para disponer, defectos en el título de propiedad del *tradens*) o porque en el contrato no concurren todos los requisitos de validez (incapacidad, vicios de la voluntad, objeto ilícito, causa falsa o fin ilícito).

En lo que atañe al justo título, para enajenar, dada la naturaleza de este trabajo, sólo mencionaremos que el transmitente debe tener título de dominio suficiente para atribuirle la situación jurídica de dueño, y poseer facultades suficientes para disponer de la cosa cuyo dominio se propone transmitir.

Cuando la transmisión de la propiedad se efectúa en ejecución de una obligación contraída y hay error en el pago, bien porque no existe obligación, porque existiendo es la obligación inválida o porque la transmisión del dominio se hace a favor de quien no es acreedor, no hay pago propiamente hablando, porque falta el presupuesto necesario para que surja el deber de pagar, no obstante que existe en el *tradens* el *animus solvendi* y a pesar de que la entrega de la cosa se haya efectuado con la intención de transmitir la propiedad (*falsa causa*).¹⁶

10. *Títulos de crédito*. La legitimación del adquirente para reclamar la cosa adquirida, por razón de la incorporación del derecho en el documento, ya se trate de títulos al portador, a la orden o nominativos, requiere necesariamente la tenencia material del título. Así lo dispone expresamente el artículo 129 respecto a la letra de cambio, artículo 179 aplicable al pagaré, artículo 196 respecto del cheque, 251 aplicable al certificado de depósito, todos ellos de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito. No se presenta aquí el problema de la tradición diferida.

La transmisión de la propiedad de bienes o mercaderías, depositadas en almacenes generales de depósito y respecto de las cuales el almacén

¹⁶ Este principio está confirmado en la disposición contenida en el artículo 1833 del Código Civil, que a la letra dice: "Art. 1833. Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esta 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."

ha emitido un certificado representativo de esos bienes, requiere la entrega del título para legitimar al adquirente en el ejercicio de los derechos y acciones de propietario.¹⁷

11. *La transmisión del dominio en los casos de donación.* Consideremos ahora si en la donación, en el cumplimiento de una obligación natural en el contrato de juego y apuesta, o en los casos de nulidad del negocio, la entrega de la cosa unida a la voluntad de transmitir la propiedad es suficiente para que se opere esa transferencia entre las partes y frente a terceros.

Cuando una cosa ha sido entregada por su propietario, con el fin de donarla a quien la recibe, la sola tradición, concurriendo el *animus donandi*, no basta para que se opere la transferencia de la propiedad. Este contrato no se perfecciona por el solo consentimiento de las partes, se requiere además que la aceptación del donatario se haga saber al donante (artículo 2340). Por lo demás, la donación requiere la forma escrita, si se trata de bienes muebles cuyo valor exceda de doscientos pesos. Cuando la donación es de inmuebles es preciso, en todo caso, que revista la formalidad de la escritura pública para su perfeccionamiento (artículos 2341 a 2345).

Si la entrega de la cosa ha sido hecha para cumplir una obligación en pago de una deuda contraída en juego prohibido, el consentimiento de los apostadores no tiene efectos traslativos de propiedad (artículos 2764 y 2765 del Código Civil). El primero de dichos preceptos no concede acción para reclamar lo que se gana en juego prohibido. El segundo de esos dispositivos establece que el pago voluntario de la deuda sólo otorga al *tradens* acción para obtener la devolución del cincuenta por ciento de lo entregado y el otro cincuenta por ciento se entregará a la beneficencia pública. Los efectos de la entrega de la cosa son peculiares: a) da lugar a una acción de repetición por el cincuenta por ciento de lo que se pagó y b) a una expropiación en favor de la asistencia pública del cincuenta por ciento restante. Subsidiariamente los apostadores en juego prohibido incurrir en las sanciones que establece el Código Penal.

Si la entrega ha tenido por objeto el cumplimiento de una obligación de objeto ilícito, o con un fin inmoral, contrario a las buenas

¹⁷ "Habla también la doctrina, en forma metafórica pero muy gráfica de que en virtud del derecho incorporado y de su facultad de circulación los documentos subrogan a las mercancías, pudiendo el bien circular y ser transmitido sin que las mercancías se desplacen o cambien de sitio; de aquí deriva la eficacia representativa de dichos documentos, los que como ya vimos, conceden derechos de disponibilidad de las mercancías, al mismo tiempo que son títulos que las partes usan para la transmisión de la propiedad de aquéllos", Jorge Barrera Graí, *Estudios de derecho mercantil. Los documentos representativos*, México, Ed. Porrúa, 1958, p. 48.

costumbres (*ob turpem vel injustam causam*), la obligación es nula y por lo tanto la transmisión de la propiedad queda sin efecto. El que recibió la cosa está obligado a devolverla a su legítimo propietario (artículos 225 y 2239 del Código Civil). Esta misma solución es aplicable a la donación y al testamento nulos por ilicitud en el objeto, motivo o fin del acto.

Cuando se ha hecho la entrega de una cosa para cumplir un deber moral o en general en ejecución de una obligación natural, no nace del derecho de repetir (artículo 1894 del Código Civil). Tratándose de obligaciones naturales, la transmisión de la propiedad se produce por la entrega de la cosa *animo solvendi*.

En efecto, las obligaciones naturales son aquellas que carecen de acción procesal para exigir su cumplimiento, es decir, no son coercibles; pero si el deudor voluntariamente ejecuta la presentación, no hay acción de repetición de lo indebido. La entrega de la cosa por el *tradens*, unida a la intención de cumplir un deber moral, y no el solo consentimiento de las partes en quedar obligadas, es causa suficiente para la transmisión de la propiedad.

12. En lo relativo a la *transmisión de la propiedad literaria, artística e industrial*, debe tomarse en cuenta la naturaleza jurídica del derecho de autor de la obra sobre el fruto o resultado de su inventiva o de su creación artística, para seguidamente referirnos a los efectos jurídicos de esas creaciones del intelecto o de la inspiración artística del hombre, y considerar los requisitos que establece la legislación aplicable para la validez de la transmisión de esos derechos.

Por las finalidades de este trabajo, no es oportuno plantear la cuestión acerca de si el derecho de autor atribuye un derecho de propiedad sobre la obra o si se trata de un "derecho sobre el derecho".

Debemos circunscribir esta exposición al régimen jurídico mexicano y considerar sólo el derecho positivo mexicano. De acuerdo con el artículo 28 de la Constitución federal, el autor de la obra o el inventor adquiere un "privilegio" para explotar en forma exclusiva la obra que ha creado.

Esta disposición constitucional toma en consideración fundamentalmente los efectos patrimoniales de la creación intelectual, que deriva del hecho jurídico de ser el titular de ese derecho. Este aspecto, al que algunos autores denominan "derecho moral", es el que pone de relieve el interés jurídico primordial, protegido por la norma. Existe así, antes que el derecho patrimonial, un aspecto no económico, no valorable en dinero, del que derivan consecuencias pecuniarias también protegidas por el derecho.

En efecto, la obra tiene una característica que la distingue de otros

bienes: su originalidad, fruto o manifestación de las cualidades personales e intrínsecas de su amor y, por lo tanto, los derechos que nacen de ese acto de creación intelectual y participan de las características de los derechos de la personalidad, no son independientes de ella. Aun cuando se tengan presente bajo una materialidad física, el derecho de autor es inescindible de quien es su creador.

Sin embargo, de ello, la protección jurídica otorgada por los derechos de autor requiere que la obra adquiera esa materialidad física u objetiva. La forma en que esa obra adquiere corporeidad produce distintos efectos en el ámbito de lo jurídico, según que aquella obra del espíritu humano sea susceptible de ser exteriorizada por medio de impresión (libros, folletos, hojas impresas, etcétera) que requiera, además de la impresión, la ejecución de la misma a través de intérpretes (obras dramáticas, musicales, etcétera), o bien, que la obra incorpore en la plasticidad su función de comunicación como ocurre en la pintura, escultura, la arquitectura, etcétera.

En las tres hipótesis mencionadas, el autor de la obra está legitimado para disponer de ella mediante actos de enajenación a título oneroso o gratuito. Sin embargo, los derechos al reconocimiento de la paternidad de la obra y la facultad de impedir todo acto de modificación o alteración de la misma son perpetuos, inalienables, imprescriptibles e irrenunciables (artículo 3º de la ley en consulta).

Los derechos de explotación de las obras literarias, científicas, técnicas, susceptibles de ser impresas y editadas, y las que requieren ejecución o representación, pueden transmitirse por contrato. Los derechos de explotación comercial atribuyen al adquirente sólo autorización o licencia limitada para vender un número determinado de ejemplares que el adquirente tiene derecho de editar.

La transmisión de la propiedad sobre la propiedad de obras de pintura y escultura, que tienen la características de haber sido realizadas por el autor en el material plástico y generalmente en ejemplares únicos, están sujetas a modalidades, cuando la obra es de interés relevante por su valor cultural. El adquirente de ella no podrá alterarla o modificarla en forma alguna (fracción II del artículo 2º de la Ley de Derechos de Autor en relación con el artículo 5º de la propia ley) cuando sean declaradas de notable interés cultural. Las obras de esa especie que pertenezcan a los particulares no podrán ser enajenadas sin autorización gubernamental (artículos 833 y 834 del Código Civil).¹⁸

¹⁸ El artículo 33 de la Ley Federal de Monumentos Arqueológicos, Artísticos e Históricos establece: "Art. 33. Son monumentos artísticos, las obras que revisten valor estético-relevante."

Por lo que se refiere al acto de enajenación de los derechos de explotación, tratándose de obras científicas, técnicas o literarias, el derecho de usarlas y explotarlas temporalmente puede ser transmitido válidamente por cualquier medio legal (artículo 4º de la Ley de Derecho de Autor). Por otra parte, el artículo 119 de la ley que se cita establece que las obras artísticas, literarias, científicas, etcétera, y los convenios o contratos que en cualquier forma confieran, modifiquen, transmitan, graven o extingan derechos patrimoniales de autor o los que autoricen la modificación de una obra (fracción II), deberán registrarse en la Dirección General de Derechos de Autor. El registro tiene efectos probatorios: *a)* de la paternidad de la obra y *b)* de las transmisiones de los derechos patrimoniales que de ella deriven. Pero es de advertir que la protección y reconocimiento de esos derechos tiene su origen en el hecho jurídico de la objetivación perdurable de la obra (artículo 7º), aunque no haya sido registrada ni se haya hecho del conocimiento público.

En cuanto a los derechos del inventor, susceptibles de explotación industrial o comercial, el régimen que establece la Ley de Invenciones y Marcas, difiere en este aspecto del sistema seguido por la Ley de Propiedad Intelectual y Artística. El derecho de explotar en forma exclusiva la invención, nace de la patente que otorga el gobierno federal al inventor y que confiere a éste la titularidad de ese derecho (artículo 87 de la Ley de Invenciones y Marcas). El inventor, dueño de la parte, podrá conceder licencia a tercero para su explotación, mediante contrato de cesión de derechos amparados por la patente.

Así, el artículo 64 de la propia ley establece que los derechos que confiere una patente podrán cederse o transmitirse en todo o en parte por actos entre vivos y por vía sucesoria, con las formalidades establecidas por la legislación. Agrega el precepto: "para que la cesión o transmisión surta efectos frente a tercero, se requiere su inscripción en el Registro de Invenciones y Marcas. Dichas cesiones o transmisiones solamente surten efectos si fueren aprobadas o inscritas en el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología".

En resumen, en tanto que respecto de los derechos de autor la inscripción en el registro correspondiente tiene efectos probatorios (de la paternidad de la obra y de las transmisiones que de los derechos de ella derivados se hagan), la inscripción en el Registro de Transferencia de Tecnología de la transmisión de los derechos de explotación

Salvo el muralismo mexicano, las obras de artistas vivos no podrán declararse monumentos.

La obra mural relevante será conservada y restaurada por el Estado."

de la patente, es un requisito de validez del acto de transmisión de derechos de explotación de la "patente".

13. *Principios en que se fundan las soluciones previstas en el derecho mexicano.* La regla conforme a la cual "en las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas la transmisión de la propiedad se verifica entre los contratantes por mero efecto del contrato, independientemente de la entrega de la cosa al adquirente", se justifica en el derecho civil mexicano: a) desde el punto de vista histórico o tradicional, b) en consideración a la naturaleza jurídica del acto traslativo de dominio y c) tomando en cuenta el aspecto práctico, instrumental del negocio jurídico.

a) Desde el punto de vista de la tradición jurídica española, que han respetado nuestros códigos civiles, basta el acuerdo de voluntades para el perfeccionamiento del contrato. Es decir, que en los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que quiso obligarse sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley (artículo 1832 del Código Civil). Esta disposición legislativa reproduce casi de manera literal lo dispuesto en el título xvi del Ordenamiento de Alcalá, que modificó radicalmente el sistema del derecho romano, conforme al cual los pactos nudos carecían de efecto traslativos de la propiedad. En Roma, la transmisión de la propiedad requería el consentimiento y además la *mancipatio* o la *in jure cessio*, según que se tratara de *res mancipi* o de *res nec mancipi*.

Por otra parte, encontramos un antecedente más cercano, el principio conforme al cual el solo consentimiento basta para transmitir el dominio, en el Código Civil francés de 1813 en el que aun cuando no expresado con toda claridad, "la obligación de entregar la cosa se perfecciona por el simple consentimiento de las partes contratantes", y en el artículo 1583 de ese cuerpo de leyes que es en donde con mayor precisión establece el mismo principio respecto del contrato de compraventa.

Nuestros códigos civiles de 1870, 1884 y el vigente de 1928, a este respecto acogieron la influencia del sistema francés, a través del proyecto de Código Civil español formulado por Francisco García Goyena en 1851 (artículo 1372), que confirma el principio del consensualismo, postulado muchos siglos antes, en el Ordenamiento de Alcalá.

b) El segundo (fundamento en que descansa el principio de que basta el acuerdo de voluntades para la transmisión de la propiedad, encuentra explicación, en mi parecer, en que el contenido esencial del negocio traslativo de dominio es el de que el motivo determinante de las partes para celebrar el negocio jurídico no es otro sino la transmisión

de la propiedad del enajenante en favor del adquirente. Si ésa es la intención del *tradens y accipiens*, si tal es el contenido del acuerdo de voluntades, habrá que reconocer que el efecto inmediato del negocio, una vez perfeccionado, es el de que el adquirente se coloque en la situación jurídica de dueño y que el enajenante pierda esa situación que tenía antes de la celebración del contrato.

No parece congruente que perfeccionado el contrato por el consentimiento, su efecto esencial (la trasmisión del dominio) dependa de un hecho posterior que debe ejecutar una de las partes que en él intervienen (la entrega de la cosa) y que no estaría *sub-obligationem* porque no se ha efectuado la *traditio*, dejaría al adquirente sin título para exigir del enajenante lo que aún no le pertenece en propiedad.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 3002, los negocios traslativos de la propiedad inmueble deben inscribirse en el Registro Público de la Propiedad y el siguiente precepto dispone que cuando los actos que deban registrarse no se registren, no podrán producir perjuicio a terceros. Estos preceptos disponen la publicidad de ciertos actos en protección de los intereses de terceros. Pero es preciso entender que, no teniendo efectos constitutivos en nuestro sistema legislativo, el registro de la propiedad debe entenderse con los efectos traslativos del dominio; no pueden hacerse valer contra terceros de buena fe o sea, el título de derechos reales inscritos con anterioridad o que no hayan intervenido en el acto que se omitió registrar (artículo 307).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en tesis visible en el apéndice al *Semanario Judicial de la Federación*, jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1917 a 1965, cuarta parte, Tercera Sala, página 918, dice lo siguiente:

... la buena fe registral no puede ser invocada, ni el derecho del tercero protegido, entre otros casos: cuando una información testimonial adolece de irregularidades que aparecen en el registro, cuando el tercero conocía el vicio de origen del título de su enajenante, cuando no exista continuidad de trasmisores que acredite que la persona de quien adquirió el tercero, a su vez, había adquirido de quien tenía legítimo derecho, y cuando la anulación del derecho del otorgante proviene de un hecho delictuoso, como falsificación de firmas, o suplantación de persona.

c) Desde el punto de vista de la función instrumental del negocio traslativo de propiedad ínter vivos, como medio jurídico para lograr encauzar la circulación de la riqueza, se justifica que el solo consentimiento de las partes atribuya al *accipiens* la situación jurídica de titular de derechos de propietario, pues debemos reconocer que el género "negocio traslativo de dominio", adquiere mayor flexibilidad y utilidad práctica en el cumplimiento de esa función económica, ya que comprende no sólo la enajenación de cosas materiales, sino también

la transmisión de toda clase de derechos reales, en los que quedan incluidas las servidumbres, los derechos patrimoniales de los derechos de autor, los del inventor, bienes inmateriales que por su propia naturaleza no pueden ser objeto de tradición alguna. Como consecuencia que ha perdurado en algunas legislaciones como en la nuestra, aceptamos la figura de la cesión de derechos que ha fijado; a propósito de ese principio consensual, ha encontrado acogida en el derecho positivo y que en estricta lógica la distinción entre cesión de derechos y transmisión de la propiedad de las cosas materiales no se justificaría plenamente, porque si bien se mira, los negocios traslativos de propiedad no son el último término, sino cesión de derechos sobre las cosas materiales tangibles e intangibles.

Queda aún en nuestros códigos civiles un trasunto bien claro del sistema romano de la *traditio* o entrega de la cosa materia de la traslación de propiedad, en esa distinción que consagran las leyes entre los contratos traslativos de derecho y obligaciones (cesión de derechos), que en mi opinión ya no se justifica porque en verdad la expresión "transmisión del dominio" oculta por elipsis la naturaleza propia de estos negocios, en los que se transmiten los derechos que atribuya la propiedad, unos y otros deben quedar comprendidos en el género: transmisión o cesión de derechos.

RESUMEN

1. En el derecho positivo mexicano la transferencia del dominio de cosa cierta está regida por el principio que tiene un antecedente remoto en la legislación española y concretamente en el Ordenamiento de Alcalá, conforme al cual la enajenación de la propiedad es consecuencia necesaria e inmediata del acuerdo de voluntades entre el enajenante y el adquirente.

Este principio encuentra expresión legislativa en diversos preceptos del Código Civil del Distrito Federal. En efecto, el solo consentimiento de las partes es suficiente para perfeccionar el contrato y, por tanto, el negocio producirá todas las consecuencias que son conformes a la buena fe, al uso y a la ley (artículo 1876); el artículo 1832 establece que los contratos obligan a quienes los otorgan (fuera de los casos expresamente designados por la ley) por el hecho del consentimiento de las partes "en la manera y términos en que aparezca que quisieron obligarse"; más adelante, el artículo 2014 del Código Civil dispone que, por lo que se refiere a los actos de enajenación de cosas ciertas y determinadas, la transmisión del dominio se verifica por el

solo efecto del contrato traslativo de propiedad, independiente de la tradición o entrega de la cosa al adquirente.

En la compraventa, para que se transmita la propiedad, basta que las partes hayan convenido en la cosa y en su precio, aunque la primera no haya sido entregada ni el segundo satisfecho (artículo 2249).

2. El adquirente, por efecto del consentimiento, asume los riesgos de la cosa desde que el negocio se perfecciona. Las mejoras de la cosa quedan en beneficio de éste y las pérdidas o menoscabos que sin culpa del enajenante sufra la cosa adquirida, serán por cuenta del *accipiens*. El adquirente está legitimado para ejercer las acciones judiciales en contra de quien realice actos perturbadores de la tenencia de la cosa, y podrá hacer valer las acciones persecutorias para recuperarla.

3. Sin embargo, cuando el acuerdo de voluntades no ha revestido las formalidades que establece la ley, conforme a lo dispuesto por el artículo 1795, fracción IV, el contrato "puede ser invalidado" mediante el ejercicio de la acción de anulabilidad. La disposición contenida en el artículo 1836 del Código Civil, en relación con el artículo 2232 del mismo Código, debe precisarse para ponderar los límites de esa acción de anulabilidad. El primero de dichos preceptos establece que el contrato no se perfecciona en tanto no revista las formalidades que la ley exige. Sin embargo, si la voluntad de las partes consta en manera indubitable, y siempre que no se trate de un acto revocable, cualquiera de los otorgantes puede exigir que se otorgue el consentimiento en la forma prescrita por la ley.

Así, se advierte que el principio general del solo consensualismo como requisito necesario y suficiente para la validez del contrato, debe ser entendido, en lo que se refiere a la falta de formalidades de las declaraciones, en el sentido de que si la voluntad no se ha declarado en la forma legal, los efectos plenos del negocio jurídico —en el caso de transmisión de la propiedad entre vivos— no se producen de inmediato, quedan pendientes del otorgamiento formal de la voluntad. De allí podemos observar que el principio del consensualismo en los negocios jurídicos no tiene el alcance absoluto o limitado que en apariencia presenta su solo enunciado.

4. Algunas leyes administrativas exigen el otorgamiento de autorizaciones previas o de la inscripción del acto en ciertos registros, con la finalidad de legitimar o para controlar el uso de tales bienes, particularmente en la industria del transporte aéreo, terrestre, fluvial o marítimo, de acuerdo con la Ley de Vías Generales de Comunicación, la Ley Federal del Registro de Automóviles, la Ley de Navegación y Comercio Marítimos y de acuerdo con las fracciones XVI y XVII del artículo 21 del Código de Comercio, que imponen la obliga-

ción a los propietarios de vehículos terrestres, buques y aeronaves, de registrar los actos de adquisición y la transmisión del dominio de esos bienes.

5. Fuera del área contractual, existen negocios en los que por declaración unilateral de voluntad se trasmite la propiedad, como ocurre en la constitución de fundaciones y el fideicomiso, en el acuerdo constitutivo de sociedades y asociaciones o en el acto de adquisición de partes de interés en la sociedad, cuando su capital no está representado por medio de títulos de crédito, en la transmisión de certificados de participación inmobiliaria o de certificados representativos de mercancías emitidas por almacenes de depósito.

La transmisión del dominio, a veces, no requiere acuerdo de voluntades, es suficiente la declaración unilateral de voluntad (fundaciones y constitución de fideicomiso). En otras hipótesis, para que la transmisión de la propiedad sea consecuencia o efecto de la transmisión del título que representa los bienes depositados en almacenes generales de depósito o de ciertos derechos que no son de dominio propiamente dicho, como en el caso de los certificados de participación inmobiliaria.

En el derecho público, el acuerdo de expropiación es traslativo de dominio por decisión unilateral del órgano de gobierno; prescindiendo de la voluntad del dueño, se trasfiere la propiedad de la cosa mediante el pago de la correspondiente indemnización.

6. En la compraventa con reserva de dominio, en la venta de géneros a que ya nos hemos referido, o de cosa futura; en las obligaciones alternativas, bajo condición o a término, y en la permuta, el perfeccionamiento del contrato y, por lo tanto, la transmisión del dominio puede diferirse en sus efectos a fecha posterior a la celebración del mismo.

7. Los efectos del contrato de donación no dependen sólo del acuerdo de voluntades, es necesario: *a)* que se haga saber al primero de manera fehaciente la aceptación del donatario y *b)* que la aceptación se haga en vida del donante (artículos 2332, 2340 a 2346).

En este contrato encontramos que no es aplicable el principio general, respecto a los efectos traslativos de la propiedad, por el solo acuerdo de voluntades.

8. Debe hacerse una consideración, aunque sea de carácter general, respecto a los efectos de la inscripción del acto traslativo de dominio en el Registro de Propiedad.

Los actos de enajenación del dominio deben inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, para que produzcan efectos en perjuicio a terceros (artículos 3002 y 3003 del Código Civil). La inscripción es indispensable para que la transmisión del dominio produzca

efectos frente a terceros; no es necesario para que la transmisión de la propiedad se efectúe jurídicamente.

9. Los contratos civiles celebrados por correspondencia se forman en el momento en que el proponente recibe la aceptación (artículo 1807). Los contratos mercantiles celebrados en esa manera se perfeccionan desde el momento en que el destinatario de la obra conteste aceptando la propuesta (artículo 80 del Código de Comercio).

10. Debe hacerse particular mención al caso específico de la transmisión de los títulos de crédito en los que, para la incorporación del derecho en el documento, la llamada ley de "circulación del título" exige necesariamente la tradición del papel en que está incorporado el derecho, para legitimar a su tenedor en la calidad de acreedor de la prestación o la de titular de los derechos de dueño.

11. En los derechos de autor no se presentan los caracteres del derecho de propiedad; todos los derechos son inalienables; pertenecen *ad vitam* a su autor, no sólo en cuanto al reconocimiento de la paternidad de la obra, sino también en lo que atañe a los derechos de explotación por medio de la edición, representación y ejecución de la misma si se trata de obras escritas, científicas, literarias o técnicas.

Las obras plásticas (pintura y escultura) pueden ser objeto del derecho de propiedad y, por consiguiente, el dominio de ellas, con las limitaciones propias a su naturaleza artística impuesta a su adquirente, puede ser transmitido.

Respecto de la transmisión de los derechos de inventor, representados en la patente de invención, la propiedad de la misma, en cuanto a la adquisición de tales derechos de contenido patrimonial, pueden ser objeto de enajenación.

En uno y otro caso no debe hablarse de transmisión de la propiedad, sino de la transmisión del derecho de explotación industrial y comercial de la obra si se trata de la propiedad intelectual o artística o de transmisión de la patente si nos referimos a los derechos de inventor.

De acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la naturaleza de tales derechos tiene la categoría de privilegio reconocido y protegido por el Estado en favor del creador de la obra.

12. De lo expuesto en este trabajo puede concluirse que el principio tradicional del derecho hispánico, en el sentido de que tratándose de cosas ciertas y determinadas la transmisión del dominio se efectúa por el solo consentimiento de las partes, requiere: *a)* que se reúnan los elementos de existencia y los requisitos de validez del acto de enajenación; *b)* que las partes dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad no hayan diferido por cláusula expresa la transferencia de la propiedad; *c)* que la inscripción en el Registro Público de la

Propiedad del negocio traslativo de dominio de inmuebles para que produzcan ciertos efectos frente a tercero de buena fe; *d*) que tratándose de títulos de crédito, de participación o representativos de mercancías, la transmisión de la propiedad se efectúe mediante la entrega del documento en que estén representados los derechos que se pretenden transmitir, y *e*) que respecto de la propiedad literaria, artística y de los derechos que otorga la patente de invención, no puede hablarse propiamente en el derecho mexicano de la propiedad de la obra intelectual, sino de los derechos para explotar aquélla.

1. Descendencia, filiación y parentesco.
2. La filiación y el interés público.
3. La prueba de la filiación.
4. La reforma que se propone sobre filiación extramatrimonial.
5. La paternidad responsable.
6. El "principio de prueba por escrito" como presupuesto para el ejercicio de la acción.
7. Las pruebas admisibles en el juicio.
8. Los códigos civiles de los estados de Morelos y Sonora.

LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD

SUMARIO: 1. Descendencia, filiación y parentesco. 2. La filiación y el interés público. 3. La prueba de la filiación. 4. La reforma que se propone sobre filiación extramatrimonial. 5. La paternidad responsable. 6. El "principio de prueba por escrito" como presupuesto para el ejercicio de la acción. 7. Las pruebas admisibles en el precio. 8. Los códigos civiles de los estados de Morelos y Sonora.

1. *Descendencia, filiación y parentesco.* El tema que en este trabajo se propone para estudio, tiene por objeto fundamental someter a la crítica la posición y el tratamiento que, sobre la materia mencionada en el rubro, establece el Código Civil del Distrito Federal y las razones de conveniencia que podrían servir de base para la reforma que en este mismo trabajo se propone.

Las consecuencias jurídicas del hecho biológico de la procreación se producen de manera concreta y particularizada respecto de determinadas personas (el padre y la madre con relación a su hijo) cuando la filiación de éste es conocida, conforme a derecho. Es la filiación el *presupuesto* jurídico necesario, la *conditio sine qua non* para crear la situación jurídica de una persona como hijo de otra. Es también el elemento previo indispensable para conocer el estado civil de esa persona como miembro de una determinada familia.

En este sentido, la filiación es la expresión jurídica del hecho biológico de la procreación, de donde deriva el parentesco; punto de referencia para fijar las relaciones jurídicas dentro del círculo de la familia, que en su estructura sociojurídica es un complejo de factores psicológicos, sociales, morales, económicos, religiosos, etcétera.*

La filiación es consubstancial al concepto de "persona" en el sentido de que, siendo el estado civil un atributo de ésta, supone conocida la

* El hijo natural tiene un *estado civil* que constituye una situación jurídica de carácter permanente, de la cual derivan derechos y obligaciones ajenos a la capacidad del sujeto...

El estado de hijo natural tiene una exteriorización que el *título de estado*, tal documento fehaciente que acredita legalmente es estado civil (Gatti). También se ha estimado que el título de estado es el *fundamento jurídico*. En este sentido, el reconocimiento como acto jurídico que constituye el estado, es el título fundamental. Lo mismo que lo sería la generación por los cónyuges para el estado de hijo legítimo o el matrimonio para el estado de cónyuge", Fernando Fueyo Laneri, *Derecho civil*, Santiago de Chile, Imprenta y Litografía Uribe, S. A., 1959, t. vi, La Familia, vol. 1, p. 435.

filiación de ella. La filiación materna comúnmente es susceptible de conocerse mediante la prueba directa; puede, empero, ser desconocida en circunstancias excepcionales. Existen, pues, dos cuestiones íntimamente relacionadas en lo que atañe a la filiación, a saber: el hecho de la procreación y su prueba. En la filiación se encuentran comprendidos estos dos aspectos jurídicos.**

2. *La filiación y el interés público.* Si bien la filiación, como se ha dicho, es la expresión de un hecho de la naturaleza en la maternidad y la paternidad, su estructura influye en una serie de datos de orden social, cultural, económico, etcétera.

Esto explica que las cuestiones relativas a la filiación son de interés público; no se agota en la protección de intereses particulares. El derecho no abandona al libre juego de la libertad del padre y de la madre la prueba del hecho de la procreación; por medio del reconocimiento voluntario crea al instrumento jurídico para que a falta de una declaración de voluntad de los progenitores pueda ser ejercida "por el hijo" la acción de investigación de la paternidad y de la maternidad para obtener una sentencia que establezca, de manera oponible a todos los terceros, la filiación que tiene derecho a ostentar.

3. *La prueba de la filiación.* De acuerdo con el desenvolvimiento doctrinal y jurisprudencial sobre la investigación de la paternidad, que se percibe claramente en Francia, es oportuno meditar sobre la necesidad de una reforma al artículo 382 del Código Civil.

Debe reconocerse que el legislador mexicano, en el año de 1928, acertó en la disposición contenida en el artículo 382 vigente, y aun se adelantó en algunos aspectos a la situación que hace cincuenta años contemplaban la doctrina y la jurisprudencia francesas y los dispositivos del Código Civil alemán de 1900.

La tendencia que se apunta constantemente en la doctrina y en la jurisprudencia extranjeras, y por otra parte en el Código Civil del Distrito Federal que se comenta, es la de no establecer distinción entre los hijos nacidos de matrimonio y los que nacieron fuera de la institución. Sin embargo, no es posible dejar de reconocer que por lo que se refiere a la prueba de filiación, el principio *pater est quem nuptiae demonstrant* tiene importancia decisiva respecto de los primeros y no puede ser aplicado tocante a los segundos. Es sabido que esta regla se aplica respecto de los hijos nacidos después de 180 días de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días contados a partir del momento en que se interrumpió la cohabitación entre los cónyuges. En

** Planiol, Marcel y Ripert, Georges, *Tratado práctico de derecho civil francés*, trad. del doctor Mario Díaz Cruz, La Habana, Cuba, 1946, t. II, La Familia, núm. 711, p. 559.

cuanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio, esta presunción sólo tiene validez en los casos de concubinato .

El principio *pater est* también podría tener aplicación respecto de los hijos nacidos después de la celebración del matrimonio, independientemente de que hayan transcurrido ciento ochenta días posteriores a ese acto e independientemente de que el marido de la madre concurra al levantamiento del acta de nacimiento del presunto hijo. Fundo esta opinión en que, excepto el caso en que el embarazo de la madre le haya sido ocultado al marido, debe presumirse razonablemente que el propósito de los contrayentes es obtener, contrayendo matrimonio, la legitimación del hijo concebido antes de su celebración.

Por otra parte, si el nacimiento de ese hijo ocurre después de celebrado el matrimonio, aunque no hayan transcurrido ciento ochenta días, y tal hijo ha sido reconocido tácitamente por el marido acogiéndolo en tal condición, no parece corresponder a la realidad exigir que el marido concurra al levantamiento del acta de nacimiento o lo reconozca expresamente para presumir que ese hijo es de matrimonio.

Tratándose de hijos nacidos fuera de matrimonio, la corriente recogida por la jurisprudencia francesa admite la posibilidad del ejercicio de la acción de investigación de la paternidad, si de la conducta observada por el presunto padre respecto del hijo que se le atribuye, se desprende en manera inequívoca que es su progenitor.

El marido a quien se se atribuye la paternidad del hijo que nace antes de ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio tiene la acción de desconocimiento de la paternidad, si se cumplen los supuestos establecidos en el artículo 326 *in fine*, o sea que el nacimiento se le haya ocultado o que demuestre que dentro de los diez meses que precedieron al nacimiento fue físicamente imposible el acceso carnal con la madre de su presunto hijo.

4. *La reforma que se propone sobre filiación extramatrimonial.* Tomando en cuenta lo expuesto, se propone la revisión del Código Civil en materia de filiación de la manera que se alude en los párrafos siguientes.

El título séptimo conservaría el rubro "De la paternidad y la filiación". Un primer capítulo tendría el rubro "De la paternidad". El capítulo tercero se denominaría "De la filiación consanguínea". El capítulo tercero se titularía "De las acciones sobre paternidad".

El capítulo primero que propongo comprende la preceptiva siguiente:

"Artículo... La paternidad y la maternidad atribuyen a los progenitores los mismos derechos y los mismos deberes sobre la persona y los bienes del hijo cuya filiación ha sido establecida legalmente, ya se trate de hijos nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio."

De esta manera se incluye en la legislación civil la declaración de enero de 1967 de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas que dispone: "Que cada persona, establecida su filiación, goza del mismo *status* que las leyes confieren a los nacidos de matrimonio." En el artículo siguiente se transcribe a la letra el segundo párrafo del artículo 162 del Código Civil vigente, que encontrará debida ubicación en el capítulo relativo a la filiación, pues no parece adecuado que esa norma jurídica se incluya en el capítulo tercero del título quinto que establece la disciplina jurídica sobre el matrimonio.

Dicho precepto establece:

"Artículo. . .—Toda persona tiene derecho a decir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento del nacimiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercicio por acuerdo de ambos cónyuges."

El siguiente precepto legal se referirá a los deberes que impone la paternidad, para precisar en lo posible el punto de vista legislativo, los derechos de los hijos en las relaciones paterno-filiales y el contenido y extensión de la responsabilidad que dentro de la familia y el seno de la sociedad se origina la procreación. Responsabilidad que no debe circunscribirse a la sola decisión sobre el número y el espaciamiento de los hijos, sino en manera especial, prescribir los deberes del padre y de la madre frente al hijo que han engendrado.

Se propone la inclusión del siguiente dispositivo:

Artículo. . .—Los padres tienen el deber de proporcionar a los hijos: a) un ambiente familiar y social propicio para lograr en condiciones normales el desarrollo espiritual y físico de estos; b) una educación necesaria para que adquieran cabal integración en el medio social, a fin de lograr una mejor convivencia humana, la dignidad de la persona y la integridad de la familia junto con la convicción del interés general de la sociedad y los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos los hombres, para evitar los privilegios de sectas, razas, sexos o individuos; c) a observar en el seno de la familia y en la sociedad una conducta que sirva de ejemplo a los hijos y coadyuve a realizar las finalidades que persigue el cumplimiento de los deberes derivados de la paternidad; d) los alimentos que requiera, establecidos en el capital... de este Código, y e) deberán propiciar una familia estable y solidaria, de manera que constituya un medio adecuado para el desarrollo del afecto y atenciones que requiere el desenvolvimiento de la personalidad del hijo.

5. *La paternidad responsable.* En este respecto, además de que se enuncian los deberes de la paternidad, se pretende dar una connotación adecuada a lo que se ha designado como "paternidad responsable", que comprende el cumplimiento de los deberes de los progenitores para educar y cuidar a los hijos. Así, se vincula a los padres el cumplimiento de la función educativa que el artículo 3º de la Cons-

titución Política de la República impone en el aspecto escolar; pero que en el Código Civil debe encomendarse también al núcleo familiar.

El capítulo segundo estará dedicado a ordenar y organizar la prueba de la filiación a través del reconocimiento, independientemente de aquellos otros medios probatorios que derivan de una sentencia judicial; forman parte del capítulo tercero de este título, para dedicar finalmente el capítulo cuarto a la adopción.

Lo expuesto en párrafos anteriores nos lleva a considerar la cuestión de seguir conservando, en el cuerpo del Código, el capítulo tercero, que consta de sólo seis preceptos en los que se cifra la normativa jurídica que atañe a la "legitimación". En nuestro concepto no encuentra cabida si el cuerpo legislativo abandona plenamente la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos o naturales.

En la redacción del anteproyecto de revisión del Código Civil del Distrito Federal se propone seguir el principio enunciado en el artículo 233 del Código Civil italiano, que dice:

Artículo 233.—El hijo nacido antes de que transcurran ciento ochenta días de la celebración del matrimonio se presume hijo de los cónyuges, si el marido no desconoce la paternidad. El desconocimiento no puede tener lugar: 1.—Cuando el marido antes de casarse conocía el embarazo de la madre y 2.—Cuando el marido concurrió al levantamiento del acta de nacimiento del presunto hijo.

Sugerimos la redacción de un precepto que sustituya el dispositivo marcado con el número 324 del Código Civil el que quedaría de la siguiente manera: "Se presumen hijos de los cónyuges: los hijos nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días siguientes a la disolución del mismo por divorcio, nulidad o muerte de uno de los consortes. El marido podrá desconocer la paternidad en los términos y bajo las condiciones que establecen los artículos siguientes."

En los casos de concubinato consideramos que debe mantenerse en su redacción el texto del artículo 383, en vista de que no dispone, como en el matrimonio, de una prueba fehaciente y precisa que nos permita fijar con toda certeza, en la mayoría de los casos, la fecha en que empezó la vida marital entre la madre y el concubinario. Proceder de otra manera sería desconocer las reglas de aplicación y funcionamiento de esa prueba presuntiva, que requiere como punto de partida un dato ciertamente conocido de dónde derivar su consecuencia lógica.

Respecto de los hijos nacidos después de trescientos días de disuelto el matrimonio (o después de que ha cesado la cohabitación entre los cónyuges), no existiendo presunción alguna sobre la paternidad del

marido, no parece lógico conceder a éste la acción de desconocimiento de la paternidad, por lo que el artículo 327 debe suprimirse.

En cambio, se propone otorgar la acción de investigación de la paternidad a los hijos nacidos después de trescientos días en que se disolvió el matrimonio de su madre y cesó la cohabitación entre los cónyuges, siempre que no haya contraído ulteriores nupcias, dentro de los plazos a que se refiere el artículo 334 del Código Civil vigente.

Deberá meditarse sobre la conveniencia de otorgar a los herederos del marido la acción de desconocimiento de la paternidad, si el autor de la herencia ha muerto sin recobrar la razón antes de que venza el plazo de sesenta días en que puede ejercer la acción antes citada, porque no podemos concluir *sic et simpliciter*, que si el marido hubiera estado en uso de sus facultades mentales, indefectiblemente habría ejercido la acción de desconocimiento de la paternidad que sólo a él le compete ejercer, ya que podrá también válidamente suponerse que no la habría ejercido si gozara de sus facultades mentales, por no introducir una causa de perturbación en la familia o por cualquier otra razón que sólo a él le compete discernir. La duda, pues, existe en uno y otro extremo, sólo que, para disiparla, considero que no deben prevalecer los intereses particulares de los herederos frente a los más altos valores de la integridad de la familia y respecto a la intimidad de las relaciones entre los consortes. Propongo, pues, negar la acción de desconocimiento a los herederos del marido, suprimiendo el artículo 332 del Código Civil.

6. *El "principio de prueba por escrito" como presupuesto para el ejercicio de la acción.* En otro aspecto, es conveniente introducir en las disposiciones del Código en que se funda "el principio de prueba por escrito" para los efectos de las acciones procesales sobre paternidad, disponiendo que "el principio de prueba por escrito se funda en documentos de familia, registros o cartas privadas del padre o de la madre, en actas públicas o privadas provenientes de una de las partes en el juicio o de otra persona que si estuviera viva, tendría interés en la controversia" (Código Civil italiano, artículo 242).

7. *Las pruebas admisibles en el precio.* Por lo que toca a las pruebas sobre filiación, se sugiere la conveniencia de aceptar, con valor solamente inicial, la prueba pericial sobre las características hereditarias en el juicio de investigación de la paternidad mediante el análisis de grupos sanguíneos, pero administrada siempre, con las características patológicas, morfológicas e intelectuales transmisibles. Bien advertidos de que por sí solos, aisladamente considerados, ninguno de estos elementos puede fundar legítimamente un pronunciamiento judicial declarativo de paternidad o maternidad.

Hay que insistir en que la prueba hematológica es insuficiente y que en el caso de admitirla en el proyecto, deberá completarse con otros elementos probatorios que la doctrina moderna acepta y la experiencia corrobora, a saber: el examen comparativo de los caracteres morfológicos externos de la madre o del padre (talla, forma de cabeza, facciones, impresiones digitales, etcétera), el examen de los caracteres antropogenéticos (actitudes, tipo de letra, gesticulaciones, timbre de voz, etcétera), examen de los signos semiológicos y patológicos transmisibles hereditariamente (predisposiciones especiales para determinadas enfermedades, lunares, coloración del iris), caracteres psicológicos, y en fin todos los elementos que el juez de lo familiar debe constatar directa y cuidadosamente, a través de la prueba de inspección de las personas de que se trata, para concluir en manera razonable y congruente lo que proceda en la sentencia que en su caso pronuncie.

No debe dejarse pasar por alto un problema que es el relativo a la inseminación artificial en la mujer, con el consentimiento del marido. Cuestión que requiere un tratamiento específico, pues a nadie escapa que en ese evento ni la cesación de la cohabitación de los consortes por larga que sea, ni las pruebas de grupos sanguíneos, ni la inspección judicial a la que hemos hecho alusión, tienen fuerza probatoria alguna. Habrá que concluir que el marido que ha prestado su consentimiento para practicar esa operación germinativa no tendrá acción para desconocer la paternidad del hijo así concebido, y que no procede en ese caso la acción de investigación de la paternidad.

8. *Como lo disponen los códigos civiles de los estados de Morelos y Sonora*, debe admitirse la acción para probar la paternidad, en la sucesión intestada o en el juicio en que el hijo demanda la ministración de alimentos. La misma disposición legal podría introducirse en el proyecto que se elabora, para hacer efectiva la responsabilidad de los padres que descuidan o abandonan a los seres que han procreado.

El artículo 526 del Código de Sonora, cuya adopción en lo esencial se propone, dice a la letra:

Artículo ...—La filiación de los hijos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Para justificar este hecho son admisibles todos los medios de prueba, y en los juicios de intestado o de alimentos se justificará la filiación respecto a la madre dentro del mismo procedimiento.

Respecto del padre, la filiación sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad. En el juicio respectivo son admisibles todos los medios de prueba y bastará que se acredite debidamente la posesión de estado de hijo respecto al presunto padre, en los términos a que se refieren los artículos ... y ... para que se declare debidamente comprobada la filiación. En el caso de concubinato, se podrá justificar la filiación respecto del padre en el mismo juicio de intestado o de alimentos y será suficiente probar los hechos a que se refiere el ar-

título ..., tanto en vida de los padres como después de su muerte. Esta acción es transmisible por herencia y es imprescriptible.

El capítulo cuarto final, estaría dedicado a la adopción que comprendería las disposiciones relativas a la adopción plena y a la adopción semiplena, pero este tema excedería los propósitos fijados en el estudio sobre filiación consanguínea.

1. La filiación de la persona. Familia y parentesco.
2. Las fuentes de la filiación. El hecho y su prueba.
3. El interés particular y el orden público.
4. Filiación, familiar y sociedad.
5. La solidaridad de la familia.
6. La prueba de la filiación que nace de matrimonio.
7. La filiación como fuente de poderes, deberes y facultades que atribuye la ley.
8. La "ilegitimidad" de la paternidad en la legislación civil mexicana. Evolución.
9. La situación jurídica que nace de la filiación.
10. La "filiación adoptiva".
11. El derecho de las costumbres en Francia. El Código Napoleón y la jurisprudencia francesa.
12. La reforma del derecho de familia en Francia.
13. Los hijos nacidos de mujer casada: la presunción de paternidad del marido.
14. La paternidad responsable. La revisión de la preceptiva legal sobre filiación.

LA FILIACIÓN Y LA PATERNIDAD

SUMARIO: 1. La filiación de la persona. Familia y parentesco. 2. Las fuentes de la filiación. El hecho y su prueba. 3. El interés particular y el orden público. 4. Filiación, familia y sociedad. 5. La solidaridad de la familia. 6. La prueba de la filiación que nace de matrimonio. 7. La filiación como fuente de poderes, deberes y facultades que atribuye la ley. 8. La "ilegitimidad" de la paternidad en la legislación civil mexicana. Evolución. 9. La situación jurídica que nace de la filiación. 10. La "filiación adoptiva". 11. El derecho de las costumbres en Francia. El Código Napoleón y la jurisprudencia francesa. 12. La reforma del derecho de familia en Francia. 13. Los hijos nacidos de mujer casada: la presunción de paternidad del marido. 14. La paternidad responsable. La revisión de la preceptiva legal sobre filiación.

1. *La fijación de la persona. Familia y parentesco.* Las relaciones jurídicas derivadas de la paternidad y maternidad nacen respecto de determinadas personas (el padre y la madre respecto de su hijo), cuando la filiación de éste es conocida, conforme a derecho. Es la filiación el *presupuesto* jurídico necesario, la *conditio sine qua non* para conocer la situación jurídica en que se encuentra una persona como hijo de otra. Es también el elemento previo indispensable para determinar el estado civil o de la familia de esa persona.

En este sentido, la filiación llamada natural, es la manifestación jurídica del hecho biológico de la procreación. De ella deriva el parentesco consanguíneo, punto de referencia para fijar un complejo de relaciones jurídicas con los miembros de la familia, que en su estructura sociojurídica es un conjunto de factores psicológicos, sociales, morales, económicos, religiosos, etcétera.¹

¹ "El hijo natural tiene un *estado civil*, que constituye una *situación* jurídica de carácter permanente, de la cual derivan derechos y obligaciones ajenos a la capacidad del sujeto...

El estado de hijo natural, tiene una exteriorización que es el *título de estado*, tal documento fehaciente que acredita legalmente ese estado civil (Gatti). También se ha estimado que el título de estado es el *fundamento jurídico*. En este sentido, el reconocimiento como acto jurídico que constituye el estado, es el título fundamento. Lo mismo que lo sería la generación por los cónyuges para el estado de hijo legítimo o el matrimonio para el estado de cónyuge", Fernando Fueyo Laneri, *Derecho civil*, Santiago de Chile, Imprenta y Litografía Uribe, S. A., 1959, t. vi, La Familia, vol. 1, p. 435.

La filiación es consubstancial al concepto de "persona" en el sentido de que, siendo el estado civil uno de los atributos de ésta, toda persona debe conocer su propia filiación, porque éste necesariamente existe. La filiación materna, dato que por lo general fácilmente puede determinarse, puede no ser conocida en ciertos casos y en otros puede ocurrir lo mismo, respecto de la filiación paterna. Existen, pues, dos cuestiones íntimamente relacionadas en lo que atañe a la filiación, a saber: el hecho de la procreación y su prueba. En la filiación natural se encuentran comprendidas estas dos cuestiones: el hecho jurídico de la generación y el acto jurídico de su prueba.

Partiendo de estas ideas, desde el punto de vista jurídico la filiación es aquella especial situación en que se encuentra una persona dentro del grupo de la familia como hijo de otra.²

2. *Las fuentes de filiación. El hecho y su prueba.* Es necesario, sin embargo, hacer algunas oportunas consideraciones desde el punto de vista del derecho, en cuanto a la denotación técnica del vocablo "filiación". En efecto, el hecho biogénico de la concepción, por su propia naturaleza, presupone el fenómeno de la fecundación que escapa a la posibilidad de la comprobación por medio de la prueba directa, en cuanto al momento en que aquel fenómeno se produce y en lo que atañe al autor de la fecundación que va a producir el nacimiento. Ese hecho o mejor, de esa concatenación de hechos (cópula carnal entre un varón y una mujer, fecundación, concepción, gestación y nacimiento) es un fenómeno de la naturaleza por sí mismo complejo. En lo que se refiere a la prueba de la filiación materna, el nacimiento proporciona la prueba inmediata de la maternidad. El derecho, para poder establecer la situación jurídica derivada de la filiación, no puede, por lo que se refiere a la paternidad, sino recurrir a la prueba de presunciones y con no poca frecuencia a la prueba indiciaria.

Ahora bien, el concepto de "filiación", punto de partida del parentesco consanguíneo en línea ascendente y base también del parentesco en la línea colateral, tiene en derecho una acepción restringida al vínculo jurídico que existe entre el padre o la madre y su hijo, para derivar en ella un conjunto de poderes, deberes, cargas, obligaciones y derechos entre los sujetos de esa relación. En otras palabras, se refiere concretamente al nexo jurídico de la paternidad y la maternidad.³

² *Op. cit.*, vol. III, núms. 697 y 698, pp. 303 y 304.

³ "Tomada en el sentido material del término, es la descendencia en línea directa; comprende toda la serie de intermediarios que vinculan a una persona con un antepasado, por más alejado que éste sea; pero en el lenguaje del derecho la palabra ha tomado un sentido mucho más estrecho y significa exclusivamente la *relación inmediata del padre o la madre con el hijo*. La relación de filiación toma los nombres de paternidad y maternidad según se la mire del lado del padre o de la madre.

Al respecto se distingue⁴ entre la filiación que surge del proceso natural de la concepción (y gestación de la vida humana en el seno de la madre, que transcurre entre el momento de la fecundación del óvulo y el nacimiento) y del concepto jurídico de la filiación que es una construcción del derecho, a través de la cual nos permite atribuir a los sujetos de la relación así creada, un conjunto de facultades, deberes, prohibiciones, obligaciones, etcétera.

En tanto el hecho jurídico de la procreación se impone necesariamente a la dogmática de la filiación, ésta denota exclusivamente una vinculación jurídica, que puede tomar su origen en la consanguinidad (filiación biológica) o en una declaración de voluntad (adopción), susceptible de adscribir o no al adoptado, a la familia del adoptante, según que un determinado ordenamiento acepte la adopción plena o la semiplena.

3. *El interés particular y el orden público.* Si bien la filiación, como se ha dicho, tiene como base un hecho de la naturaleza, su estructura jurídica lleva implícitas consecuencias de orden social que trascienden al interés de los sujetos de esa relación. Esto explica que las cuestiones relativas al estado civil (estado de familia) sean de orden público. No obstante, el derecho atribuye el ejercicio de las acciones de estado civil a los particulares para establecer la filiación de una persona; pero, por otra parte, la sistemática probatoria que consagra el Código Civil para establecer en forma cierta y segura la filiación, debe ser ponderada en su justa extensión, puesto que la sentencia que establezca la filiación incide directamente sobre su estado civil y produce efectos aun frente a aquellos que no fueron parte en el juicio correspondiente. Estas razones justifican la procedencia de la acción de investigación de la paternidad y de la maternidad con el menor número de restricciones posible dentro de los límites que impidan abuso y que pudiera distorsionar sus fines éticos y sociales.

4. *La filiación, familia y sociedad.* Si en la filiación existe un interés individual de la persona de cuya filiación se trata, hay también interés público que concurre con el interés individual o en concretar en determinadas personas (los padres) la posibilidad de exigir coactivamente el cumplimiento de los deberes, obligaciones y cargas que surgen a su cargo, luego de considerar la filiación.

Si tratáramos de expresar en forma esquemática de qué manera la

La filiación puede definirse entonces como la relación que existe entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre de la otra", Georges Ripert y Jean Boulanger, *Tratado de derecho civil. Según el tratado de Planiol*, trad. al español de Deha Gorin Daireaux, La Ley, Buenos Aires, s/f., t. II, vol. I. (El estado de las personas), p. 465.

⁴ Planiol, Marcel, y Ripert, Georges, *Tratado práctico de derecho civil francés*, trad. del doctor Mario Díaz Cruz, La Habana, Cuba, 1946, t. II, La Familia, núm. 711, p. 559.

estructura y funcionamiento de la familia se encuentra vinculada a la filiación, podríamos decir que la institución de la familia descansa en el orden jurídico en el matrimonio (o en el concubinato), la filiación y la patria potestad.

En tanto estos tres factores sociojurídicos se desarrollan en cada grupo familiar y de manera coordinada, la familia adquiere estabilidad y solidez, y cumple en forma adecuada la función social que le corresponde: la ayuda recíproca, inmediata entre sus miembros.

En tanto estos tres factores sociojurídicos se desarrollan en cada grupo familiar y en manera coordinada, la familia adquiere estabilidad y solidez, y cumple en forma adecuada la función social que le corresponde: la ayuda recíproca, inmediata entre sus miembros.

Leclecq, al respecto, se expresa así:

La familia es una institución natural; nace espontáneamente donde quiera que haya hombres, no espera para aparecer a que el Estado le asigne un estado jurídico. En la mayoría de las sociedades la familia *existe sin intervención del Estado y se rige por costumbres tradicionales*. Sin embargo, la unión de los sexos y la procreación pueden darse en condiciones contrarias a las exigencias de la naturaleza humana. De allí la distinción entre el matrimonio, unión legítima conforme a las exigencias de la naturaleza y la unión ilegítima...

Viviendo el hombre en una sociedad, la distinción entre el matrimonio, base de la familia y la unión ilegítima, requiere la *intervención de la sociedad*...

Esta intervención de la colectividad no crea, sin embargo, el matrimonio ni la familia; se limita a reconocerlos. La familia es una institución natural que se impone a la colectividad, no sólo de hecho, sino también de *derecho*.⁵

5. *La solidaridad de la familia*. La convivencia humana encuentra en la familia el núcleo social primero que no se agota en sí mismo; proyecta sus efectos en el orden social y político. Empero, la familia proporciona a sus miembros la posibilidad de establecer entre sí una relación con fuerte contenido ético y afectivo que el derecho no puede desconocer y que se proyecta en lo social, como eficaz vínculo para propiciar una vinculación de solidaridad humana. Las relaciones jurídico-familiares se caracterizan por un sentido de aceptación espontánea de subordinación al interés colectivo del grupo. Tal subordinación obedece a la convicción que nace entre los miembros de la familia. Debe existir una coordinación entre el interés particular y el interés del grupo, para lograr los fines individuales de sus integrantes. De ahí que las normas jurídicas, que exigen una determinada conducta a sus miembros, sean propiamente deberes y no obligaciones, se entienden como facultades, mejor que como derechos subjetivos. Me parece que este aspecto sobre el fundamento de las relaciones jurídicas que se presentan en la familia explica por qué el estatuto de ella no es impuesto

⁵ Leclercq, Jacques, *La familia*, Barcelona, 1952, p. 32.

por el Estado, sino que se impone a él.⁶ No es la importancia: es presunción de paternidad del marido respecto de los hijos que ha dado a luz una mujer casada, dentro de cierto periodo que la ley establece.

Pero esta utilísima función probatoria, que desde luego debe seguir manteniéndose firmemente, no justifica que se regule en capítulos separados las consecuencias derivadas de un solo hecho jurídico, a saber: la procreación, que debe producir las mismas consecuencias jurídicas respecto de los hijos, aunque hayan sido concebidos fuera de matrimonio.

6. *La prueba de la filiación que nace de matrimonio.* En este respecto ya se dijo que el concepto jurídico filiación (como hecho natural) se relaciona primordialmente con el hecho biológico de la generación aunque, como construcción jurídica, el concepto de la filiación puede no encontrar una correspondencia puntual exacta con la paternidad biológica. Así ocurre en la filiación adoptiva de la que toma nacimiento el parentesco civil. De la misma manera, la inseminación artificial da lugar a la filiación de hijo de matrimonio, si tal procedimiento artificial se realizó con semen de quien no es el marido, pero con el consentimiento de éste. En ambos casos la relación biológica entre quienes son el padre y la madre verdaderos, y la relación de filiación, no existe, lo cual no impide que surja la filiación con todas sus consecuencias jurídicas.⁷

No obstante que pueden presentarse estas situaciones, que podríamos llamar actualmente de excepción, la normativa jurídica se ocupa del tratamiento de los casos que, por generalidad, sirven de base a sus disposiciones sin descuidar, claro está, a través de la técnica jurídica, la disciplina aplicable a los casos de excepción, siempre de una manera congruente con el principio en que descansa el tratamiento jurídico de la filiación.

⁶ Aunque la familia se haya iniciado como un fenómeno biológico, como una unidad reproductora de los primates, ha venido a ser un *fenómeno social* algo más comparable a unidades tales como una orden monástica o un gremio de artesanos, que a su propio antecesor remoto. Aunque los factores biológicos que dieron origen a la familia humana persisten en su funcionamiento, su influencia sobre las familias como instituciones sociales, está a la par con las que pueden tener las cualidades innatas de determinadas familias.

⁷ El problema jurídico de la inseminación artificial, en el caso del matrimonio, pone en cuestión, en nuestros días, el principio de otorgar la acción de desconocimiento de la paternidad del marido en el caso en que le haya sido físicamente imposible tener acceso carnal con su esposa dentro de los 120 días de los 300 que ha precedido al parto, aunque en verdad por otra parte que en las legislaciones modernas se ha mantenido incólume este principio, porque en todo caso la mujer casada que ha dado a luz a un hijo concebido en esta manera debe probar, para desaparecer la presunción de paternidad del marido, que éste ha dado su consentimiento para que la concepción haya tenido lugar en esa manera.

En efecto, las normas relativas a la filiación encuentran su razón de ser o mejor, tienen como finalidad atribuir un conjunto de deberes, facultades y responsabilidades inherentes a la patria potestad.

7. *La filiación como fuente de poderes, deberes y facultades que atribuye la ley.* De allí que la paternidad y la maternidad biológicas en el caso de la adopción plena y la paternidad conforme a *natura*, si se trata de la inseminación artificial, no constituye ciertamente un presupuesto necesario en el establecimiento de la filiación, que mira a la protección del ser humano en los primeros años de su vida, a través del ejercicio de la patria potestad. Estos deberes y facultades sólo pueden ser individualizados a través de la filiación.

Filiación, patria potestad y responsabilidad, son tres elementos en los que descansan los dispositivos jurídicos que establecen la disciplina aplicable a la filiación.

Dicho lo anterior, la filiación es el medio o instrumento jurídico de cuya existencia depende la atribución de la responsabilidad del padre y de la madre y que permite a la familia el cumplimiento de su función protectora de la prole. El derecho, en casos especiales, prescinde del fenómeno natural biogenético, para lograr las finalidades de seguridad y protección asignada de la persona que forma parte de ese grupo primario.

8. *La "ilegitimidad" de la paternidad en la legislación civil mexicana. Evolución.* La tendencia que ya apunta el Código Civil de 1928, prescindiendo de la distinción entre filiación legítima y filiación natural, no justifica la subsistencia de la de "legitimación" por subsecuente matrimonio que, sin embargo, subsiste en el Código Civil vigente.

Prescindir, en el orden legislativo de la legitimación, no es contrario al interés de la familia constituida por matrimonio, primero porque a la familia no puede atribuírsele interés alguno en la medida en que no lo tiene el grupo de parientes que la forma. En segundo lugar, porque el interés existe en el grupo social, es de interés público; que mientras los hijos sean menores de edad gocen de la protección y ayuda que exige el desarrollo de su persona en el seno de la familia a la que pertenecen por el solo hecho de su procedencia biológica atribuible, por medio de la filiación, a su padre y a su madre.

Y este deber social de protección y ayuda hacia la prole existe; es independiente de que el hijo se haya concebido por un hombre y una mujer unidos por matrimonio, que vivan en concubinato o de una relación carnal eventual.

Desde este punto de vista, la legitimación no debe influir o modificar la sujeción al cumplimiento de los deberes de la paternidad. Es decir, el matrimonio no es la prueba idónea de la paternidad del ma-

rido, respecto del hijo que la mujer ha concebido y ha nacido antes de la celebración de éste, sino el reconocimiento (tácito o expreso) que ha hecho el marido de la paternidad de aquel hijo. Parece repugnar al buen sentido el predicar "legitimidad" o "ilegitimidad" a un hecho de la naturaleza: el nacimiento de una persona.

Las normas jurídicas que estructuran y organizan a la familia presentan dos aspectos de naturaleza distinta: las que se refieren a los deberes entre los cónyuges (eventualmente entre concubinos) y las que atañen a los deberes entre los progenitores y los hijos. La distinción entre estos dos tipos de relaciones se manifiesta en el caso del divorcio en el cual pueden quedar subsistentes las obligaciones y derechos de la patria potestad aun después de que se ha disuelto el matrimonio y en el caso de la filiación extramatrimonial, en la que las relaciones paterno-filiales surgen y subsisten sin ninguna dependencia de la existencia del vínculo matrimonial entre el padre y la madre.

Por razón de esa misma complejidad, debe establecerse una separación entre las relaciones jurídicas conyugales y las relaciones jurídicas paterno-filiales; por lo que se refiere al aspecto jurídico a la naturaleza diversa de las normativas jurídicas que deben regir a una y otra relación, sin dejar de reconocer que la estabilidad de la familia y el sano funcionamiento de las relaciones conyugales y del ejercicio de la patria potestad se complementan en una interdependencia. Por ello, el derecho objetivo protege y propicia la concurrencia de esos dos elementos en la organización de la familia.

9. *La situación jurídica que nace de la filiación.* A la vez que el interés de los cónyuges se encuentra protegido por el derecho, el interés de los hijos lo requiere con mayor exigencia y con total independencia de que el grupo familiar se haya constituido por matrimonio o sin la celebración de ese acto jurídico. Una concepción de familia que se llama filocétrica, ha llegado a concebir en la legislación sólo un objeto: el bien de los hijos.⁸

Teniendo en cuenta esta doble perspectiva, fundamental en el derecho de familia, puede entenderse sin mayor dificultad que el estado de matrimonio se funda en la declaración de voluntad de los contrayentes que expresan su consentimiento en el *acto* de la celebración para constituir un modo permanente de vida en común (*consortium omnes vitae*) del que deriva un conjunto de deberes y facultades jurídicas recíprocos que surgen entre los cónyuges; mientras que la situación jurídica que nace de la filiación (en su aspecto natural) se funda en el *hecho jurídico* de la procreación, sin desconocer la posibilidad

⁸ Merla, Giovanni, "Biologia e costituzioni nella famiglia", en *Tema de diritto de famiglia*, Padova, 1967, p. 67.

de que surjan esas mismas relaciones del acto jurídico de la adopción, que puede o no producir los mismos efectos de la filiación, según se trate de adopción plena o semiplena.⁹

10. *La "filiación adoptiva"*. Haremos en seguida un comentario sobre la situación de los hijos nacidos fuera del matrimonio y particularmente en lo que atañe al ejercicio de la acción de investigación de la paternidad, considerando la posición que ha adoptado el Código Civil vigente en el Distrito Federal.

En la exposición de motivos del Código Civil para el Distrito Federal, se declara el propósito del legislador que para "borrar la ociosa diferencia entre hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio se procuró que unos y otros gozaran de los mismos derechos" y agrega que:

Es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de sus padres que sean privados de las seguridades y derecho únicamente porque no nacieron de matrimonio, de lo que ninguna culpa tienen... porque los hijos tienen derecho de saber quiénes los trajeron a la vida, de saber que los autores de su existencia les proporcionen los medios de vivir... Se procuró que la investigación de la paternidad no constituyera una fuente de escándalo de explotación por parte de mujeres sin pudor que quisieran sacar provecho de su prostitución.

En aplicación de esas ideas, el Código Civil de 1928 modificó certeramente la posición adoptada por la Ley de Relaciones Familiares (artículo 187) y el Código Civil de 1834 (artículo 334), conforme a los cuales quedaba prohibida la investigación de la paternidad, excepto en el caso de raptó, si la época de la concepción coincidía con la del delito. Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 197 de la Ley de Relaciones Familiares:

El hijo que se encuentre en posesión de hijo de estado matrimonial de un hombre y una mujer, puede obtener el reconocimiento de aquél o de éste o de ambos, siempre que la persona cuya paternidad se reclama no esté ligada con vínculo matrimonial al tiempo en que se haga el reconocimiento, salvo el caso en que el padre o la madre se haya casado y el hijo quiera que se le reconozca para quedar legitimado.

Como puede observarse, en tanto que en el Código Civil de 1884 la prohibición de la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio era ciertamente absoluta, la Ley de Relaciones Familiares dio un paso adelante, permitiendo el ejercicio de la acción para obtener del presunto padre el reconocimiento que se decía "forzoso", pero sólo en el caso de que se encontrare en posesión

⁹ Parece inadecuada, por lo tanto, la denominación de "filiación adoptiva" que se presta a identificar en todo caso una y otra figura jurídica. El vocablo "adopción" me parece claro y preciso para no requerir el uso de cualquier otro.

de estado de hijo del demandado. La ley confería también esta acción, para obtener la legitimación en el caso de subsiguiente matrimonio de la madre y del pretendido padre, que entonces no se operaba como efecto inmediato del ulterior matrimonio de sus padres. En ambos casos la sentencia se funda en el reconocimiento tácito del presunto padre.

Ciertamente, el legislador de 1928, inspirándose en la evolución legislativa, doctrinal y jurisprudencial francesa, decidió romper con aquella situación del hijo nacido fuera de matrimonio, quien quedaba sólo previsto de acción para obtener una sentencia judicial declarativa de su filiación si era el fruto del delito de raptó.

La posición del Código Civil del Distrito Federal introduce, al respecto, un cambio radical, permitiendo la investigación de la paternidad fuera del caso en que el hijo se encontrara en posesión de estado de hijo del presunto padre. El artículo 382 del Código Civil establece en favor del hijo nacido fuera del matrimonio la posibilidad de intentar una acción judicial de investigación de la paternidad a fin de obtener una sentencia que declare cuál es su filiación paterna, independientemente de que el padre quiera o no reconocerlo como hijo suyo.

Sin embargo, dicho precepto legal, que ha estado vigente durante cincuenta años, establece dicha acción en forma limitada, fijando taxativamente en las cuatro fracciones de que consta el artículo, los únicos casos en que procede el ejercicio de la indagación judicial de la paternidad, a saber: I. En la hipótesis de raptó, estupro o violación, si la época del delito coincide con la de la concepción; II. Cuando el hijo se encuentre en posesión de estado de hijo del presunto padre; III. Cuando la concepción tuvo lugar cuando su madre hacía vida marital con quien se presume ser su padre, y IV. Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre.

Ciertamente, este precepto legal coloca a los hijos extramatrimoniales en una mejor posición que aquella en que se encontraba durante la vigencia de la Ley de Relaciones Familiares y, desde luego, de la que tenía bajo el régimen del Código Civil de 1884. Con ello, el legislador de 1928 siguió la corriente ya iniciada, como se dijo, en la Ley de Relaciones Familiares, para tratar de "borrar la odiosa diferencia entre hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio" procurando así la igualdad de derechos entre unos y otros.

Si este loable propósito fue logrado plenamente por el legislador de 1928, es una cuestión que ahora no parece cierta.

En efecto, restringir el ejercicio de la acción de investigación de paternidad a los cuatro casos señalados taxativamente en el precepto

que se comenta, resulta, hoy por hoy, inaceptable, porque no quedan comprendidas en este sistema otras hipótesis en que existiendo serias posibilidades, grave verosimilitud de la paternidad, el presunto hijo carece de la acción correspondiente para establecer su filiación; como ocurre, por ejemplo, en el caso de que el presunto padre obtenga por algún medio (seducción o engaño) el consentimiento de la madre para tener (aunque no vivan maritalmente) relaciones sexuales, si durante ellas se produjera la concepción. Si dicha mujer es mayor de 18 años no se tipificaría el delito de estupro y, por lo tanto, no procedería la investigación de la paternidad, a pesar de que hubiera sido engañada o seducida, como por ejemplo en el caso de la ruptura de una promesa de matrimonio o de abuso de autoridad. Consideremos también el caso en que aun no existiendo seducción o engaño se produjo la concepción por la libre voluntad del padre y de la madre. Desde el punto de vista de la protección del interés del hijo extramatrimonial ¿qué mejor que la concepción haya tenido lugar prestando libremente, en forma espontánea, su consentimiento ambos progenitores?

11. *El derecho de las costumbres en Francia. El Código Napoleón y la jurisprudencia francesa.* El cambio o modificación legislativa con respecto a la investigación de la paternidad, que se inicia en nuestro país con la Ley de Relaciones Familiares y posteriormente continúa en el texto del artículo 382 del Código Civil vigente, es una consecuencia de la evolución legislativa doctrinal y jurisprudencial sobre la protección de los hijos nacidos fuera de matrimonio. Es por lo tanto conveniente analizar aun brevemente dicha corriente legislativa, particularmente en Francia.

La ley de 12 brumario, año II, excluyó la posibilidad de investigar judicialmente la filiación de los hijos naturales y admitió, como único medio para establecer filiación de ellos, el reconocimiento que hiciera un padre de un hijo por medio de un acto auténtico.

La jurisprudencia francesa en el siglo XIX y hasta la primera década del XX aplicó aquel principio restrictivo, excluyendo toda posibilidad de la investigación de la paternidad, excepto en los casos de seducción y de violación.

El derecho antiguo francés, sin embargo, de esta posición de extrema severidad, reconocía, de acuerdo con las costumbres, ciertos derechos a los hijos bastardos, que aunque no reconocidos formalmente, gozaran de una aceptación pública de su bastardía, en el grupo social y entre el círculo de parientes. Esto les permitía el derecho a participar en la herencia de quien los había engendrado. Eran efectos puramente económicos.

El artículo 340 del Código Napoleón proclamaba las sucesivas reformas introducidas: "queda prohibida la investigación de la paternidad. En el caso de raptó podrá ser declarada la paternidad del raptor, si la época de la concepción coincide con la del delito". (El principio consignado en el Código Civil francés fue acogido en nuestro Código Civil de 1870 y 1884.)

Las razones por las cuales en el derecho francés de las costumbres y en la legislación revolucionaria se veía con disfavor la investigación de la paternidad, eran, como lo expresó el abogado general de Grenoble en 1770, en el dictamen que rindió, "el temor al escándalo y la dificultad para conocer con grandes posibilidades de certeza, la existencia real del vínculo de consanguinidad que pudiera haber entre el padre y su hijo".¹⁰ No se debe en ninguna manera dejar pasar por alto que en la ley de 12 brumario y en la legislación revolucionaria se consideraba que, con el otorgamiento al hijo natural de ciertos derechos pecuniarios para participar en la herencia de su padre, si lo había aceptado públicamente como tal, quedaba satisfecho su interés particular.

Por otra parte, a partir del año de 1793, por un decreto de 16 de julio, la madre soltera y los hijos que había dado a luz, tenían derecho a percibir ciertos auxilios pecuniarios que otorgaba el poder público en su favor.¹¹

El artículo 340 del Código de los franceses en su redacción primitiva, durante el siglo XIX, mereció vivas críticas de la doctrina y la reforma de que fue objeto por decreto de 16 de noviembre de 1912; no hizo sino recoger en gran parte la posición de la jurisprudencia de los tribunales, mediante la aplicación extensiva de ese dispositivo legal para lograr una mejor protección de los hijos habidos fuera de matrimonio; contrariando así el texto prohibitivo expreso y terminante del mencionado precepto; pero atendiendo con un sentido de justicia a los requerimientos que fue imponiendo la realidad de la vida y acogiendo los precedentes consuetudinarios que contrariaba el Código Civil.

En efecto, la jurisprudencia francesa, acudiendo en auxilio de las madres solteras y de los hijos abandonados, invocó el artículo 1382 del Código Napoleón para conceder a éstas una acción de reparación de los daños que en su perjuicio le causaba el abandono del presunto padre, si éste se negaba a aceptar las consecuencias económicamente lesivas de su conducta ilícita, en perjuicio de la madre. Aun cuando

¹⁰ Morandiere León, Julliot de la, *Précis de droit civil*, París, Librerie Dalloz, 1947, p. 298.

¹¹ Carbonier, Jean, *Droit civil*, París, t. 1, Presses Universitaires de France, 1955, p. 525 (hay traducción al español).

estas reclamaciones no tenían como finalidad directa el pronunciamiento de una sentencia declarativa de la filiación, los jueces encontraron el camino de la reparación del daño por culpa probada, para dictar sentencias condenatorias contra el autor de esa conducta ilícita.

Los tribunales franceses no se detuvieron allí para eludir la severidad de la norma prohibitiva contenida en el artículo 340. En otras sentencias recurren a la interpretación extensiva del propio artículo 340, cuando de la dolosa seducción o empleo de la violencia en el acto sexual, resulta el embarazo de la mujer. Amplía así la hipótesis expresamente establecida en esa disposición legal, para acoger la acción de investigación de la paternidad aunque no hubiera habido raptó. En algunos otros litigios, si había un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones graves derivadas de hechos ciertos, tales como el pago de los gastos de manutención del presunto hijo, la sentencia pronunciada sostuvo que un deber que originalmente nacía como un deber natural, se transformaba en una obligación civil, por razón de su ejecución espontánea y reiterada.

Las tesis sustentadas por los tribunales franceses en los casos de investigación de la paternidad durante la vigencia del artículo 340 en su redacción primitiva podría decirse revolucionaria, porque anticipó el derecho de 16 de noviembre de 1912 que reformó aquel precepto. En mi opinión, esas sentencias no tenían nada de revolucionario: a través de la técnica jurídica volvieron a la vista a principios de justicia y equidad que el derecho consuetudinario francés había establecido y que el Código Civil de 1804 trató de borrar legislativamente.

12. *La reforma del derecho de familia en Francia.* La ley de 16 de noviembre de 1912, recogiendo el criterio jurisprudencial, admitió la investigación de la paternidad en los casos: *a)* de raptó y violación; *b)* por ruptura de la promesa de matrimonio o de esponsales si se podía fundar en un principio de prueba por escrito; *c)* por confesión inequívoca de paternidad, en escrito privado; *d)* cuando el padre durante la época de la concepción vivía en concubinato notorio con la madre, y *e)* cuando el presunto padre hubiere proveído y participado en la educación del hijo ostentándose como padre del mismo.

Por lo demás, el Código Civil español de 1895 y el Código Civil alemán de 1900 ya permitían la investigación de la paternidad si el presunto padre y la presunta madre vivían maritalmente durante la época de la concepción. Disposiciones semejantes fueron promulgadas en Bélgica, Suiza y Holanda.¹²

¹² Josserand, Luis, *Derecho civil*, tomo I, vol. II. La Familia. Traducción al español de Santiago Cunchillos y Manterola, Buenos Aires, Ed. Bosch y Cía. Editores, 1950, núm. 1217, p. 369.

La ley de 1912 no ha borrado completamente la situación anterior. No ha abolido la regla que prohíbe la investigación de la paternidad. Se ha limitado a introducir varias e importantes derogaciones al principio, pero la base no ha cambiado. La ley de 1912 es de interpretación restrictiva.¹³

La corriente extensiva para permitir cada vez en mayor número de casos la investigación de la paternidad, no se ha detenido. En efecto, por decreto de 16 de julio de 1955, se adicionó ese precepto legal con una fracción para permitir la investigación de la paternidad en el caso de seducción realizada por medio de maniobras dolosas o abuso de autoridad. Permitted la admisión del examen de sangre, ofrecido por el presunto padre demandado, para probar la no paternidad.

Nuevamente, por decreto de 8 de enero de 1972 y con el propósito de establecer la igualdad entre los hijos nacidos de matrimonio y los nacidos fuera de él, se ha iniciado una verdadera restructuración del título v del libro i del Código Civil, empezando por introducir un capítulo dedicado a las "disposiciones comunes a la filiación legítima y a la filiación natural", y los dos siguientes capítulos se dedican respectivamente a las disposiciones particulares, a estas dos especies de filiación, además de modificar algunos preceptos relativos a las donaciones.

No puede negarse la seriedad del esfuerzo que preside esta apreciable obra de revisión de la original estructura del Código Civil de Napoleón modificada varias veces en el curso de los años, aunque en forma fragmentaria, por la intervención legislativa y en parte prácticamente desautorizada (y a veces contradicha) por las decisiones jurisprudenciales, cada vez más liberales. Pero en todo caso, cediendo a las fuertes presiones morales ejercidas, esa jurisprudencia excedía en mucho al marco legislativo, lo cual provocó la reforma sobre filiación en Francia que tiene como finalidad indudable la afirmación y aplicación de los dos principios fundamentales que la inspiran: el de igualdad y el de veracidad.¹⁴

Aparte de abolir la distinción entre la filiación legítima y la filiación natural, la reforma concede al hijo natural en general los mismos derechos y los mismos deberes que el hijo legítimo tiene en sus relaciones con su padre y con su madre.

La distinción se explica únicamente por cuanto al régimen particular de la prueba de la filiación extramatrimonial. Se concede, sin embargo, una mejor situación del hijo adulterino en la sucesión del padre, si concurre con la cónyuge o con los hijos legítimos del *de cuius*.

La reforma al artículo 334 establece el ingreso del hijo natural en la familia de su padre, con una vocación sucesoria recíproca entre ascendientes, descendientes, colaterales (privilegiados y ordinarios) y parientes, tanto de la familia materna como de la familia legítima.

¹³ Aubry et Rau, 5ª ed. por Bartin, t. IX, núm. 569, nota 4.

¹⁴ Russo, Luigi, y Majillo, Ugo, "La riforma del regime della filiazione en el diritto francese", *Rivista di diritto civile*, anno xx, núm. 2, marzo-abrile, 1974, pp. 123 y ss.

Russo y Majillo comentan esta importante reforma en materia de filiación extramatrimonial, después de apuntar que la ley de 3 de enero de 1972 ha sufrido fuertes críticas de parte de quienes, como Mazeaud, han visto en ella una intolerable ofensa al derecho y a la moral. Dicen:

El permitir el ingreso al hijo natural a la familia del padre, responde a un cambio radical en el tradicional sistema francés que merece un detenido examen, no sólo por sus consecuencias patrimoniales sino, sobre todo, teniendo en cuenta consideraciones de carácter moral y social. No se ve sin embargo ningún válido motivo para continuar excluyendo al hijo natural del círculo de efectos familiares que particularmente cuando falta uno de los progenitores asume una importancia determinante en la formación espiritual del hijo.¹⁵

Estos autores concluyen reconociendo que la reforma francesa de 1972, además de que representa una trascendental evolución en el derecho de familia, es un insoslayable punto de comparación en todo intento de reforma legislativa en materia de filiación.

La explicación anterior tiene por objeto ofrecer una información, siquiera general, para ponderar la necesidad de una reforma al artículo 382 del Código Civil del Distrito Federal, atendiendo a la corriente del pensamiento jurídico y al régimen legislativo sobre esa materia, en la actualidad.

Debe reconocerse el mérito del legislador mexicano, no sólo por haber introducido la disposición contenida en el artículo 382 del Código Civil vigente, sino porque se adelantó en algunos aspectos a la situación que hace cincuenta años contemplaban la doctrina y la jurisprudencia francesas y los dispositivos del Código Civil alemán de 1900.

13. *Los hijos nacidos de mujer casada: la presunción de paternidad del marido.* En cuanto a los hijos nacidos de matrimonio, la doctrina y la jurisprudencia extranjera —y que por otra parte el Código Civil del Distrito Federal acoge— es en el sentido de equiparar a ellos, la situación de los hijos nacidos fuera de matrimonio. No se puede dejar de reconocer, por lo que se refiere a la prueba de la filiación de los hijos extramatrimoniales, que el principio *pater est quem nuptiae demonstrant* no tiene aplicación o, cuando menos, no la tiene en todos los casos.

Es sabido que este principio rige actualmente respecto de los hijos nacidos después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días contados a partir del momento en que se interrumpió la cohabitación entre los cónyuges. En cuanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio, esta presunción sólo tiene fuerza en el caso de concubinato.

En mi opinión, el principio *pater est* también debería ser aplica-

¹⁵ *Op. cit.*, p. 127.

ble, respecto de los hijos nacidos después de la celebración del matrimonio, independientemente de que hayan transcurrido ciento ochenta días posteriores a ese acto e independientemente, también, de que el marido de la madre concorra al levantamiento del acta de nacimiento del presunto hijo. Excepto el caso de que el embarazo de la madre le haya sido ocultado al marido, debe presumirse razonablemente el propósito de los contrayentes en obtener así la "legitimación" del hijo concebido antes de la celebración del matrimonio.

Por otra parte, si el nacimiento de ese hijo ocurre dentro de la existencia del matrimonio, aunque no hayan transcurrido ciento ochenta días de su celebración y tal hijo ha sido reconocido tácitamente por el marido al acogerlo en tal condición, no parece corresponder a la realidad exigir que el marido concorra al levantamiento del acta de nacimiento o lo reconozca expresamente, para declarar que ese hijo es de matrimonio.

La corriente acogida por la jurisprudencia francesa admite la posibilidad del ejercicio de la acción de investigación de la paternidad, si de la conducta observada por el presunto padre respecto del hijo que se le atribuye, se desprende de manera inequívoca que es ciertamente su progenitor.

El marido a quien se atribuye la paternidad del hijo que nace dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio puede ejercer la acción de desconocimiento de la paternidad, si se cumplen los supuestos establecidos en el artículo 326 *in fine*, o sea que el nacimiento se le haya ocultado o que demuestre que dentro de los diez meses que precedieron al nacimiento fue físicamente imposible el acceso carnal con la madre de su presunto hijo.

14. *La paternidad responsable. La revisión de la preceptiva legal sobre filiación.* Tomando en cuenta lo expuesto, una revisión del Código Civil en materia de filiación podría presentarse así:

El título séptimo conservaría el rubro "De la paternidad y la filiación". Un primer capítulo tendría el rubro "De la paternidad". El capítulo segundo se denominaría "De la filiación consanguínea". El capítulo tercero "De las acciones sobre paternidad".

El capítulo primero que propongo comprende la preceptiva siguiente:

"Artículo . . .—La paternidad atribuye a los progenitores los mismos deberes y los poderes respecto de la persona y los bienes del hijo cuya filiación ha sido establecida legalmente, ya se trate de hijos nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio."

En esta manera se incluye en la legislación civil la declaración de enero de 1967 de la Comisión de Derechos Humanos de la Organiza-

ción de las Naciones Unidas que dispone: "Que cada persona, establecida su filiación, goza del mismo *status* que las leyes confieren a los nacidos de matrimonio." En el artículo siguiente se transcribe a la letra el segundo párrafo del artículo 162 del Código Civil vigente que encontrará debida ubicación en el título relativo a la filiación porque no parece adecuado que se incluya —como aparece en el Código vigente— en el capítulo tercero del título quinto, relativo a la disciplina jurídica del matrimonio.

Dicho precepto establecerá: "Artículo . . .—Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada, sobre el número y el espaciamiento del nacimiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido en común acuerdo por los cónyuges."

El siguiente precepto legal se referirá a los deberes que impone la paternidad para precisar, en lo posible, desde el punto de vista legislativo, los derechos de los hijos en las relaciones paterno-filiales y el contenido y extensión de la responsabilidad que dentro de la familia y en el seno de la sociedad se origina la procreación. Responsabilidad que no debe circunscribirse a la sola decisión sobre el número y el espaciamiento del nacimiento de los hijos, sino en manera especial, a los deberes del padre y de la madre frente al hijo que han procreado.

Se sugiere la inclusión del siguiente dispositivo:

Artículo . . .—Los padres tienen el deber de proporcionar a los hijos: *a)* un ambiente familiar y social propicio para lograr en condiciones normales el desarrollo espiritual y físico de estos; *b)* una educación necesaria para que adquieran cabal integración en el medio social a fin de lograr una mejor convivencia humana, la dignidad de la persona y la integridad de la familia junto con la convicción del interés general de la sociedad en la estabilidad de ésta, así como la fraternidad e igualdad de derechos de todos los hombres para evitar los privilegios de sectas, razas, sexos o individuos; *c)* el ejemplo de una conducta en el seno de la familia y en la sociedad de que coadyuve a realizar las finalidades que persigue el cumplimiento de los deberes derivados de la paternidad; *d)* los alimentos que el hijo requiera y que deben proporcionar según dispone el capítulo . . . de este Código, y *e)* una familia estable y solidaria, en manera que constituya un medio adecuado para el desarrollo del afecto y atenciones que requiere el desenvolvimiento de la personalidad del hijo.

En este precepto, además de que se enuncian los deberes derivados de la paternidad, se pretende dar una connotación adecuada a lo que se ha venido llamando "paternidad responsable", que comprende el cumplimiento de los deberes de los progenitores para educar y cuidar a los hijos. Así, se vincula a los padres con el cumplimiento de la función educativa que el artículo 3º de la Constitución Política de la República impone en el aspecto escolar; pero que en el Código Civil debe encomendarse también al núcleo familiar.

El capítulo segundo estará dedicado a ordenar y organizar la prueba de la filiación a través del reconocimiento, independientemente de aquellos otros medios probatorios que derivan de una sentencia judicial y forman parte del capítulo tercero de este título, para dedicar finalmente el cuarto capítulo a la adopción.

Lo expuesto en los párrafos anteriores nos lleva a considerar la cuestión de seguir conservando en el cuerpo del Código, el capítulo tercero que consta de sólo seis preceptos en los que se cifra la normativa jurídica que atañe a la "legitimación". En nuestro concepto, no encuentra cabida en un cuerpo legislativo que ha abandonado la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos o naturales.

En la revisión del Código Civil del Distrito Federal sobre esta materia debería incluirse un dispositivo del tenor siguiente:

Artículo . . .—Se presumen hijos de los cónyuges: los hijos nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo por divorcio, nulidad o muerte de uno de los consortes. El marido podrá desconocer la paternidad, en los términos y bajo las condiciones que establecen los artículos siguientes.

En los casos de concubinato consideramos que debe mantenerse en su redacción el texto del artículo 383, en vista de que no se dispone, como en el matrimonio, de una prueba fehaciente y precisa que nos permita fijar con toda certeza, en la mayoría de los casos, la fecha en que empezó la vida marital entre la madre y el concubinario. Proceder de otra manera sería desconocer las reglas de aplicación y funcionamiento de esa prueba presuntiva, que requiere como punto de partida un dato cierto conocido.

Deberá meditarse convenientemente sobre la conveniencia de otorgar a los herederos del marido la acción de desconocimiento de la paternidad, cuando el tutor de la herencia ha muerto sin recobrar la razón, antes de que venza el plazo de sesenta días en que puede ejercer la acción; porque no podemos concluir *sic et simpliciter*, que si el marido hubiera estado en uso de sus facultades mentales, indefectiblemente habría ejercido la acción de desconocimiento de la paternidad, ya que se podría también válidamente suponer que no la habría ejercido, si gozando de cabal salud por no introducir una causa de perturbación en la familia o por cualquiera otra razón que sólo a él le compete. La duda pues, existe en uno y otro extremo, sólo que considero que en la solución no deben prevalecer los intereses particulares de los herederos, frente a los más altos valores de la integridad de la familia y respeto a la intimidad de las relaciones entre los consortes. Propongo, pues, negar la acción de desconocimiento a los here-

deros del marido, suprimiendo el artículo 332 del Código Civil que se revisa.

En otro aspecto, parece conveniente introducir en las disposiciones del Código en que se requiere el "principio de prueba por escrito" para el ejercicio de las acciones procesales sobre paternidad, disponiendo que "el principio de prueba por escrito se funde en documentos de familia, registros o cartas privadas del padre o de la madre, en actas públicas o privadas provenientes de una de las partes en el juicio o de otra persona que si estuviere viva, tendría interés en la controversia" (Código Civil italiano, artículo 242).

Por lo que toca a las pruebas sobre filiación, se sugiere la conveniencia de aceptar con valor solamente indiciario, la prueba pericial sobre las características heredobiológicas admisibles en el juicio de investigación de la paternidad, mediante el análisis de grupos sanguíneos, siempre adminiculadas, con las características patológicas, morfológicas e intelectuales transmisibles. Bien advertidos de que por sí solos, es decir, aisladamente considerados, ninguno de estos elementos puede fundar legítimamente un pronunciamiento judicial declarativo de paternidad o maternidad.

Hay que insistir en que la prueba hematológica es insuficiente y que en el caso de ser admitida deberá completarse con otros elementos probatorios que la doctrina moderna acepta y la experiencia corrobora, a saber: el examen comparativo de los caracteres morfológicos externos del padre o de la madre (talla, forma de cabeza, facciones, impresiones digitales, etcétera), el examen de caracteres antropogenéticos (actitudes, tipo de letra, gesticulaciones, timbre de voz, etcétera), examen de los signos semiológicos o patológicos transmisibles hereditariamente (predisposiciones especiales para determinadas enfermedades, lunares, coloración del iris), caracteres psicológicos y, en fin, todos los elementos que el juez de lo familiar debe constatar directa y cuidadosamente, a través de la prueba de inspección de las personas de que se trata, para concluir en manera razonable y congruente lo que proceda en la sentencia que en su caso pronuncia.

No debe dejarse pasar por alto un problema que es el relativo a la inseminación artificial, con el consentimiento aprobado del marido. Cuestión que requiere un tratamiento específico, pues a nadie escapa que en ese evento ni la cesación de la cohabitación de los consortes por larga que sea, ni las pruebas de grupos sanguíneos, ni la inspección judicial a la que hemos hecho alusión, tienen fuerza probatoria alguna. Habrá que concluir que el marido que ha prestado su consentimiento para practicar esa operación germinativa no tendrá acción

para desconocer la paternidad del hijo así concebido y que no procede en ese caso, la acción de investigación de la paternidad.

Como lo disponen los códigos civiles de los estados de Morelos y Sonora debe admitirse la posibilidad de probar la paternidad, en la sucesión intestada o en el juicio en que el hijo demanda la ministración de alimentos. La misma disposición legal podría introducirse en el proyecto que se elabora, para hacer efectiva la responsabilidad de los padres que descuidan o abandonan a los seres que han procreado.

El artículo 526 del Código de Sonora, cuya adopción en lo esencial se propone, dice a la letra:

Artículo ...—La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Para justificar este hecho son admisibles todos los medios de prueba, y en los juicios de intestado o de alimentos, se justificará la filiación respecto a la madre dentro del mismo procedimiento.

Respecto del padre, la filiación sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad. En el juicio respectivo son admisibles todos los medios de prueba y bastará que se acredite debidamente la posesión de estado de hijo respecto al presunto padre, en los términos a que se refieren los artículos... y ... para que se declare debidamente comprobada la filiación. En el caso de concubinato, se podrá justificar la filiación respecto del padre en el mismo juicio de intestado o de alimentos y será suficiente probar los hechos a que se refiere el artículo ..., tanto en vida de los padres como después de su muerte. Esta acción es transmisible por herencia y es imprescindible.

El capítulo cuarto, final, estaría dedicado a la adopción que comprendería las disposiciones relativas a la adopción plena y a la adopción semiplena, pero este tema excederá los propósitos fijados en el estudio sobre filiación consanguínea.

1. Punto de partida: el individualismo decimonónico.
2. La filosofía del Código Civil en 1884.
3. El periodo crítico: la Revolución Mexicana.
4. La legislación preconstitucional.
5. Las ideas sociales de la Constitución Política de 1917.
6. Nueva perspectiva: el Código Civil de 1928.
7. Su influencia en los códigos civiles de los estados de la Federación.
8. El derecho privado social: a) Derecho de la persona y derecho de familia.
9. b) El régimen civil de la propiedad y las sucesiones.
10. c) Las normas sobre obligaciones y contratos.
11. Quiebra de la autonomía de la voluntad.
12. La influencia del fenómeno demográfico sobre el derecho de propiedad. Nuevas ideas sobre la propiedad inmueble. Las leyes de desarrollo urbano.
13. Panorama bibliográfico.
14. Un comentario final.

TRES CUARTOS DE SIGLO EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO

SUMARIO: 1. Punto de partida: el individualismo decimonónico. 2. La filosofía del Código Civil en 1884. 3. El periodo crítico: la Revolución Mexicana. 4. La legislación preconstitucional. 5. Las ideas sociales de la Constitución Política de 1917. 6. Nueva perspectiva: el Código Civil de 1928. 7. Su influencia en los códigos civiles de los estados de la Federación. 8. El derecho privado social: a) Derecho de la persona y derecho de familia. 9. b) El régimen civil de la propiedad y las sucesiones. 10. c) Las normas sobre obligaciones y contratos. 11. Quiebra de la autonomía de la voluntad. 12. La influencia del fenómeno demográfico sobre el derecho de propiedad. Nuevas ideas sobre la propiedad. Nuevas ideas sobre la propiedad inmueble. Las leyes de desarrollo urbano. 13. Panorama bibliográfico. 14. Un comentario final.

1. *Punto de partida: el individualismo decimonónico.* Si se quiere contemplar en perspectiva histórica el desarrollo del derecho en cualquiera de sus ramas, es preciso atender el orden socioeconómico en donde se ha originado la norma o conjunto de normas que se pretende conocer, a la distancia en el tiempo.

Por ello, trataré de situar esta perspectiva, refiriéndome previamente al ámbito social que dio lugar a la promulgación del Código Civil de 1884 para el Distrito y Territorios Federales, que era el ordenamiento vigente en las primeras décadas del siglo xx. En términos amplios, las ideas que prevalecían en la sociedad mexicana de fines de siglo xix y en los albores del siglo xx eran el positivismo filosófico, el individualismo político y el liberalismo económico, recibidos en México a partir de la Independencia, pero entronizados definitivamente al quedar restaurada la República después de la intervención francesa y más tarde consolidadas, durante el régimen del general Porfirio Díaz; época en que, merced a la paz orgánica que logró imponer ese gobierno, fue posible llevar al cabo la tarea que permitió establecer un sistema jurídico congruente con los principios derivados de aquellas ideas, tanto en lo administrativo como en lo económico; sistema jurídico que iba a permitir el progreso del país y a propiciar su desarrollo. Se buscaba el progreso mediante el establecimiento de un orden jurídico que se fundaba en la supuesta igualdad de los mexicanos y en su aptitud, también supuesta, para participar en la explota-

ción de los recursos naturales, y sobre estas bases, crear la prosperidad de la nación.

No me propongo emitir un juicio jurídico político sobre esta etapa de la historia de México; esa labor corresponde y ya ha sido llevada al cabo por eminentes sociólogos, politólogos e historiadores. Sí me interesa apuntar que fue precisamente en diciembre de 1883 —con antelación apenas de unos meses a la promulgación del Código de 1884, y durante la vigencia del Código Civil de 1870— cuando se dictaron las leyes relativas a la colonización y las compañías deslindadoras, para regularizar la situación de los terrenos baldíos o del dominio nacional a fin de que una vez deslindados, mediados, fraccionados y valuados fueran transmitidos en propiedad por el Estado, a los extranjeros y también a los nacionales que quisieran establecerse en ellos, mediante el pago de una tercera parte de su valor y con atractivos estímulos fiscales. Esto por lo que se refiere a la propiedad rústica de la nación, pues por lo que atañe a la situación de los bienes del clero, que comprendían una porción muy considerable del valor de la tierra en México, las leyes de desamortización de los bienes de la Iglesia (leyes cuya promulgación tuvo lugar en la tercera década del siglo pasado) y posteriormente la Ley de Nacionalización de los Bienes del Clero del año de 1859, modificaron radicalmente el régimen colonial de la propiedad en México, origen de tantas vicisitudes y problemas de orden interno e internacional para el país. Estas medidas legislativas ponen de relieve que el problema de la propiedad privada en México, a partir de las leyes de desamortización, se encuentra desde entonces vinculado a nuestro devenir político y constituye una cuestión cuya resolución fue de capital importancia para quienes tomaron en sus manos los destinos del país, a partir de la restauración de la República.

Un autor, al hacer el estudio del estado económico del país al finalizar el siglo XIX, dice lo siguiente:¹

Sin embargo, lo anteriormente asentado no quiere decir que en el período prerrevolucionario se hubiera cerrado sin esfuerzos por crear condiciones básicas que hoy consideramos de subestructura: es impresionante el desarrollo que alcanzó el sistema ferroviario del país, así como los adelantos logrados en el capítulo de generación de electricidad por una parte, y por la otra el hecho de que hubo un impresionante florecimiento de empresas manufactureras especialmente notable en el capítulo de la gran siderurgia (La Fundidora de Monterrey que vino a sustituir a las numerosas ferrerías de antaño), en la industria textil (Puebla, Orizaba, México, D. F., Querétaro, Guadalajara), la manufacturera de papel (fábrica de San Rafael), de cerillos y loza, la iniciación de la producción del cemento (La Tolteca), la promoción azucarera, la cigarrera y la cervecera y la extracción de aceites y la fabricación de jabón y algunas otras, especialmente

¹ Robles, Gonzalo, *El desarrollo industrial*, México, 50 años de revolución, México, t. I, La Economía, Fondo de Cultura Económica, 1960, p. 175.

en el campo de la industria ligera de transformación. Naturalmente que toda actividad empresarial tenía los signos característicos de su época, que se hacen más potentes en el caso de la minería, desde entonces dominada por intereses extranjeros, a través de un amplio sistema internacional de plantas de concentración y de refinación. La minería además favoreció el desenvolvimiento de la industria de explosivos que había de tomar nuevo impulso más tarde respondiendo a la demanda del estupendo programa de obras públicas.

Por otra parte, el derecho civil en Europa, al nacer el siglo XIX, ofreció al mundo la monumental obra legislativa que es el Código de Napoleón. Como se sabe, es un admirable fruto de recopilación y ordenación del derecho consuetudinario vigente en Francia durante varias centurias, hasta los finales del siglo XVIII. Los juristas y profesores de derecho privado, por su parte, elaboraron el sistema interpretativo de la escuela de la exégesis, con el criterio individualista propio de las ideas revolucionarias de aquel Código, acomodándose así a la filosofía positivista y liberal de aquella época, conforme a la cual el derecho privado institúa como principios básicos del sistema, por una parte, la propiedad como uno de los derechos del hombre, derecho absoluto oponible al Estado y, por la otra, la autonomía de la voluntad como expresión de la libertad del individuo.

2. *La filosofía del Código Civil en 1884.* El 31 de marzo de 1884 fue promulgado en México el Código Civil que inició su vigencia el 1º de junio de ese año, para ser aplicado en el Distrito y Territorios Federales. Sirvió de modelo para que en diversos estados de la Federación se promulgaran códigos civiles que, aunque presentan algunas variantes, son expresión de los mismos principios fundamentales que inspiraron a los autores del Código para el Distrito y Territorios Federales.

Por esta razón las consideraciones que en seguida se apuntan, aunque se refieren al Código Civil de 1884 para el Distrito y Territorios Federales, pueden hacerse extensivas en lo general al derecho civil aplicable en los estados de la Federación.

La Comisión Redactora del Código Civil a que me refiero, fue integrada por don Manuel Yáñez, don José María Lacunza, don Isidro Montiel y Duarte, don Rafael Dondé y don Joaquín Eguía Liz.² Todos ellos juristas de reconocido prestigio. Provenían, como casi todos los abogados de ese tiempo, de la pequeña burguesía y cuya cultura jurídica, de acuerdo con el criterio que prevalecía, se había formado en la doctrina francesa, en la escuela de la exégesis y en el pensamiento liberal.

² Con anterioridad fue designada una primera Comisión integrada por don Eduardo Ruiz, don Pedro Collantes y Buenrostro y don Miguel S. Macedo.

La Comisión Redactora del Código Civil procedió, con una prudencia digna de encomio, a efectuar una revisión del Código Civil de 1870, respetando en todo la esencia de este último cuerpo legislativo. Introdujo como novedad la libre testamentifacción, aboliendo así el sistema de las legítimas, que establecía el Código Civil cuya revisión llevó al cabo. Redujo el número del articulado y simplificó su redacción; cambió la ubicación de algunos preceptos, a fin de hacer su conocimiento y manejo más práctico y accesible.

Así pues, el antecedente inmediato del Código Civil de 1884 fue el de 1870, en el que influyeron, como es sabido, los comentarios al proyecto de Código Civil español de 1851 de García Goyena, inspirado en el Código Civil francés de 1804. No puede dejarse de mencionar también, como antecedente, el proyecto de Código Civil mexicano del doctor don Justo Sierra, el Código de Cerdeña, el Código de Austria, el de Holanda y el Código portugués.

Para los fines que me propongo en este trabajo, sólo diré que el Código de 1884 acoge el concepto romano de propiedad, como "el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitación que las que establecen las leyes", y la configura, como un derecho que atribuye al dueño, el dominio tanto de la superficie como del subsuelo.

El Estado tiene obligación no sólo de respetar, sino de proteger la propiedad privada como derecho del hombre y del ciudadano, tal como fue reconocido y sancionado expresamente en la constitución liberal de 1857.

En el capítulo relativo a las obligaciones y a los contratos el Código Civil de 1884, siguiendo a su inmediato antecesor, el de 1870, y en general a la teoría voluntarista del Código Civil francés, concibe el contrato como expresión de la libertad contractual o "soberanía de la voluntad", conforme a la cual el convenio obra de los particulares, tiene fuerza obligatoria por ser "la ley de las partes" y, por lo tanto, es fuente prístina de derecho, del mismo rango que lo es la obra legislativa, aunque aplicable en diferentes ámbitos. En lo que toca al derecho sucesorio, el Código Civil de 1884 fue congruente con la posición liberal adoptada por los actos *inter vivos* adoptando la libertad de testar.

El Código Civil de 1884, así como el de 1870 y su remoto antecesor, el Código de Napoleón, regulan, en el capítulo relativo a la adopción, la patria potestad, los regímenes matrimoniales, etcétera, por medio de preceptos que no se integran en un título específico relativo a la organización jurídico-familiar, sino como derechos del individuo.

Tales son, en términos generales, las ideas directrices del Código Civil de 1884 y tal es el punto de partida para emprender un examen

del derecho civil en México, en los setenta y cinco años corridos de este siglo.

3. *El periodo crítico: la Revolución Mexicana.* En la primera década del siglo xx, se manifiestan en el país los claros síntomas de un desequilibrio económico y social cuyos orígenes se remontan a la época colonial; empiezan a aparecer en el movimiento de Independencia y surgen nuevamente en el siglo xix, en el Constituyente de 1856, en las voces de Ignacio Ramírez y Ponciano Arriaga, quienes no lograron, ciertamente, que sus ideas se plasmaran entonces en los preceptos constitucionales.

El malestar social proveniente de una grave desigualdad económica en la población del país se acentuó aún más en las últimas décadas del siglo xix en el campo, por los despojos de tierras que sufrieron los campesinos al aplicarse en forma abusiva las leyes de colonización y baldíos, y en las ciudades por la situación de los trabajadores de la industria, entonces, en franco proceso de desarrollo. Las huelgas de Cananea en Sonora y de Río Blanco en Veracruz y la represión brutal ejercida contra los trabajadores, en los años de 1906 y 1907, fueron el preludeo del gran movimiento armado de la Revolución Mexicana, que se inicia en noviembre de 1910 y cuyo programa de reformas sociales quedó expresado, en lo sustancial, en el manifiesto de Partido Liberal Mexicano que se dio a conocer en el año de 1907.

Se había iniciado un profundo movimiento social, que exigió un cambio radical en la estructura constitucional del país, y en todo el orden jurídico nacional, no sólo en el derecho público, sino también en el derecho privado.

Y no se puede comprender la evolución legislativa, ni las transformaciones del derecho en México en el siglo xx, si se ignora el sentido de aquella etapa histórica. El derecho civil se vio influido por el pensamiento filosófico y político que empezó a manifestarse en México en los albores del siglo xx, que reclamaba el establecimiento de un régimen protector de los trabajadores de la ciudad y del campo, con criterio profundamente social y no individualista.

Esta corriente social, que transformó la estructura de la sociedad misma y cuyos principios rectores fueron elevados a la categoría de normas constitucionales, quedó incorporada al conjunto de principios generales del derecho civil, de la misma manera que influyó en el cambio que se operó en todas las ramas del ordenamiento jurídico. De esta manera, tales ideas sociales inspiraron a los redactores del Código Civil de 1928 para establecer un justo equilibrio entre el interés del grupo social y el interés de los particulares. Como principios rectores fundamentales del Código vigente, esas ideas sociales se

convierten en fuente generadora de normas jurídicas cuando alcanzan la categoría de principios generales del derecho, y tal es el caso tratándose del derecho civil.

Diez-Picazo y Guillón afirman que:

...los principios generales del derecho pueden ser conceptuados como aquellas normas jurídicas que reúnen estas dos características: a) tienen un carácter básico y fundamental en la organización del grupo humano; b) revelan de un modo espontáneo el sistema de creencias y de convicciones en que reposa un grupo social... c) tienen su fundamento en la comunidad misma, de forma que es la comunidad entera, a través de sus convicciones y de las creencias que profesa, el auténtico procreador de estas normas.³

Veamos cómo empezó a operarse el cambio del derecho civil en nuestro país y en el presente siglo.

4. *La legislación preconstitucional.* En el año de 1914, una ley de 29 de diciembre introdujo la posibilidad legal de disolver el vínculo matrimonial en vida de los cónyuges, y en el siguiente año, por decreto de 29 de enero de 1915, quedó reformado el Código Civil del Distrito y Territorios Federales en las disposiciones relativas a la organización de la familia, ya que en pleno periodo revolucionario preconstitucional, el señor Venustiano Carranza, en su calidad de primer jefe del Ejército Constitucionalista, promulgó la Ley de Relaciones Familiares que además de confirmar la posibilidad legal de disolver el vínculo matrimonial por medio del divorcio vincular, modificó en otros aspectos el régimen jurídico de la familia. Esta ley sobre relaciones familiares debe considerarse como la primera manifestación de reforma legislativa en materia civil, expresión de un cambio en los principios en que descansaba el Código Civil de 1884.

Las directrices de esta nueva ley fueron inspiradas por el derecho norteamericano y alemán.

Aunque, conforme al espíritu que prevalecía en la época de su promulgación, la ley a que me refiero no se separó enteramente de las ideas tradicionales de la organización de la familia; en efecto, conservó a la mujer en un estado de sujeción respecto del esposo, pues no llegó a suprimir la potestad material, ni a derogar aquellas disposiciones del Código Civil que impedían a la mujer casada dedicarse sin autorización del marido a desempeñar algún trabajo o profesión o la celebración de cierto tipo de actos y contratos.

La patria potestad recaía en primer lugar en el padre y sólo a falta de éste en la madre. Es verdad que suprimió la calificación de hijos espurios o ilegítimos, conservando la designación de hijos naturales

³ Diez-Picazo, Antonio, Guillón, *Sistema de derecho civil, Introducción derecho de la persona, Negocio jurídico*, Madrid, Ed. Tecnos, 1975, vol. 1, p. 162.

a los que nacían fuera de matrimonio; sin embargo, prohibió la investigación de la maternidad y de la paternidad de los hijos naturales, excepto que estos se encontraran en posesión de estado de hijo y en los casos de rapto o violación, cuando la época del rapto coincidía con la concepción.

Leyes promulgadas para regir en otros campos, son también índice de los cambios que se estaban operando.

Aunque, propiamente, las leyes de moratoria y de pagos que fue necesario promulgar en pleno periodo revolucionario, reformaron el principio *pacta sunt servanda* respecto de los contratos cuyo objeto era la obligación de pagar deudas de dinero. Sólo me referiré a las leyes moratorias de 14 de diciembre de 1916 en las que se establecía que todos los deudores gozaban de una moratoria general, cuando se tratara de obligaciones dinerarias. Pronto fue levantada esta drástica medida por decreto de 24 de diciembre del año siguiente. En 13 de abril de 1918 se estableció una nueva moratoria para las obligaciones contraídas antes del 14 de diciembre de 1916 y se atemperaron los efectos de aquella moratoria, reduciéndola al 25% del capital y al pago de los intereses, y permitiendo la amortización de capital por pagos parciales iguales, bimestrales. Estas disposiciones aparecen, pues, como una aplicación de la teoría de la imprevisión por la vía legislativa (*rebus sic stantibus*). Tal situación prevaleció hasta el 21 de julio de 1926 cuando, por decreto de esa fecha, el poder ejecutivo de la Unión levantó las moratorias decretadas hasta entonces. Las leyes de moratoria fueron consecuencia natural del periodo revolucionario y de los cambios sociales que se estaban operando.

Este hecho debe ser mencionado en este trabajo y no sólo porque incidió en la institución del contrato, sino porque es el signo de que esa transformación social y política empezó a producir efectos en el ámbito de la autonomía de la voluntad, minando en su base las ideas individualistas y liberales rectoras del Código Civil de 1884, que ya no respondía a las necesidades de la nueva sociedad rígida de un cambio de la perspectiva del derecho civil.

5. *Las ideas sociales de la Constitución Política de 1917.* Al tiempo en que en México se presentaban estos fenómenos sociales, las ideas individualistas y liberales habían entrado ya en crisis en Europa. El derecho privado y particularmente el derecho civil, iban a ser sometidos a una rigurosa revisión y a un nuevo análisis. Leon Duguit señala el rumbo de esa transformación del derecho civil en el mundo occidental:

...admito como un hecho la posesión de la riqueza capitalista por cierto número de individuos; no tengo por qué criticar o justificar ese hecho. No investigo si... hay una

oposición irremediable entre los que tienen la riqueza y los que no la tienen... Es un crimen predicar la lucha de clases, y estimo que marchamos no hacia el aniquilamiento de una clase por otra, sino por el contrario, hacia un régimen de coordinación y de jerarquización de las clases.⁴

Así, en México, en la segunda década de los años veinte, el gobierno revolucionario, concluido el movimiento armado, precedió a estructurar en lo jurídico el nuevo orden instaurado. Varias leyes son promulgadas entonces y se inicia la tarea de plantear no una reforma al Código Civil de 1884, sino la redacción de un nuevo Código Civil, que fue promulgado por decreto de 30 de agosto de 1928, aunque la fecha de iniciación de su vigencia se difirió hasta el primero de octubre de 1932, por disposición del artículo 1º transitorio en el que se concedieron facultades al ejecutivo para fijar la fecha de iniciación de la vigencia de ese ordenamiento. Y así, por decreto de 29 de agosto de ese último año, se ordenó que el nuevo Código Civil empezara a regir en la fecha que arriba se indica. La razón de esta larga *vacatio legis* fue que el Código de Procedimientos Civiles se hallaba entonces en proceso de elaboración y hubo que señalarse la misma fecha para la entrada en vigor de ambos códigos.

Mencionaré ahora de qué manera influyó el sentido social de la Constitución de 1917, en las instituciones económicas, fundamentales del Código Civil: la propiedad, el contrato y la responsabilidad por daños.

El sentido de este cambio legislativo se encuentra en las ideas rectoras de las transformaciones sociales ya señaladas, que se expresan en los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Si se consideran los antecedentes históricos que influyeron en el Congreso Constituyente de Querétaro de 1916, y que aparecen en los debates que suscitó el proyecto de Constitución presentado por Venustiano Carranza, se podrá comprobar que ese proyecto presentado a la consideración de la asamblea por el señor Carranza, en materia de propiedad de la tierra, conservaba el principio romano de dominio absoluto de la superficie y del subsuelo en favor del propietario, y de la misma manera mantenía, sin variación alguna, el principio de igualdad de las partes para estipular libremente entre el patrón y sus trabajadores, las cláusulas del contrato de prestación de servicios, aplicable a la materia laboral.

En segundo lugar, la lectura del Diario de los Debates de aquel Congreso Constituyente nos permitirá corroborar en qué medida dichos preceptos constitucionales, tal como fueron aprobados en definitiva, di-

⁴ Duguit, León, *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*, trad. al español, 2ª ed., Madrid, s/f, p. 180.

fieren de aquellas ideas individuales y liberales que informaban al proyecto del primer jefe y, sobre todo, esto nos da a conocer cómo el texto definitivo de esos dos artículos constitucionales recogió en su contenido y en su redacción el proyecto que elaboraron las comisiones de diputados constituyentes que sustentaron ideas de contenido social, protectoras del interés de los trabajadores y de los campesinos. Los proyectos de esas dos comisiones fueron elaborados por un grupo de diputados que provenían de la clase trabajadora y revolucionaria, del que formaban parte personas bien informadas de las ideas socialistas y conocedoras de la historia de la propiedad inmueble en México. Propugnaron por hacer valer el principio de que el dominio de las tierras y aguas pertenece a la nación, que la propiedad de los particulares no es originaria, sino derivada y que la nación tendrá en todo "tiempo derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación para hacer una distribución equitativa de la riqueza y para cuidar de su conservación". Por otra parte, se fijaron las bases conforme a las cuales se expedirían leyes sobre el contrato de trabajo.

En esta manera se produjo en el ámbito del derecho privado una doble consecuencia: el cambio radical del régimen jurídico de la propiedad inmueble dejó de ser un derecho original como lo concibieron los redactores del Código Civil de 1884 y cuya validez y legitimidad no había sido puesta en duda hasta entonces por el individualismo. En efecto, en las colonias españolas de América, el origen de la propiedad inmueble tiene su fundamento en la famosa bula del papa Alejandro VI, que atribuyó a la Corona de España el dominio de las tierras descubiertas por esa nación, y así era el monarca español, quien por medio de mercedes reales concedía a sus súbditos el dominio privado de las tierras.

En el ámbito de la autonomía de la voluntad, la Constitución de 1917 incidió radicalmente en el campo del derecho civil, al establecer en el artículo 123 las bases que imperativamente normarían las relaciones obrero-patronales, al sustraer del campo del derecho civil las normas aplicables a las relaciones obrero-patronales, regidas hasta entonces por el derecho privado. En adelante, las relaciones obrero-patronales se someterían a un régimen jurídico especial: el derecho laboral.

Por otra parte, al establecer el artículo 123 constitucional la responsabilidad del patrón por los daños que sufran los trabajadores y sus familias como consecuencia de los riesgos a que estén expuestos con motivo o en ejercicio de su trabajo, introdujo el concepto de responsabilidad objetiva, como causa de la obligación de reparar los daños

causados por la creación de un riesgo, independiente de toda idea de culpa. La responsabilidad por el riesgo profesional daría lugar, en derecho civil, tanto en su aspecto doctrinal como en el legislativo y jurisprudencial, a la admisión de la teoría del riesgo profesional, y llevándola hasta sus últimas consecuencias imponiendo al propietario o detenedor de un bien, el deber de reparar el daño que ésta cause a un tercero.

La conciencia jurídica del siglo XIX se conmovió intensamente frente a la magnitud del problema de los accidentes de trabajo. Sin duda, se dieron también en los siglos pasados, especialmente en la minería y en la construcción de los templos y palacios, pero el uso de las máquinas, que se efectuaba sin ningún género de precauciones, los proliferó en forma por demás alarmante. Fueron muchos los espíritus que se inquietaron y criticaron el sistema de responsabilidad del derecho civil, cuyas normas hacían ilusoria cualquier acción dirigida a la obtención de una indemnización; eran cuatro las causas de los accidentes, la culpa del empresario, carencia de medidas preventivas o órdenes imprudentes, la culpa del trabajador, principalmente descuidos motivados por el hábito al peligro que crea la repetición del trabajo, los casos fortuitos o de fuerza mayor, debidos a causas generalmente desconocidas, entre ellas las de carácter técnico, como defectos de construcción de máquinas y locales, y los actos de terceros, particularmente compañeros de la víctima, cuya frecuencia era mínima en comparación con las tres primeras causas. El derecho civil aceptaba únicamente la causa primera, esto es, una tercera parte de los accidentes, pero exigía una prueba que parece inventada por algún industrial de cualquier país, en connivencia con Satanás; la existencia de una relación de trabajo, que el trabajador había un accidente; que éste ocurrió como consecuencia del trabajo; que el accidente era debido a culpa del patrón, esto es, que por un acto u omisión del empresario, quiere decir por imprudencia o negligencia, se produjo el accidente, con otras palabras, debía probarse, a ejemplo que el patrón utilizaba conscientemente maquinaria defectuosa o no cumplía en sus instalaciones las reglas recomendadas por la técnica.⁵

La responsabilidad sin culpa será en lo futuro la causa por la que incurre en la obligación de reparar el daño la persona que hace uso de instrumentos peligrosos, o el propietario de un edificio en ruina y la que deriva del uso de artefactos e instalaciones o dispositivos que producen humo o gases, emanaciones o contaminación por sustancias infectantes, por el peso o movimiento de las máquinas y, en general, por cosas que son nocivas a la salud o seguridad de los terceros (responsabilidad por el hecho de las cosas que nos pertenecen). Es interesante hacer notar que la responsabilidad del propietario —tenencia de cosas que causan daño— tiene una larga tradición en el derecho civil, y que en ella la obligación de reparar el daño no deriva de culpa. No obstante, es interesante observar de paso que fue incluida en el Código de 1884, que acoge el principio subjetivista y aparece como encajada en un sistema de responsabilidad fundada en culpa,

⁵ De la Cueva, Mario, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, México, Ed. Porrúa, S. A., 1972, p. 114.

en el cual sólo debía surgir la obligación de reparar los daños causados cuando el agente obraba ilícitamente.

En la materia de las fuentes de las obligaciones, en derecho civil se ha operado y sigue operándose una transformación radical. Si en los códigos de corte individualista el contrato es por excelencia la fuente más abundante de las obligaciones, a partir de la teoría de la responsabilidad sin culpa (lo lícito dañoso en sus diversos aspectos), la fuente más fecunda de las obligaciones civiles es la responsabilidad por los daños que se causen a terceros sin culpa probada, como consecuencia natural de la explotación de la gran industria, del crecimiento de las grandes urbes, de los medios modernos de transporte de las personas y de las cosas, del empleo de reactores atómicos y de la contaminación ambiental. Se percibe una secuencia en la obligación de reparar el daño que, partiendo de la Ley Aquilia, sigue a través de la culpa del agente del daño (dolo o negligencia), continúa por la culpa *in vigilando* y la culpa *in eligendo* (responsabilidad de los padres y tutores, maestros y artesanos, daños causados por animales), continúa en la responsabilidad por ruina de edificios y aparece en nuestros días en la responsabilidad por el uso de cosas peligrosas o de cosas que no siendo por sí mismas dañinas, son nocivas a la salud por explosión o emanaciones que causan la contaminación del ambiente.

La transformación del derecho de propiedad inmueble, la segregación de las relaciones obrero-patronales del campo del derecho privado, la introducción del concepto de responsabilidad objetiva y la declaración unilateral de voluntad como causas de obligaciones al lado de las antiguas causas civiles, podrían ser señaladas como las líneas del marco en que se ha operado dentro del sistema mexicano la transformación de nuestro derecho civil.

6. *Nueva perspectiva: el Código Civil de 1928.* Esta transformación se ha operado en función de la solidaridad social hacia la cual, según lo ha observado Duguit, se ha desplazado en derecho civil y en particular el Código Civil de 1928, como *código privado social*. Así lo explica la Comisión Redactora del mismo cuerpo de leyes en la Exposición de Motivos, diciendo:

Nuestro actual Código Civil (el Código de 1884) producto de las necesidades económicas y jurídicas de otras épocas; elaborado cuando dominaba en el campo económico la pequeña industria y en el orden jurídico un exagerado individualismo, se ha vuelto incapaz de regir las nuevas necesidades sentidas y las relaciones que aunque de carácter privado, se hallan fuertemente influenciadas por las diarias conquistas de la gran industria y por los progresivos triunfos del principio de solidaridad.

Para transformar un Código Civil, en que predomina el criterio individualista, en el Código Privado Social, es preciso reformarlo sustancialmente, derogando todo cuanto favorece exclusivamente el interés particular con perjuicio de la colectividad e introduciendo nuevas disposiciones que se armonicen con el concepto de solidaridad.

Es completamente infundada la opinión de los que sostienen que el derecho civil debe ocuparse exclusivamente de las relaciones entre particulares que no afecten directamente a la sociedad, y que, por tanto, dichas relaciones deban ser reguladas únicamente en interés de quienes contraen. Son poquísimas las relaciones entre particulares que no tienen repercusión en el interés social, y que, por lo mismo, al reglamentarlas no deba tenerse en cuenta ese interés. Al individuo, sea que obre en interés propio o como miembro de la colectividad o en interés común, no puede dejar de considerársele como miembro de la colectividad; sus relaciones jurídicas deben reglamentarse armónicamente y el derecho de ninguna manera puede prescindir de su fase social.

La necesidad de cuidar de la mejor distribución de la riqueza, la protección que merecen los débiles y los ignorantes en sus relaciones con los fuertes y los ilustrados; la desenfrenada competencia originada por la introducción del maquinismo y el gigantesco desarrollo de la gran industria que directamente afecta a la clase obrera, han hecho indispensable que el Estado intervenga para regular las relaciones jurídico-económicas, relegando a segundo término al no ha mucho triunfante principio de que la "voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos".

7. *Su influencia en los códigos civiles de los estados de la Federación.* Antes de señalar de qué manera los autores del Código Civil vigente en el Distrito Federal aplicaron estos postulados en los preceptos del Código, es conveniente hacer una explicación, a saber: en el año de 1928, las disposiciones del Código Civil vigente regían en el Distrito y territorios federales y en los territorios norte y sur de la Baja California y en Quintana Roo. Por reformas al artículo 43 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el año de 1932 se erigió en estado libre y soberano el territorio norte de la Baja California; en el año de 1974 se erigieron en estados libres y soberanos el territorio sur de Baja California y el territorio de Quintana Roo. Por lo tanto, en las fechas en que cada uno de dichos territorios federales adquirieron la categoría de estados de la Federación, promulgaron su propia legislación civil y, por lo tanto, el Código Civil de 1928 sólo tiene aplicación en el Distrito Federal en materia común y en todo el territorio de la República, en materia federal.

Como ya se dijo, la mayor parte de los estados de la Federación, en su legislación civil, han adoptado los principios fundamentales que sirvieron de base al Código de 1928 para el Distrito Federal y como este trabajo no pretende hacer un comentario de la legislación civil que rige en México, pues sus finalidades se limitan a presentar un cuadro general del derecho civil en nuestro país, me ha servido de base el Código Civil del Distrito Federal (los estados de Guanajuato, Puebla, Zacatecas, Morelos, Sonora y Tamaulipas se apartan, en su legislación civil, del Código distrital).

Existe, sin embargo, una corriente de opinión en pro de la unificación legislativa en otras ramas del derecho (penal y procesal) y la misma corriente se percibe en el derecho civil. Aunque el régimen político conforme al que se encuentra organizado nuestro sistema cons-

titucional es el de república federal, lo que caracteriza y está en esencia del federalismo es que existe entre los estados miembros lo que Carl Schmitt denomina "una homogeneidad sustancial" (la nacionalidad, la ciudadanía, el respeto a la persona humana en sí misma y en sus relaciones jurídicas, etcétera). Si esto es así, podremos concluir que la unificación de la legislación en las materias civil y procesal civil, no vulnera el principio federal consignado en el artículo 40 de la Constitución de la República, porque aquella homogeneidad sustancial de la persona humana comprende a todos los habitantes de la República y el derecho civil, y consecuentemente su instrumento de aplicación, el derecho procesal civil, forman aquella rama del ordenamiento que regula las relaciones jurídicas de la persona, como tal prescindiendo de su profesión, industria, clase social y nacionalidad, que es lo que constituye ese supuesto esencial en una federación de estados soberanos en lo que concierne a su régimen interior, pero unidos en federación en todo aquello que se refiere a la organización y funciones de los poderes públicos (federal y estatal) en que cada miembro participe con las otras entidades que forman la Federación.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, en seguida trataré de exponer de qué manera los autores del Código Civil de 1928 lograron expresar en el cuerpo de esa obra legislativa la idea de "derecho privado social" como principio general de ese cuerpo de leyes. Como es obvio, sólo me referiré a aquellas instituciones que me parece deben ponerse de relieve a fin de presentar, dentro de los límites de esta comunicación, la manera en que ese principio se refleja en las disposiciones del Código y nos permiten conocer el sentido de las transformaciones del derecho civil positivo en nuestro medio jurídico.

8. *El derecho privado social.* a) *Derecho de la persona y derecho de la familia.* En el libro primero del Código Civil, encontramos algunas disposiciones con las cuales los autores del Código se propusieron proteger a las clases campesina, obrera y consumidora; se establece la rescisión de los contratos por lesión; se declara que en caso de conflicto de derechos y a falta de ley expresa, la controversia se resolverá a favor de quien trate de evitarse perjuicios y no de quien pretenda obtener lucro, y se acoge el principio de excepción a la regla general de observancia del derecho cuando se trate de personas que incurran en el incumplimiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, autorizando en esos casos, la exención de la aplicación de las sanciones en que hubiera incurrido.

El Código, en materia de conflictos de leyes en el espacio, postula la regla de la territorialidad, estableciendo que sus disposiciones se

aplicarán a todos los habitantes de la República aunque sean transeúntes, si bien, este principio admite alguna excepción respecto de la forma de los actos jurídicos.

Se sujeta la aplicación de la ley personal cuando se trata de extranjeros, al justo principio de reciprocidad y obliga a estos cuando contraten con mexicanos a declarar su estatuto y las incapacidades que conforme a él tuviesen, so pena de que si no lo hacen o declaren falsamente, el contratante mexicano que ha procedido de buena fe tiene derecho a que se apliquen las disposiciones del Código mexicano, aun tratándose del estado y capacidad del extranjero (Exposición de Motivos).

Se pretende, en este primer libro del Código Civil, colocar a la mujer y al hombre por cuanto a su capacidad jurídica, en igualdad de circunstancias y así se autoriza a aquélla para ejercer una profesión o industria y para disponer libremente de sus bienes, sin intervención del marido.

Se reconocieron efectos al concubinato para permitir, por una parte, la investigación de la paternidad, cuando la época de la concepción coincida con la vida en común de la madre y del presunto padre; se otorgó a los concubinos el derecho de heredar entre sí, siempre que ambos hayan permanecido solteros durante el concubinato y haya subsistido la vida en común, durante cinco años anteriores a la muerte de uno de ellos o bien, si han procreado hijos. El Código establece la igualdad de derechos de los hijos habidos de matrimonio y de los hijos extramatrimoniales.

Se adoptó, por lo que se refiere a la protección de los menores no sujetos a patria potestad y a los incapacitados, el sistema que permite la intervención de la autoridad judicial en el nombramiento de tutor y vigilancia del ejercicio de la tutela, creando para ese fin el consejo local de tutelas y los jueces pupilares (más tarde denominados jueces de lo familiar).

Siguiendo la trayectoria iniciada por la Ley de Relaciones Familiares, confirmó la admisión del divorcio vincular, aceptó el divorcio judicial por mutuo consentimiento e introdujo como novedad el divorcio administrativo para quienes, siendo mayores de edad, han permanecido en matrimonio por un periodo mínimo de dos años, no han procreado hijos y han convenido en la liquidación de la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron.

Una institución económica de gran importancia que estableció ese cuerpo de leyes es sin duda el patrimonio de familia. En este respecto uno de los autores del Código, Ignacio García Téllez, en su obra *Mo-*

*tivos, colaboración y concordancias del nuevo Código Civil mexicano*⁶ dice lo siguiente:

Inspirada la Comisión Legislativa del Código de 1928 en el artículo 123, párrafo xxviii, reglamentó el patrimonio de la familia como un seguro constituido por la casa habitación o parcela cultivable que protegiese a la familia contra la prodigalidad de los padres, las advertencias económicas y aun la avaricia de los acreedores, declarando que es causa de utilidad pública la constitución del patrimonio familiar. Art. 832.

Éste es el criterio general que a grandes rasgos presenta el Código Civil en el libro primero dedicado al derecho de personas y la organización de la familia. Y es en este último aspecto, es decir, en lo que se refiere al derecho de familia, en donde el Código ha sufrido mayor número de reformas, particularmente a partir del año de 1952; todas ellas con el claro y definido propósito, no siempre alcanzado, de proteger a los menores y establecer la igualdad del varón y la mujer frente a la ley.

Para entender mejor ese propósito, se transcriben los conceptos del licenciado Francisco H. Ruiz, que formó parte de la Comisión Redactora del Código Civil de 1928.⁷

La familia, como casi todas las instituciones jurídicas, presenta dos aspectos: un aspecto individual y un aspecto social, porque la familia puede ser considerada en su conjunto de relaciones, que se traducen en derechos y deberes recíprocos, establecidos entre los individuos que la forman para crear relaciones personales entre ellos y realizar fines individuales, o puede también ser considerada desde el punto de vista social, como una entidad sociológica formada por un conjunto de personas que tienen fines sociales que realizar y que deben mantener relaciones entre ese grupo llamado familia y el Estado. No se puede hacer un estudio completo integral, de la familia, si no se considera a la vez su aspecto individual y su aspecto social.

Me referiré a aquellas reformas y adiciones del Código Civil más importantes para seguir el desarrollo del derecho en esta materia. Mediante decreto de 31 de diciembre de 1969 se reformó el artículo 646 del Código Civil para establecer que la mayoría de edad comienza a los 18 años cumplidos (antes de dicha reforma, la mayoría de edad se alcanzaba a los 21 años cumplidos). En ese mismo decreto se reformó el artículo 641 para suprimir la emancipación a petición de quienes ejercen la patria potestad, o a solicitud del menor si había cumplido 16 años y conservar, como única vía de emancipación, la que se produce como consecuencia del matrimonio del menor.

Por decretos de 3 y 10 de marzo de 1971 se reformaron diversos artículos del Código Civil de Procedimientos Civiles para crear los

⁶ México, Ed. Porrúa, 1965, p. 29.

⁷ "La socialización del derecho privado y el Código Civil de 1928", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, t. viii, núm. 31, julio-septiembre de 1946, p. 55.

jueces de lo familiar, quienes conocen de todo lo relativo al Estado y capacidad de las personas y en general de las cuestiones familiares que requieren la intervención judicial, incluyendo el procedimiento de divorcio judicial y de las diferencias entre los cónyuges sobre la educación de los hijos y administración de los bienes, reconocimiento de hijos, tutela, etcétera. Desde entonces se segregó de la competencia de los jueces de lo familiar y se crearon así tribunales especializados para desempeñar las funciones jurisdiccionales sobre problemas de familia.

Por decreto de 31 de diciembre de 1974 se volvió a reformar el Código Civil, como consecuencia de una modificación a los artículos 4º, 5º, 30 apartado b, fracción II y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Dicha reforma llevó a la ley fundamental del país el principio de igualdad del varón y la mujer ante la ley, la declaración de que la ley debe proteger la organización y desarrollo de la familia y el postulado de que toda persona tiene derecho de manera libre, responsable e informada, de decidir sobre el número y espaciamiento de sus hijos.

Congruente con esa declaración constitucional fue la iniciativa de reformas al Código Civil del Distrito Federal para coordinar sus disposiciones con el precepto de la constitución tal como se encuentra hoy redactado.

En la Exposición de Motivos de dicha iniciativa, el ejecutivo de la Unión, después de manifestar la necesidad de que en ese Código de derecho privado se acogieran los principios constitucionales en los tres aspectos antes citados, propuso las reformas del Código Civil, para derogar aquellos mandamientos legales que en el Código Civil de 1928 mantenían la desigualdad jurídica del varón y la mujer. Dice así la Exposición de Motivos:

Por lo que hace a la legislación civil, las reformas y adiciones que se plantean procuran poner término a la sutil y abierta discriminación que aun conserva, en algunos sectores del derecho mexicano. Por ello, también promotoras de un verdadero proceso de igualdad entre los sexos. Por esta suerte, la iniciativa no sólo busca que se reglamente la igualdad, sino también que se ejercite, consciente de que las normas civiles son factor determinante de las relaciones sociales básicas.

El derecho mexicano ha mantenido una línea progresiva en este campo normativo a partir del Código de 1884. En efecto, la Ley de Relaciones Familiares de 1917, una ley revolucionaria, representó un avance significativo en relación con aquel viejo texto y trajo consigo reformas sustantivas en las instituciones del matrimonio, la tutela, la paternidad, la filiación y la declaración de ausencia.

A su turno, el Código Civil de 1928, vigente desde 1932, se fundó en las reformas sociales y políticas introducidas por la Revolución Mexicana y constituyó, de este modo, un nuevo factor de modernización en las relaciones familiares. Este Código contuvo notables progresos en la equiparación de la capacidad jurídica del hombre y de la mujer.

Un nuevo paso adelante se pretende dar, a la luz de las reformas que ahora se proponen.

Efectivamente, las sociedades no son organizaciones estáticas. Lo que en verdad caracteriza a la estructura social es su permanente y dialéctico dinamismo. Las modificaciones estructurales van acompañadas de cambios en la mentalidad. De ahí que aun cuando se proclama el adelanto indudable que el Código Civil vigente representa en relación con sus antecedentes en materia familiar, también se advierte que contiene aun disposiciones limitativas para la mujer, que es preciso superar con apoyo en las condiciones culturales y socioeconómicas del momento.

Como natural consecuencia de la política demográfica que el Estado mexicano despliega en la hora actual, política que tendrá expresión constitucional en el nuevo artículo quedará afianzada, en caso de que merezca la aprobación del H. Congreso de la Unión, se propone introducir un segundo párrafo en el artículo 162 a efecto de reconocer el derecho que toda persona tiene a decidir en forma libre, responsable e informada sobre el número y la frecuencia de sus hijos. Esta prevención fortalece la dimensión social de los derechos y deberes que nacen del matrimonio, epígrafe bajo el cual se halla comprendido el artículo 162.

Es fundamental la reforma que se propone al artículo 164. En efecto, al través de ella quedará afianzada, en caso de que merezca la aprobación del H. Congreso de la Unión, la igualdad entre el hombre y la mujer por lo que toca al sostenimiento del hogar, a la alimentación y a la educación de los hijos. Se trata así de que el vínculo matrimonial, libremente contraído, aparezca, con elevado sentido de responsabilidad y de solidaridad, obligaciones recíprocas y compartidas. Con ello se reconoce a la mujer, por lo demás no sólo plena capacidad jurídica, sino también amplia aptitud económica para corresponsabilizarse de la unidad familiar.

En el mismo orden de ideas, es significativa la reforma sugerida al artículo 168, a efecto de que los cónyuges resuelvan de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar y a la formación y educación de los hijos, sin un deslinde legal de tareas que hoy día resulta inadecuado. Si las condiciones actuales del desarrollo de México favorecen la incorporación de la mujer a las actividades productivas en los más diversos sectores de la función económica, el vigente artículo 168 carece ya de razón de ser.

Las ideas que rigen estas reformas se proyectan hacia otros preceptos, entre los que figuran, particularmente, los artículos 169, 174 y 175, que aluden a la igualdad entre los sexos en la participación en la vida económica y social.

Ha de notarse que los propuestos artículos 259 y 260 se sustraen a determinaciones legales excesivamente rigurosas en función del sexo y de la edad, que en numerosos casos carecen de razón de ser y contienen, en cambio, fórmulas amplias sobre el cuidado de los hijos confiando al prudente e informado criterio del Juez de lo Familiar la decisión acerca de la cuestión de los menores, tomando en cuenta las circunstancias que en cada caso concurren.

Los artículos 273 y 282, que cuentan con importantes consecuencias en el orden del procedimiento, ponen término a la vieja institución del depósito y abren la puerta, en cambio, para la simple separación domiciliaria en vísperas o con motivo de un procedimiento judicial.

En los artículos 287 y 288 campea nuevamente la idea de la igualdad, ahora en el caso de la obligación alimentaria, que existe a cargo del cónyuge culpable, en caso de divorcio, frente al cónyuge inocente.

El artículo 418 que se sugiere, y que ha de analizarse en relación con el artículo 414, pone término a la preferencia en favor de los abuelos paternos para el ejercicio de la patria potestad a falta de los padres, y confiere al juez la potestad de decidir, en vista de las circunstancias, sobre el orden en que habrá de preferirse a los parientes a que aluden las iracciones II y III del mismo artículo 414.

9. b) *El régimen civil de la propiedad y las sucesiones.* El Código organiza el régimen jurídico relativo a la propiedad, en concordancia con las disposiciones del artículo 27 constitucional que atribuye a la nación el dominio directo, inalienable e imprescriptible sobre la propiedad in-

mueble, y hace derivar la propiedad privada de aquella propiedad originaria, atribuyendo al Estado la facultad de imponer a aquélla las modalidades que dicte el interés público. De allí que el uso, disfrute y disposición de la propiedad privada, se encuentran condicionadas por el interés de la colectividad.

Introduce el concepto de "abuso del derecho" y permite al propietario el uso y disfrute de la propiedad, en tanto que no perjudique la seguridad del grupo social. Así, en los artículos 16, 840 y 1912 impide a los destinatarios de esas normas el ejercicio del derecho de propiedad en perjuicio de la colectividad, si no se obtiene con ello utilidad para el titular. No se desconoce que la propiedad privada se crea en interés del dueño, pero se armoniza ese interés con las normas constitucionales, conforme a las cuales la propiedad de los particulares está sujeta a las modalidades (limitaciones) que dicte el interés público.

Por decreto de 30 de diciembre de 1972, se reformó el artículo 951 del Código Civil, para establecer las bases legales del régimen de propiedad en condominio de departamentos, viviendas, casas o locales de un inmueble, acogiendo esta forma dominical que no se identifica con el régimen de copropiedad, de rancia tradición legislativa, puesto que bajo el régimen de condominio que el Código Civil estableció a partir de la reforma del precepto legal citado, atribuye en favor de cada condómino la propiedad de partes específicas de un edificio, destinadas al uso privado, coexistiendo este derecho con una forma de copropiedad en lo que se refiere a las partes del edificio que son de uso común.

De acuerdo con la doctrina alemana de la posesión, el Código adopta:

La teoría objetiva y exige para adquirir la posesión un poder de hecho sobre la cosa en provecho de quien la tiene; distinguiendo entre la posesión originaria de la posesión derivada. La primera proveniente de un título suficiente para dar lugar al *animus domini* y la posesión derivada que tiene el arrendatario o cualquiera que posee a nombre de otro. Así, los simples detentadores serán verdaderos poseedores y según quien tiene la tendencia de la cosa reconozca o no en otro el derecho de propiedad de lo poseído, producirá la posesión diferentes efectos, sobre todo en lo relativo a la prescripción.

Como consecuencia de esta postura se modificó el criterio para justificar la buena fe en la posesión entendiendo por ésta el haber adquirido la posesión de los bienes inmuebles de aquel que los tiene inscritos a su favor en el Registro de la Propiedad o de quien autorizado por aquél transmite esa posesión. También se presume de buena fe la posesión que se inscriba en el Registro y que se refiere a inmuebles que no están inscritos en favor de otra persona, con lo que se le da mayor importancia al registro, puesto que se le hace producir efectos jurídicos que hasta no habían sido reconocidos (Exposición de Motivos).

Aunque las disposiciones relativas a los capítulos que reglamentan el derecho de autor han sido derogadas por la Ley Federal de Derechos de Autor, debe reconocerse que los principios establecidos en el Código Civil de 1928 en este aspecto fueron el punto de partida para la redacción de aquella ley. Ya en el Código Civil, la propiedad intelectual dejó de ser considerada como un derecho perpetuo y se convirtió en un privilegio limitado de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 de la Constitución Política,

tanto porque la sociedad está interesada en que las obras o inventos de positiva utilidad entren en dominio público como porque tales obras o inventos sean aprovechados por la humanidad y los conocimientos de nuestros antecesores, por lo que no puede sustentarse que sea obra exclusiva del autor o del inventor (Exposición de Motivos).

En lo relativo al derecho sucesorio, el Código ha tratado de simplificar la transmisión de los bienes por causa de muerte. Introdujo el testamento ológrafo y estableció la posibilidad de tramitar ante notario público el juicio testamentario, después de que el juez de lo familiar haya dictado el auto de declaración de herederos, siempre que estos estén de acuerdo con ello y sean mayores de edad. Por reforma de 31 de diciembre de 1974, se modificó el artículo 1368 del Código Civil, imponiendo al testador la obligación de dejar alimentos a los descendientes menores de dieciocho años, respecto de los cuales tenga obligación legal de proporcionarlos al momento de su muerte y se amplió al concubinario el derecho para participar la sucesión de la concubina, siempre que el superviviente esté impedido para trabajar y no tenga bienes suficientes.

Debe decirse que por efecto de esta reforma, que coloca en igual situación al varón y a la mujer, se concedió derecho a alimentos a cargo de la sucesión hereditaria al concubinario varón y limitó ese derecho, lo mismo que el de la concubina, a percibirlos sólo en el caso de que el heredero esté impedido para trabajar y no tenga bienes suficientes. Igualdad jurídica del varón y la mujer.

10. c) *Las normas sobre obligaciones y contratos.* En el libro cuarto, el Código adiciona las fuentes de las obligaciones con la declaración unilateral de voluntad, junto con el contrato, el enriquecimiento ilegítimo, la gestión de negocios, los actos ilícitos y el riesgo creado.

En el capítulo relativo a la responsabilidad civil, aparece la responsabilidad de los menores e incapacitados cuando causan daño, aun cuando no se les pueda imputar culpa o dolo, por su minoría de edad o por el estado de interdicción en que se encuentran. La obligación de reparar el daño puede recaer en las personas bajo cuyo cuidado se encuentren (padres o tutores), si los custodios han incu-

ruido en culpa *in vigilando*. Debe hacerse notar que en el capítulo que se ocupa de los actos ilícitos como fuente de responsabilidad civil, se incluye la obligación de reparar el daño por el uso de objetos o mecanismos peligrosos por sí mismos, aun cuando propiamente el daño causado no provenga de una conducta ilícita sino del ejercicio de un derecho del que resulta un daño a terceros (responsabilidad objetiva).

En el capítulo relativo a la invalidez de los contratos, el Código declara la inexistencia del acto cuando falta alguno de sus elementos esenciales (voluntad, objeto física o jurídicamente posible y solemnidad), y se establece la distinción entre la nulidad absoluta (de pleno derecho) y la nulidad relativa (anulabilidades).

Este cuerpo de leyes adopta en sus disposiciones la distinción tradicional de las dos especies de nulidades; pero se separa de la doctrina clásica, porque en ésta la ilicitud en el objeto siempre debe originar la nulidad de pleno derecho; mientras que en el Código de 1928 la nulidad a que da lugar la ilicitud en el objeto motivo o fin del acto, podrá tener como consecuencia, ya sea la nulidad absoluta o la relativa, según lo disponga la ley, atendiendo a que el acto viciado de nulidad pueda o no ser confirmado o ratificado, la acción de nulidad sea o no prescriptible o atendiendo a las personas que pueden hacer valer la causa de ineficacia (teoría de Bonnecase).

Se incluyen en la parte segunda del libro cuarto, título primero, disposiciones relativas al contrato preparatorio.

Los autores del proyecto en este respecto dicen lo siguiente:

En el primer título se agruparon las disposiciones relativas a la promesa de contrato. Se autorizó que pueda asumirse contractualmente la obligación de celebrar un contrato futuro, y se fijó la naturaleza jurídica de la promesa de contrato, al establecer que ésta sólo da origen a obligaciones de hacer, consistentes en celebrar el contrato respectivo de acuerdo con lo ofrecido. Se dijo que para que la promesa de contrato sea válida, debe constar por escrito, contener los elementos característicos del contrato definitivo y limitarlo a cierto tiempo.⁸

Respecto a los contratos en particular, el Código reglamenta el mutuo, arrendamiento, comodato y depósito como contratos consensuales, modificando así la naturaleza de contratos reales con que se les conoció desde el derecho romano. Tratándose de mutuo, dispone el Código que las partes pueden fijar el interés que debe pagar el deudor y su acreedor, y cuando éste fuere de tal manera desproporcionado, que fundadamente haga presumir que se está en el caso de

⁸ "Informe dirigido al C. Oficial Mayor encargado de la Secretaría de Gobernación por la Comisión Técnica de Legislación, 15 de agosto de 1928", Ignacio García Téllez, *op. cit.*, p. 198.

lesión, el juez, teniendo en cuenta las circunstancias, puede reducir dicho interés hasta el tipo legal. Además, si las partes han estipulado un interés superior al 9% (interés legal), el deudor, dentro de los seis meses de celebrado el contrato, puede rescindirlo antes del plazo establecido, previo aviso al acreedor y pagando los intereses vencidos.

Por lo que se refiere al contrato de compraventa, se introdujo una modalidad en virtud de la cual se permite que en aquellos casos en que el comprador haga el pago en abonos, si se trata de bienes inmuebles, la falta de pago oportuno de una o varias exhibiciones dará lugar a la resolución del contrato, cláusula que podrá producir efectos contra terceros si ha sido inscrita en el Registro Público.

También se reglamenta en el contrato de compraventa la posibilidad de incluir una cláusula de reserva de dominio de la cosa vendida, hasta que su precio haya sido pagado. Esta cláusula puede producir efecto contra terceros si se inscribe en el Registro Público de la Propiedad.

En el contrato de arrendamiento se establece la prórroga forzosa, siempre que el arrendamiento esté al corriente en el pago de las rentas. Dicha prórroga será hasta por un año y el arrendador podrá aumentar la renta en un diez por ciento, siempre que demuestre que los arrendamientos en la zona han sufrido alza a partir de la fecha en que se celebró el contrato. La prórroga forzosa no tendrá lugar si el propietario quiere habitar la casa o cultivar la finca cuyo arrendamiento ha vencido.

11. *Quiebra de la autonomía de la voluntad.* Por decreto de 10 de julio de 1942, quedaron congeladas las rentas provenientes de los contratos de arrendamiento que entonces estuvieran vigentes, si se trataba de inmuebles destinados a habitación. Más tarde, por decreto de 24 de septiembre de 1943, se estableció la prórroga por tiempo indefinido de esos contratos de arrendamiento. En 5 de enero de 1945 se adicionó el decreto mencionado para prorrogar igualmente los contratos de arrendamiento de locales destinados a ciertos giros comerciales. Un decreto de 1946 confirmó la prórroga de los contratos de arrendamiento y después, el 30 de diciembre de 1947, por decreto de esa fecha, se ordenó que la prórroga forzosa de los contratos de arrendamiento y la congelación de rentas se aplicara a aquellos contratos de arrendamiento con renta mensual no mayor de \$ 300.00.

El decreto de 24 de diciembre de 1948 amplió la prórroga de los arrendamientos de inmuebles destinados a comercios e industrias y reglamentó las causas de rescisión.

La ley de 31 de diciembre de 1951 excluyó de la congelación de rentas algunos arrendamientos.

He querido citar en este trabajo las disposiciones del ejecutivo de la Unión relativas a la prórroga de los contratos de arrendamiento y a la congelación de rentas, en el Distrito Federal (y en los estados de la República en los que los gobernadores han promulgado decretos en el mismo sentido), para poner de relieve de qué manera fenómenos socioeconómicos (concentración demográfica en las grandes urbes, deterioro en el poder adquisitivo del dinero, falta de viviendas, etcétera) han dado lugar a la intervención estatal en el ámbito de la autonomía de la voluntad por razones de interés público, para proteger a las clases económicamente débiles.

No es el propósito de este trabajo analizar las consecuencias de carácter social que tales decretos han producido. Sólo interesa por ahora apuntar que, como en este caso, los nuevos hechos sociales, exigen soluciones que no pueden quedar abandonadas hoy en día a la voluntad de los particulares. El poder público debe intervenir para mantener el equilibrio social, ante el cual cede el interés privado de las partes.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, al conocer de un amparo promovido contra el decreto de 7 de julio de 1944, promulgado por el ejecutivo del estado de Nuevo León, expuso lo siguiente:

ARRENDAMIENTO EN NUEVO LEÓN, CONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO DE SIETE DE JULIO DE 1944, EN MATERIA DE.—Las disposiciones que contiene el mencionado decreto al prorrogar en beneficio de los inquilinos, los contratos de arrendamiento y prohibir que se aumente el valor de las rentas, no entrañan, en manera alguna modalidades al derecho de propiedad, pues según su naturaleza, quedan comprendidas dentro del título relativo al arrendamiento y son, en todo caso, límites a la libertad de contratar, impuestos por la ley, al arrendador. El Estado puede, en uso de su facultad soberana, fijar el régimen de los contratos, imponiendo a los particulares la observancia de ciertas reglas que determinen los derechos y las obligaciones de las partes, las formalidades que deben llenarse, etc.; y los particulares no pueden válidamente oponerse a la aplicación de esas normas, alegando que limitan sus derechos o violan su libertad de contratar, ya que el Estado las establece, tomando en consideración razones de orden público y por lo mismo, no pueden reputarse violatorias de garantías individuales ni contrarias a la Constitución.⁹

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la ejecutoria transcrita, sustenta el criterio conforme al cual, por encima de la libertad de las partes para estipular lícitamente lo que mejor convenga a sus intereses, prevalece el interés general que protege el ordenamiento jurídico y así la ley puede imponer, por razones de orden público, aquellas limitaciones a la autonomía de la voluntad, que aconseje la protección del interés social. Y es en ese sentido como se ha transformado el derecho civil. En efecto, el contrato fue el instrumento negocial por excelencia para regular los intereses individuales de las partes

⁹ Díaz de Garza, Consuelo, *Semanario Judicial de la Federación*, t. cxi, p. 1918.

en las legislaciones de tipo liberal; empero, los fenómenos socioeconómicos de la actualidad han puesto en claro que ese dispositivo jurídico desempeña una doble función: la de permitir a los particulares la realización de sus propios fines y, a la vez, la de servir de instrumento jurídico que desempeña la función de lograr el intercambio de bienes y servicios en la economía del grupo social. Cuando se ha producido un desajuste entre el interés privado de los autores del acto y los fenómenos económicos del grupo, se explica y se justifica que el Estado, en ejercicio de su facultad soberana, pueda fijar a la libertad de las partes los límites del régimen contractual, y de esta manera hacer del contrato un instrumento de coordinación de intereses, no sólo de las partes entre sí, sino armonizando el interés de éstas y del grupo social, poniendo de relieve esta confluencia (que no conflicto) de intereses que aparece o debe aparecer siempre en las relaciones que nacen del negocio jurídico.

En el derecho de familia esta tendencia se ha manifestado con parecido acento en el ejercicio de la patria potestad y de la tutela, como deberes impuestos a los padres y tutores en el ejercicio de esos cargos. El derecho de propiedad adquiere la categoría de función social y en él la materia de las obligaciones y los contratos, la responsabilidad por daños causados sin culpa, ha extendido cada vez más su campo de aplicación. Ciertamente, el Código Civil de 1928 contiene la expresión de estos principios en varias de sus disposiciones, y las transformaciones sociales ocurridas en este medio siglo de su vigencia, ofrecen la oportunidad de revisar algunos aspectos de ese cuerpo de leyes en presencia de los cambios sociales.

El derecho civil, cuyo "contenido inalienable", en expresión de Castro y Bravo es la vida del hombre, en sus relaciones comunes u ordinarias del ser humano, actuando en su propio interés o como miembro de una familia. No obstante, la vida de relación del hombre está inmersa en la sociedad que influye en las relaciones de la persona en su vida civil. El ser humano requiere de la libertad para realizarse a sí mismo, en tanto que la sociedad invoca la solidaridad de sus miembros. Armonizar la libertad y la solidaridad, la autonomía privada y la responsabilidad de los particulares, el derecho subjetivo y el deber jurídico, el ámbito de las normas permisivas y de las perceptivas, para lograr el bien común, es la tarea de una reforma que está por llevarse al cabo en el derecho civil moderno.

Es este un problema que toca resolver al legislador y en este respecto conviene citar los conceptos expresados por los redactores del Código Civil del Estado de Morelos de 1946:

Asumimos la responsabilidad del encargo, no obstante su trascendencia, confiados en que nuestra obra —como ha sido y como de distinta manera no hubiera podido ser—, habría de inspirarse y tomar su apoyo en acervos de cultura y experiencia jurídicas de valor y solidez incalculables; la doctrina, la jurisprudencia y la legislación sobre las instituciones civiles, que, por constituir los esquemas normativos de las comunes actividades del hombre, arrancan su origen desde muy allá de las épocas históricas y en todo tiempo han sido objeto de estudio y polémica, sometidas a un interminable proceso de adecuación precisa a su medio social propio.

Estos remotísimos orígenes del derecho civil explican que entre las múltiples del derecho —genéricamente hablando—, esta rama sea la que cuente con instituciones más claras, de mayor permanencia, de más vasta generalidad. A pesar de diferencias circunstanciales, en el derecho civil se descubre más perceptiblemente el contenido universal de todo derecho: intereses humanos cuya eventual contraposición se resuelve en orden a la seguridad y a la justicia.¹⁰

12. *La influencia del fenómeno demográfico sobre el derecho de propiedad. Nuevas ideas sobre la propiedad inmueble. Las leyes de desarrollo urbano.* Esta trayectoria que ha seguido el derecho civil en busca del equilibrio del interés de la colectividad y de la libertad humana, aparece también en el régimen jurídico del patrimonio. Sólo quiero referirme, por ahora, a la manera como ha influido el fenómeno demográfico sobre el derecho de la propiedad de los particulares.

Dos leyes de reciente promulgación, con diferentes ámbitos geográficos de aplicación, pero coincidentes en sus propósitos de ordenación urbanística: la Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal de 30 de diciembre de 1975 y la Ley General de Asentamientos Humanos de 20 de mayo de 1976, tienden a establecer el equilibrio de aquellos intereses en el crecimiento de las grandes urbes, donde se han concentrado grandes núcleos de población, con grave daño a la vida y salud de sus habitantes. Para ello fue necesario que previamente se reformaran los artículos 27, 13 y 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En la exposición de motivos que el presidente de la República acompañó a la iniciativa de ley, se expresa:

La problemática urbana difícilmente podría quedar limitada a la atención de uno de los niveles de gobierno por los múltiples elementos, materias y atribuciones que concurren a la misma, lo que queda de manifiesto al revisar la distribución de competencia del sistema federal mexicano, en el que encontramos que la Federación ejerce facultades decisivas en dicho desarrollo, pero de la misma manera los gobiernos de las entidades federativas y los ayuntamientos realizan acciones que condicionan las posibilidades del crecimiento urbano.

Sólo mediante planes elaborados y ejecutados por la Federación, los gobiernos de las entidades federativas y los ayuntamientos, de acuerdo con sus respectivas competencias y con una perspectiva semejante, podrá lograrse la ordenación de los centros urbanos de población, así como aprovechar al máximo los recursos de que dispone el país.

Dicha planeación y regulación parte de la facultad que tiene la nación, en los tér-

¹⁰ "Preámbulo de la Exposición de Motivos del Nuevo Código Civil del Estado de Morelos de 1946", Rafael Rojina Villegas y José Rivero Pérez Campos, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, t. VIII, julio-septiembre, 1946, núm. 31, p. 127.

minos de la Iniciativa de Reforma de Adiciones a la Constitución antes enunciada, para dictar las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos, y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, a efecto de fundar, conservar, mejorar y dar cauce al crecimiento de los centros de población, y al propósito constitucional de regular el aprovechamiento de todo los recursos por la comunidad, con un sentido de beneficio social, a fin de lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de sus habitantes.

Esas leyes, así como las que en las entidades de la Federación, dentro del ámbito de su competencia, se han promulgado y se promulguen en lo futuro en los estados de la misma Federación y las medidas administrativas que en ejecución concreta aquellos ordenamientos dicten las autoridades municipales, afectan sin duda, el uso, disfrute y libre disposición de los bienes sujetos a propiedad privada. En efecto, el ejercicio de esos derechos, tradicionales atributos de la propiedad, ha quedado sometido a las modalidades constitucionales, legales y administrativas que se dicten de acuerdo con los planes y programas previstos en materia de ordenación urbana, cuyo fin último es mejorar las condiciones de la vida civil, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación y el desarrollo equilibrado de los centros de población del país. Al mismo tiempo, por medio de esas disposiciones se busca regular el mercado de inmuebles destinados a la habitación popular y, en general, los contratos y convenios sobre inmuebles. Los artículos 2º y 8º de la Ley de Asentamientos Humanos sancionan, con la nulidad absoluta, los actos y contratos violatorios de sus disposiciones por ser éstas de interés público.

Es importante, en este aspecto del derecho civil, que se refiere al régimen de la propiedad privada, citar a la letra el artículo 35 de esa ley, que dice:

Artículo 35.—La determinación de las provisiones, usos y reservas y destino de tierras, aguas y bosques, son inherentes a la utilidad pública y al beneficio social, que caracterizan la naturaleza jurídica del derecho de propiedad, de acuerdo con lo previsto en el párrafo tercero del artículo 27 constitucional y con el artículo 830 del Código Civil para el Distrito Federal en materia de orden común y para toda la República en asuntos de orden federal.

En la exposición de motivos, podemos leer:

En México, el Constituyente de Querétaro, al plasmar en el artículo 27 constitucional el fundamento jurídico social de la propiedad en nuestro país, creó la piedra angular sobre la que descansa con eficacia reguladora la nueva estructura nacional. De esta manera, en atención al dominio originario que sobre las tierras y aguas ejerce la nación, se instituye la facultad del Estado para imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés político, configurándose así la función social de la misma.

En aras de esta función social, el artículo 27 de nuestra ley fundamental coloca a la

propiedad privada en situación tal, que no debe constituir un obstáculo para la solución de las ingentes necesidades de una población que en razón de su crecimiento, va planeando crecientes demandas sociales.

Acorde con ello, y a fin de ordenar a los asentamientos humanos se establece la función política de regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros urbanos de población. Para dichos efectos de determinación las provisiones, usos y reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, con apego a la utilidad pública y al beneficio social, que caracterizan la naturaleza jurídica del derecho de propiedad, de acuerdo con lo previsto en el párrafo tercero del Artículo 27 constitucional y con el artículo 830 del Código Civil para el Distrito Federal en materia del orden común y para toda la República, en asuntos del orden federal.

13. *Panorama bibliográfico.* La bibliografía mexicana sobre derecho civil, durante el presente siglo, se inicia con el libro que Ricardo Couto publica en el año de 1919 bajo el rubro *Derecho civil mexicano* en tres volúmenes. Se trata de un comentario exegético del Código Civil de 1884, para el Distrito y Territorios Federales, que alcanzó en su época gran divulgación en el foro y en la judicatura mexicana. No obstante la buena calidad de la obra, en las escuelas de jurisprudencia los libros que servían de guía a los profesores de derecho civil en la cátedra eran generalmente textos franceses. Muchas generaciones de estudiantes de aquella época conocieron esta rama del derecho, en el *Tratado elemental de derecho civil*, del ilustre profesor francés Marcel Planiol.

En el año de 1939, el venerable profesor de la cátedra de obligaciones y contratos en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, publica el primer tomo de su *Teoría general de las obligaciones*. El segundo volumen apareció en 1944. La importancia de la obra del maestro Borja Soriano, fruto de los muchos años de docencia, aparte su valioso contenido, radica en que empleando un método científico y no exegético, analiza la teoría de las obligaciones conforme a nuestro derecho positivo. Explica las instituciones, en relación con el Código Civil de 1884, ya abrogado entonces en el Distrito Federal y que seguía en vigor en muchos estados de la República, y a su vez estudia y comenta el Código de 1928 que entró en vigor en el Distrito y Territorios Federales en el año de 1932. Ése es otro mérito indiscutible de este importante trabajo académico.

En la década de los años treinta, los estudios jurídicos en México recibieron un gran impulso al incorporarse a nuestras universidades y centros de investigación notables juristas españoles que emigraron de su patria para radicarse en México. En esa inmigración vinieron al país distinguidos científicos del derecho, especialistas en diversas ramas así internacionalistas, procesalistas, penalistas, civilistas y mercantilistas. No necesito mencionar los nombres de cada uno de ellos, me basta señalar las ramas del derecho en que laboraron en México,

para que acudan a la mente de los estudiosos mexicanos del derecho los nombres de aquellos profesores a quienes pretendo aludir.

Y como este trabajo se refiere al derecho civil, he de citar únicamente el nombre de Felipe Sánchez Román, civilista insigne que al establecerse los estudios de posgrado en la Facultad de Derecho impartió magistralmente la cátedra de derecho comparado, y aunque su obra maestra sobre derecho civil ciertamente no fue publicada en México sino en España, con antelación a su incorporación a nuestro medio jurídico, se debe a los empeños del doctor Felipe Sánchez Román la fundación del Instituto de Derecho Comparado en México, que ahora bajo el nombre de Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM cumple con acierto la importante labor de organizar la investigación en el campo del derecho, mantener en forma regular y constante la publicación periódica del *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* y propiciar la formación de las nuevas generaciones de investigadores del derecho. En lo que se refiere al derecho civil, algunos investigadores del Instituto han contribuido a los estudios sobre este tema.

Trabajando aisladamente, otros cultivadores de esa disciplina civilista han contribuido también con su esfuerzo al estudio y desarrollo del derecho civil en nuestro medio.

No trato de agotar el elenco de obras de doctrina civilista publicadas en revistas jurídicas; sólo mencionaré aquellas obras generales que sobre esta rama del derecho se han dado a la estampa en México, a partir de 1940.

Rafael Rojina Villegas, distinguido civilista mexicano, muchos años profesor de la materia en la Facultad de Derecho de la UNAM y después ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuya reciente desaparición todos lamentamos, publica en 1949, en 6 tomos, que constan de 10 volúmenes, *El derecho civil mexicano* y más tarde, en 1962, el *Compendio de derecho civil mexicano* en cuatro tomos. El *Compendio* es uno de los textos que se consultan en la actualidad por los estudiantes de los cursos de derecho civil.

Luis Muñoz ha publicado *Comentarios al Código Civil para el Distrito y Territorios Federales*, en 1946, y en el año de 1971, en cuatro tomos, *Derecho civil mexicano*.

Rafael de Pina Milán en 1956 da a la estampa *Elementos de derecho civil mexicano* en cuatro volúmenes. Comprende el estudio de todas las instituciones de esta rama del derecho.

Antonio de Ibarrola, en 1957, *Cosas y sucesiones*.

Leopoldo Aguilar Carvajal publica en 1960 *Bienes, derechos reales y sucesiones*, y en 1964, bajo el título *Contratos civiles*, un estudio

sobre la materia conforme al derecho positivo mexicano tomando como base para ello el Código Civil para el Distrito Federal de 1928.

Benjamín Flores Barroeta publica en 1960 sus *Lecciones de primer curso de derecho civil*. Esta obra contiene los apuntes de cátedra revisados por su autor, sobre el curso de introducción, derecho de personas y familia.

En el año de 1961, Ernesto Gutiérrez y González publica su obra *Derecho de las obligaciones* y en 1971 *Patrimonio pecuniario y moral o derecho de la personalidad*.

En edición de la Asociación Nacional del Notariado, A. C., el licenciado Francisco Lozano Noriega publica *Cuarto curso de derecho civil. Contratos*, 1970.

En el año de 1972, Ramón Sánchez Medal da a conocer su obra *Los contratos civiles. Teoría general del contrato. Contratos en especial. Registro público de la propiedad*.

Ignacio Galindo Garfias, 1973, publica su obra *Derecho civil. Primer curso. Introducción, personas y familia*.

Monografías

Julio López de la Certa, *Estudio de la responsabilidad civil proveniente de daños*, 1940.

Oscar Morineau, *Los derechos reales y el subsuelo en México*, 1948 y *la Posesión*, 1951.

Raúl Ortiz Urquidi, en 1955, da a la estampa su obra *Matrimonio por comportamiento*.

Panorama de la legislación civil en México por Antonio Aguilar y Gutiérrez y Julio Derbez Muro, en 1960.

He de mencionar también como obra monográfica la tesis de licenciatura que publicó el licenciado Manuel Borja Martínez en 1957, *La propiedad de pisos y departamentos en derecho mexicano*.

Jorge Mario Magallón, en 1965, publica el *Matrimonio. Sacramento, contrato, institución*.

En ese mismo año, Néstor de Buen Lozano da a la imprenta la *Decadencia del contrato*.

Antonio Aguilar y Gutiérrez publica en el año de 1967 *Bases para un anteproyecto de Código Civil uniforme para toda la República* (parte general, derecho de la personalidad, derecho de familia).

Jorge Barrera Graff, en 1967, da a conocer *La representación voluntaria en derecho privado* (representación de sociedades). En la primera parte de su obra se ocupa extensamente de los elementos y

caracteres de la representación directa e indirecta, su distinción con negocios afines, la representación voluntaria unilateral, etcétera. En la segunda parte, hace un estudio de la llamada representación orgánica en las sociedades, con particular referencia a las sociedades mercantiles. Es, pues, una labor de investigación que en gran parte analiza la representación desde el punto de vista civil. Por esta razón la incluyo en esta mención a la doctrina civilista mexicana.

14. *Un comentario final.* Las obras generales que sobre derecho civil se han publicado en México durante el siglo que corre, tienen en su mayor parte fines didácticos. Sus autores han llevado al cabo un esfuerzo loable para explicar, de acuerdo con el derecho positivo de nuestro país, los conceptos, la estructura y la función de las instituciones de que se ocupan. Propiamente exponen el derecho civil conforme al Código de 1928 para el Distrito Federal considerado como un todo orgánico. Han contribuido ciertamente a la formación y al desarrollo de la cultura jurídica, por ser obras destinadas fundamentalmente a la cátedra.

Las monografías, sin duda, constituyen una fuente importante de información para los investigadores. Infortunadamente las revistas jurídicas en México no tienen la difusión que fuera de desear, a pesar de que los estudios sobre esta rama del derecho se publican cada vez en mayor número.

Del análisis que he pretendido llevar al cabo, aparece que en los últimos años el Código Civil ha sido reformado frecuentemente en algunos aspectos, aunque no siempre esas modificaciones hayan sido acertadas. Esta actividad legiferante se ha hecho sentir también en las leyes administrativas, que han influido en la transformación del derecho civil en México.

La doctrina civilista (que no se deja llevar fácilmente por el afán de novedades) parece ir a la zaga de esa impetuosa corriente renovadora. Sin embargo, no debo dejar de reconocer que existe un cierto desnivel o desajuste entre los cambios sociales, las reformas legislativas y las obras doctrinales de investigación. A esta última actividad corresponde señalar los rumbos de la obra legislativa, siquiera sea para no reformar la ley en aquella parte que se refiere a instituciones que socialmente no requieren ser modificadas en su estructura, sino acaso sólo en ciertas particularidades.

Para concluir esta exposición, podríamos apuntar las siguientes áreas como centros de atención en las transformaciones que requiere el derecho civil: a) la *autonomía privada*, que exige una justa adecuación entre la libertad individual y la actividad del Estado, al fin de lograr una coordinación entre la actividad de los particulares y la del poder

público; *b*) la naturaleza y la estructura de la *propiedad privada*, en relación con los derechos y las obligaciones, las facultades y los deberes que en la vida moderna asume el propietario en interés de la persona y, a la vez, de la sociedad; *c*) el papel que desempeña la *responsabilidad civil* en la actualidad, como fuente de obligaciones, en particular la responsabilidad objetiva; *d*) la importancia que ha adquirido el concepto de *deber jurídico*, en la dogmática y en la dinámica del derecho civil y, como consecuencia, la preponderancia que asume el concepto de *situación jurídica*, sobre la idea de relación jurídica considerada aisladamente, atendiendo a la interdependencia que existe entre aquel concepto y el complejo de relaciones jurídicas que surgen en el mundo moderno.

Los resultados que se obtuvieran de una indagación sobre la evolución de esos conceptos, podrían conducirnos a precisar mejor cuál es el sentido de esa transformación dentro del sistema del derecho civil positivo, el contenido actual de lo que se ha llamado derecho privado social, en el cual prevalece el principio de coordinación de intereses de los particulares, de manera que no se opongan al del grupo social o interés público que es en síntesis el bien de la comunidad.

Así ha venido ocurriendo últimamente en la institución del contrato, en la propiedad y en la responsabilidad por la reparación de daños causados a terceros en ausencia de culpa y todavía con mayor claridad en la obligación de reparar esos daños por el hecho de las cosas con independencia de la actividad del propietario.

El proceso de cambio en el derecho civil en el siglo xx presenta una distinta fisonomía, frente a lo que ocurrió en la evolución de nuestra disciplina en el siglo xix. En efecto, mientras en la pasada centuria la labor codificadora fue el punto de partida de esa evolución doctrinaria y jurisprudencial, y en otras ramas del derecho, particularmente en el derecho laboral y administrativo, jurisprudencia y doctrina partían de los fenómenos de la realidad viva, en la creación y aplicación de la norma jurídica (fuentes reales). En los setenta y cinco años transcurridos del presente siglo, la labor de los civilistas ha seguido el cauce de las otras ramas del derecho, para atender cada vez más a los datos que ofrece la sociología jurídica, la economía y otras disciplinas sociales.

Los cambios que se produzcan en el derecho civil apuntan hacia una búsqueda de los orígenes reales de la norma, volviendo así a la naturaleza original de esta rama del derecho, que siempre ha pretendido el sistema normativo de la conducta del hombre en sus relaciones como en tanto ser humano, que vive en el seno del grupo social. De

esta manera, entendiendo el sentido de la evolución que ha tenido lugar en el derecho civil del individualismo codificado hacia el derecho civil humanizado; es decir, como derecho privado social.

1. Premisa.
2. La responsabilidad patrimonial contractual en general.
3. Las condiciones generales de contratación y el orden público económico.
4. La relación genética y la relación funcional del contrato.
5. Los límites de la voluntad de los contratantes.
6. Breve referencia al derecho extranjero.
7. Contratos traslativos.
8. Contratos de depósito.
9. Contratos de transporte.
10. Transporte marítimo.
11. La Ley Federal de Protección al Consumidor.
12. La distinción entre los principios y la función del contrato.
Su aplicación a las condiciones generales de contratación.

CLAUSULAS QUE LIMITAN O EXCLUYEN LA RESPONSABILIDAD EN LAS CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN

SUMARIO: 1. Premisa. 2. La responsabilidad patrimonial contractual en general. 3. Las condiciones generales de contratación y el orden público económico. 4. La relación genética y la relación funcional del contrato. 5. Los límites de la voluntad de los contratantes. 6. Breve referencia al derecho extranjero. 7. Contratos traslativos. 8. Contratos de depósito. 9. Contratos de transporte. 10. Transporte marítimo. 11. La Ley Federal de Protección al Consumidor. 12. La distinción entre los principios y la función del contrato. Su aplicación a las condiciones generales de contratación.

1. *Premisa.* Previamente, es necesario precisar lo que aquí se entiende por "condiciones generales de contratación" distintas en su connotación a las "cláusulas generales del contrato", aunque existe una relación entre aquellas condiciones y estas cláusulas.

No es el propósito de estas breves notas discutir acerca de la naturaleza de las reglas generales de contratación y el origen de su fuerza obligatoria, ya sea que se considere que estas cláusulas del contrato participen de las características del derecho objetivo de manera semejante a los usos o costumbres mercantiles,¹ ya sea que se considere que la fuerza obligatoria de esas cláusulas surja de la voluntad de las partes, en la medida en que éstas han convenido en insertarlas expresa o tácitamente en el cuerpo del contrato que celebren.²

Podemos decir que son "condiciones generales" aquellas reglas contractuales (no propiamente estipulaciones que incluidas o no en las cláusulas del contrato) que se sustituyen a la voluntad de las partes. Es indiferente que estas reglas sustituyan a la voluntad de uno o de ambos contratantes. Al respecto, siguiendo la opinión del profesor M. García Amigo³ "son condiciones generales de contratación todas aquellas no pactadas en el caso concreto, ya se hayan recogido en el documento singular en que se materializa el contrato particular, ya se limite el documento a señalar su existencia. Pero en todo caso

¹ Garrigues, J., *Curso de derecho mercantil*, Madrid, 1962, t. I, pp. 101 y 102.

² Castro y Bravo, Federico de, *Derecho civil en España*, Madrid, 1955, t. I, p. 373.

³ *Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1969, p. 132.

han de estar como mínimo mencionadas en dicho contrato, pues de lo contrario no forman parte integrante del mismo."⁴

El párrafo primero, párrafo 1, de la Ley de la República Federal Alemana, para la regulación del derecho de las condiciones generales del negocio las define como "todas aquellas condiciones que forman parte del contrato, previamente formuladas, para una serie indeterminada de contratos y con una de las partes (predisponente) propone a la otra en la conclusión de un contrato. Es indiferente la circunstancia de que dichas estipulaciones forman una parte separada del documento contractual o que están recogidas en el mismo punto que fue su extinción, en qué tipo de documento están recogidas o qué forma tenga el contrato.

Quedan incluidos en este concepto los contratos uniformes (*standard contracts*) del derecho norteamericano o contratos tipo que se apartan del concepto tradicional del contrato, pero que tampoco coinciden en el concepto de contrato de adhesión; porque si bien es verdad que en ellos el acuerdo de voluntades se forma porque una de las partes se adhiere al conjunto de cláusulas previamente redactadas por el otro contratante o por una organización de personas, esto no constituye la característica o diferencia específica de tales condiciones, sino que, como lo establece el artículo primero de la ley israelita de 1964, dichas cláusulas o condiciones "han sido: 1º Establecidas previamente, 2º Rigen para la persona que suministra el bien o servicio y 3º Se aplican a una pluralidad de contratos entre el suministrador y personas indeterminadas".^{5 6}

⁴ García Amigo, Manuel, "Consideraciones en torno a la teoría de las condiciones generales de los contratos y de los contratos por adhesión", *Revista de Derecho Español y Americano*, Instituto de Cultura Hispánica, núm. 7, p. 122, nota 14. En la doctrina hispanoamericana se ha resumido la situación del problema en la siguiente manera: "1. El contrato de adhesión no es una categoría autónoma de derecho común. 2. La adhesión es tan sólo una forma de expresar el consentimiento en cualquiera de los contratos conocidos. 3. El hecho de que el consentimiento se presenta por adhesión no basta para destruir al acto su carácter contractual. 4. El consentimiento prestado por adhesión resulta de fenómenos económicos y sociales que exigen esa modalidad técnica. 5. Sólo apreciando la intensidad del fenómeno es posible establecer en cada hipótesis si el contrato subsiste o desaparece. 6. Cuando se ejerza sobre una parte por virtud de un monopolio de hecho o de derecho, una prestación incoercible que conduzca sin alternativa a admitir determinada oferta no puede hablarse de contrato, ni siquiera de adhesión porque se está frente a una situación de hecho incapaz de configurar cualquier categoría jurídica voluntaria". (Consúltese Resolia, *Problema y crisis del contrato*, Buenos Aires, 1958, p. 150.)

⁵ García Amigo, Manuel, *op. cit.*, p. 93. Pero ¿hay realmente base jurídica para un tratamiento especial de los contratos celebrados a condiciones generales?, o, si se quiere, ¿no pueden resolverse los problemas, tales condiciones generales con las normas que ofrecen los códigos privados vigentes; es decir, con la dogmática de la teoría general de los contratos tradicionales?

⁶ Spiro, Erwin, "Standard terms a recent enactment of West Germany", *The Com-*

2. *La responsabilidad patrimonial contractual en general.* La limitación o exclusión de la responsabilidad por incumplimiento total o parcial de las obligaciones contraídas por las partes no se presenta como problema que se origine o derive sólo de las condiciones generales de contratación; se presenta o puede presentarse también en los contratos en que los otorgantes pactan libremente las cláusulas del contrato, mediante la discusión de cada una de las estipulaciones convenidas. En este caso, el contrato no se celebra conforme a las reglas establecidas en tales condiciones, empero, las cláusulas que modifican el régimen jurídico ordinario sobre responsabilidad contractual en favor de una de las partes, las cláusulas impresas que aparecen comúnmente en los llamados contratos tipo y que alteran el equilibrio de las prestaciones y las estipulaciones que se refieren a la renuncia del fuero para la interpretación del contrato, han sido el origen de las condiciones generales de contratación, al quedar incorporados a un régimen o sistema de cláusulas predispuestas, podríamos llamarles "prefabricadas", para instalarse en un conjunto indeterminado de contratos que se celebren en lo futuro.⁷

El profesor Constantino Simantiras, de la Universidad de Tesalónica, en la ponencia presentada en el IX Congreso de Derecho Compa-

parative and International Law Journal of Southern Africa, nov. 17, vol. x, núm. 3, p. 315. "Definición: las condiciones generales de contratación (*standard terms*) son cláusulas redactadas previamente en relación con contratos de cierta clase particular a las que el estipulante sujeta el contrato que celebra con otra parte; no importa si aquellas cláusulas se hallan contenidas en el contrato o en documento por separado ni se han otorgado de acuerdo con determinada formalidad. Estas cláusulas sólo forman parte de cada contrato, si el estipulante las hace conocer al aceptante están viciadas de nulidad absoluta las siguientes cláusulas: 1. Las que permiten aumentar el precio mínimo. 2. Las que limitan el derecho de retención. 3. Las que restringen el derecho de terminar el contrato. 4. Las que establecen determinados requisitos de la demanda. 5. Las que establecen una suma excesiva como compensación por daños. 6. La cláusula penal. 7. Las que excluyen o limitan la responsabilidad por culpa grave. 8. Las que excluyan y restrinjan la responsabilidad por mora del deudor. 9. Las que excluyan la garantía por vicios ocultos. 10. Las que establezcan periodos excesivos para continuar obligadas las partes. 11. Las que impongan responsabilidad a cargo del representante de la otra parte. 13. Las que impongan requisitos rigurosos para informar al estipulante o a terceras personas."

⁷ Houdius, Ewoud H., *The American Journal Comparative Law*, vol. xvi, october, 1978, núm. 4, p. 25: *Cláusulas inequitativas en los contratos: nuevos sistemas de control.* "En 1970, cuando Vera Bolgar publicó en esta revista su ponencia que presentó en Pescara sobre contratos de adhesión, sólo Italia, entre los países europeos, había legislado sobre contratos tipo en su Código Civil, posteriormente Suecia en 1971, el Reino Unido en 1973, la República Federal Alemana en 1976, Francia y Finlandia en 1978, legislaron en esta materia. Algunas otras naciones como Austria, Bélgica, Luxemburgo, los Países Bajos y Noruega han sometido al parlamento proyectos legislativos... a nivel internacional el Consejo de Europa (Estrasburgo) una resolución sobre contratos inequitativos."

rado, celebrado en Teherán, Irán, en mayo de 1974 (sección II.A.2) "La validez de las cláusulas de no responsabilidad o limitativas de responsabilidad", dice:

Se entiende generalmente como cláusulas de no responsabilidad... aquellas que contenidas en los contratos tienen por objeto suprimir la responsabilidad en que incurriría cada una de las partes en caso de incumplimiento... en cambio son cláusulas limitativas de responsabilidad las que se refieren no solamente a una limitación cuantitativa del importe de los daños y perjuicios, sino también las que conciernen a las causas que ordinariamente no liberan al deudor de su responsabilidad, por ejemplo, la culpa leve o ciertas especies de daños (en inglés: *limitation causes* que contemplan también el caso para reglamentar daños y perjuicios que exceden el límite fijado cuando se presentan ciertas condiciones previstas en la cláusula), cuando la estipulación se refiere no al derecho de la reparación, sino a la evaluación de su importe, es decir, cuando los contratos fijan previamente (en cifras o porcentaje) un límite máximo (o como se dice comúnmente un techo) del importe de los daños y perjuicios, en manera que la víctima del daño no puede reclamar mayor suma que la estipulada aunque el importe de éste sea mayor.⁸

3. *Las condiciones generales de contratación y el orden público económico.* Las condiciones generales de contratación, ya sea que se presenten como contratos tipo o como conjunto de cláusulas o normas generales a las que habrán de adaptarse los contratos individuales que habrán de celebrarse, tienen en común el hecho de que su fuerza normativa proviene de un elemento exterior al contrato que se impone a una de las partes o a ambas. Así, su imperatividad no toma su origen en la soberanía del Estado, como ocurre en el derecho legislado, sino que se origina en el poder económico de una de las partes o de un grupo que goza de preponderancia económica y que establece de cierta manera una autorregulación de sus intereses contractuales.

Conviene señalar que en un orden jurídico liberal, la autorregulación de los intereses de las partes se encuentra limitada por:

- a) Los elementos esenciales del contrato, que quedan sustraídos a la voluntad de las partes;
- b) El orden público (ilicitud de la causa o del objeto);
- c) La naturaleza jurídica y la función instrumental de cada contrato en particular, que no puede ser desvirtuada por voluntad de los contratantes (simulación, actos de fraude de acreedores, etcétera).⁹

⁸ Simantiras, Constantino, "La validité des clauses de non-responsabilité ou limitatives de responsabilité", en *Revue hellénique de droit international*, año 28, núms. 1-4, 1975, pp. 106-126.

⁹ Esta opinión parece hallar su fundamento legal en el derecho mexicano, en lo dispuesto por el artículo 1854 del Código Civil del Distrito Federal que dice: "Las cláusulas de los contratos deben interpretarse las unas por las otras atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas."

Dentro de estas limitaciones, las partes pueden establecer contractualmente las normas que juzguen pertinentes en protección de sus intereses privados. Podría entonces aceptarse sin más la validez de las cláusulas limitativas o excluyentes de responsabilidad civil, por incumplimiento del contrato.¹⁰

De inmediato se presenta la primera observación, sustentada de antiguo por la jurisprudencia francesa y seguida uniformemente por la doctrina, en el sentido de que no pueda excluirse la responsabilidad, cuando el cumplimiento del contrato obedece a dolo de una de las partes. Así lo dispone el artículo 2006 del Código Civil del Distrito Federal: "La responsabilidad proveniente de dolo es exigible en todas las obligaciones, la renuncia de hacerla efectiva, es nula."^{11 12}

Este principio se relaciona con la disposición que enuncia el artículo 1797 del Código Civil del Distrito Federal, y dice: "La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de los contratantes."

Por otra parte, el artículo 1839 consagra el principio de la libre estipulación contractual diciendo: "Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieren a requisitos esenciales del contrato o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley."

El orden público establece una limitación a la autonomía privada: las estipulaciones contrarias a la buena fe de los contratantes, aquellas que rompan el equilibrio de las prestaciones, son normas protectoras.

¹⁰Artículos 89, 1827, 1830 y 1831 del Código Civil del Distrito Federal.

¹¹ Colín y Capitant, *Curso elemental del derecho civil*, trad. de la 2ª ed. francesa, Madrid, 1960, t. III, "Teoría general de las obligaciones", p. 31: "La liberación de estas últimas es admitida, la del dolo y la culpa grave, *oequipollens*, es, por el contrario, rechazada (Civil., 15 de marzo de 1876, D.P. 76.1.499, S. 76.1.377 nota de M. Labbé). Esta distinción es en sí misma muy razonable. Si es admisible de que se cometa una falta ordinaria que impida o retarde el cumplimiento de su obligación no puede englobar en esta irresponsabilidad el caso en que cometa una falta grave. El deudor debe aportar un *minimum* de precaución y de atención en el cumplimiento de su obligación, y no debe permitírsele que se libre de ellas. Y, por lo que se refiere al dolo, es decir, a la culpa intencionada de obligarse reservándose la facultad de abstenerse voluntariamente de cumplir la obligación sería un acto irrisorio, que quedaría destruido por la nulidad establecida por la ley contra las obligaciones puramente potestativas (artículo 1.174.)"

¹² García Amigo, Manuel, *op. cit.*, p. 122: "Podemos afirmar que del examen de los caracteres señalados por la doctrina como típicos de los contratos establecidos por adhesión a las condiciones generales formulados preventiva, unilateral o bilateralmente se deduce que tales contratos no constituyen una categoría 'A.C.' que requirieran una disciplina distinta de los demás contratos. Tales características son metajurídicas, precontractuales o meramente sociológicas y las que pudieran tener relevancia jurídica no son exclusivas de tal pretendido tipo de contratos, sino que son o pueden ser comunes en todo negocio mercantil."

de un contratante frente al otro, y por lo mismo carecen de validez jurídica (caso típico de la lesión prevista en el artículo 17 del Código Civil del Distrito Federal).

El profesor García Amigo, al comentar la Ley de la República Federal Alemana, "por regulación del derecho de las condiciones generales del negocio", expone lo siguiente sobre el precepto de condiciones generales de contratación:

La evolución sociopolítica de los países industrializados, con la penetración de la idea social en los ordenamientos jurídicos tradicionales —basados fundamentalmente en la idea individual, cuando no individualista— produce una serie de actuaciones legislativas que inciden en las instituciones básicas del derecho privado patrimonial; así ha ocurrido en materia de propiedad, con la imposición legal de límites negativos a su ejercicio (función social negativa) y aun de obligaciones positivas de hacer (función social positiva); así sucede también en materia contractual, sea por la vía de los contratos particulares —trabajo, arrendamiento, etcétera—, sea por el camino de la teoría general de contratación: generalmente, actuando sobre la autonomía de la voluntad delegada por el ordenamiento jurídico a los particulares para que autorregulen sus relaciones contractuales, imponiendo una regulación de carácter imperativo absoluto o relativamente inderogable en perjuicio de una de las partes contratantes, considerada como más débil en una perspectiva socioeconómica. Estas limitaciones a la autonomía de la *volunda* —vehículo de expresión jurídica para el sistema económico de la libre empresa— buscan una protección eficaz para los más, numéricamente hablando, defendiendo una igualdad sustantiva deteriorada por una libertad formal ilimitada.

En este orden de cosas se enmarca la reciente ordenación —última manifestación, por ahora, de esta normativa— del fenómeno comercial de las condiciones generales de los negocios, que ha entrado en vigor el uno de abril de 1977 en la República Federal Alemana: se trata de la "Ley para la Regulación del Derecho de las Condiciones Generales del Negocio" (*Abgesetz*).¹³

Teniendo en cuenta lo expuesto, hasta qué punto son válidas las cláusulas que excluyen la responsabilidad del deudor en el caso de incumplimiento.

4. *La relación genética y la relación funcional del contrato.* Siguiendo la terminología usada por Messieno, llamamos "relación genética" (que nace al quedar perfeccionado el contrato) a la que surge del contrato y "relación funcional" que surge en el momento de la ejecución del contrato. La responsabilidad civil por incumplimiento nace en el momento en que se rompe la relación funcional del contrato, es decir, cuando no ha podido llenar su función instrumental. Esto se explica por la función económica del contrato, para la realización de los intereses de cada una de las partes.

En cuanto el incumplimiento rompe esa relación funcional, el interés jurídico del acreedor no se satisface (total o parcialmente) y por lo tanto sufre un detrimento patrimonial, es decir, resiente un daño.

En el caso de que el incumplimiento no sea imputable al obligado

¹³ García Amigo, Manuel, "Ley alemana occidental sobre condiciones generales", *Revista de derecho privado*, Caracas, mayo, 1978, p. 384.

(por caso fortuito o fuerza mayor) el deudor debe reparar el daño que sufre el acreedor. Surge la responsabilidad civil a cargo del deudor, cuando el incumplimiento se debe a dolo o culpa del deudor.

Se pone así de relieve la distinción que señala Brinz entre el deber jurídico de cumplir una determinada obligación y el poder coactivo para hacerla ejecutar.

Que el incumplimiento sea imputable al deudor significa que el deber jurídico de satisfacer el interés del acreedor ha sido violado, puesto que este deber subsiste en el momento del cumplimiento del contrato. Que el incumplimiento no sea imputable al deudor significa que por causas imprevisibles o irresistibles (caso fortuito o de fuerza mayor), a pesar de que pueda haber voluntad de cumplir, no es posible la ejecución de la prestación por causas ajenas a la voluntad del obligado.

En la medida en que la violación de deber de pagar es susceptible de engendrar la responsabilidad del deudor, ese deber se convierte en obligación jurídica, porque el obligado puede ser "constreñido" (recordando la definición de Ulpiano) a ejecutar —coactivamente, si fuere necesario— la prestación prometida en el contrato. La deuda sin responsabilidad no trasciende del ámbito de las obligaciones naturales, en tanto que el cumplimiento de las obligaciones legalmente contraídas (obligaciones jurídicas propiamente hablando) no pueden quedar al arbitrio de una de las partes (artículo 1797 del Código Civil del Distrito Federal).

La función del contrato es la satisfacción del acreedor a través del pago, y si éste sólo pudiera ser obtenido por medio del cumplimiento voluntario, si la relación contractual no es coercible, no estamos en presencia de una obligación jurídica en el sentido técnico de la palabra.

5. *Los límites de la voluntad de los contratantes.* Siguiendo el curso de la exposición, a este punto es preciso dilucidar si el acuerdo de voluntades, base de la sustentación de contrato, tiene fuerza jurídica para que las partes puedan sustraerse al deber de observar puntualmente las obligaciones por ellas contraídas. Conviene ahora analizar la naturaleza del convenio que limita la responsabilidad del deudor, y los efectos vinculatorios que puedan tener tales estipulaciones.

Teniendo en cuenta lo que se ha expuesto en los párrafos anteriores, las cláusulas que excluyen la responsabilidad civil por incumplimiento de contrato excluyen la obligación misma: la voluntad de una de las partes o de ambas ha sido la de no quedar jurídicamente obligadas. Acaso habrán estipulado un deber incoercible, con el efecto eventual de que si el deudor ejecuta la prestación, el pago no da lugar

a la acción de reparación por pago de lo no debido (artículo 1894 del Código Civil del Distrito Federal).

Conforme a lo dispuesto por el artículo 2117 del Código Civil del Distrito Federal, las partes pueden regular, por convenio, la responsabilidad civil proveniente del incumplimiento del contrato, ya sea mediante la estipulación de una pena convencional cuya cuantía puede no cubrir totalmente el valor económico de la obligación contraída, o ya sea estipulando alguna obligación alternativa en la cual la elección corresponde al acreedor (artículo 1963 del Código Civil para el Distrito Federal).

6. *Breve referencia al derecho extranjero.* Frente a los problemas que suscitan las condiciones generales de contratación, la doctrina y la legislación extranjera han ofrecido soluciones que encontramos recogidas por primera vez en el Código Civil italiano de 1942. Este cuerpo de leyes¹⁴ establece las normas que disciplinan aquellos contratos concluidos mediante la suscripción de modelos o formularios que contienen la regulación en manera uniforme de determinados tipos contractuales, sobre la base de que prevalecen aquellas cláusulas que las partes agregan a sus formularios. En todo caso, las normas contenidas en esos modelos de contrato deben ser específicamente aprobadas por escrito por quien se adhiere a ellas, particularmente las que se refieren a la exclusión o limitación de la responsabilidad del otro contratante, así como las que facultan al proponente para rescindir el contrato o suspender su ejecución y las que establecen causas de caducidad de las relaciones, crean o estipulan excepciones que restrinjan la libertad del contratante, etcétera. Debe advertirse que el Código Civil de Etiopía (1960) incluye disposiciones semejantes a las anteriores, en materia de condiciones generales de contratación.

Fue la ley alemana de 12 de noviembre de 1976, que entró en vigor en primero de abril de 1977, la que, inspirándose en el principio de la protección a los consumidores, creó la normativa que ha servido de modelo¹⁵ a las legislaciones adoptadas en otros países sobre condiciones generales de contratación.

¹⁴ 1341, 1342 y 1370.

¹⁵ Entre otros, el Código Civil de la República Democrática Alemana de 1978 y la ley israelí de 1964, Standard Contracts Law 5724-1964, que ha tenido diversas reformas en 1971 (Remedies Law), 1973 (General Contracts Law). Asimismo, deben tenerse presente las disposiciones de la ley sueca (ley de 30 de abril de 1971 que prohíbe las cláusulas contractuales inequitativas). La ley danesa de 14 de junio de 1974 (ley sobre prácticas de mercado, adicionada por la ley de 12 de junio de 1975) ley de la República Federal Alemana de 1976, la ley francesa sobre protección e información a los consumidores de productos y servicios de 10 de enero de 1978, la ley finlandesa sobre protección al consumidor y las disposiciones del Código Civil de la República Democrática Alemana, de 1º de enero de 1976.

En el ámbito del derecho internacional, en noviembre de 1974, el Consejo de Europa ha adoptado una resolución sobre cláusulas inequitativas en los contratos, en tanto que la Comunidad Económica Europea ha estudiado la posibilidad de intervenir respecto de las cláusulas no equitativas en los contratos de consumo, y asimismo UNIDROIT (Roma) trabaja actualmente en un proyecto de coordinación sobre la Ley de Acción e Interpretación sobre las Condiciones Generales de Contratación.¹⁶

Antes de hacer un breve comentario sobre algunas disposiciones de la ley alemana, conviene observar que el movimiento legislativo en materia de condiciones generales de contratación se ha originado con ocasión de la fuerza económica expansiva de los grandes monopolios industriales y comerciales que, amparados en esta situación de preeminencia económica, han logrado imponer en el campo del derecho privado, particularmente en el derecho mercantil, su voluntad contractual en ejercicio para contratar y de la libertad para fijar el contenido del contrato. Y ante esta situación el legislador alemán y los legisladores en otros países, entre ellos el nuestro, han considerado conveniente la intervención del poder público con vistas a la protección del consumidor en el campo del derecho mercantil; pero debe advertirse que el problema en su real dimensión no se presenta sólo frente a fabricantes y consumidores, sino que tiene lugar también en el campo del derecho civil, en donde no puede hablarse propiamente de producción y consumo, sino de relaciones de intercambio de bienes y servicios en general. Entendido que en este sentido el problema que presentan las llamadas condiciones generales de contratación, se refiere a la ruptura del equilibrio de las prestaciones, en la medida en que invocando la libertad de la voluntad (autonomía de la voluntad) se crea una situación de servidumbre y de heteronomía de la voluntad.

La cuestión acerca de si el ámbito de la aplicación de la ley debe referirse a la protección del consumidor u ofrecer una protección general al adherente, ha sido resuelta, en el segundo de los extremos señalados, por los países escandinavos que han adoptado una serie de disposiciones imperativas, no sólo para proteger al consumidor, sino a todas las personas que no quedaron comprendidas dentro de este último concepto. Así, por ejemplo, en Suecia esencialmente el conjunto de artículos de bienes y servicios comprendidos por la ley fue muy pequeño y gradualmente se ha ido extendiendo de manera que para los efectos de la ley el concepto de persona y contratante tienda a identificarse completamente.

¹⁶ Ewoud, Hondius H., "Unfair contracts terms: new control systems", *The American journal of comparative law*, vol. xxii, otoño, 1978, núm. 4.

Es por ello que en la solución de este problema ya en la legislación, ya en la doctrina o ya en la jurisprudencia, se encuentran frecuentes alusiones al concepto de "equidad de las cargas" o "perjuicio no equitativo". Es que en las condiciones generales de contratación, una de las partes ejerce en forma abusiva un derecho y se produce una lesión antijurídica en contra del otro contratante que acerca el problema que se sustenta en el mismo principio que en materia del daño extracontractual origina el enriquecimiento ilegítimo.

La técnica empleada por la ley alemana para lograr el objetivo propuesto por sus autores que, como ya se dijo, es la defensa del consumidor, consiste en establecer graves limitaciones a la autonomía de la voluntad, y concretamente en cuanto a la libertad normativa de las partes, privando de validez aquellas cláusulas establecidas como condiciones generales, para una serie indeterminada de contratos que en concepto del legislador constituyen una carga excesiva, no equitativa para una de las partes y concretamente por aquella que se limita a adherirse a las condiciones contractuales predispuestas.

De acuerdo con el párrafo sexto de la ley que se comenta, el sistema descansa sobre el principio general de que las cláusulas inválidas se sustituyen por disposiciones inderogables de la ley, con objeto de mantener en principio la vigencia del contrato.

Ahora bien, si la nulidad es parcial, alcanza sólo algunas de las cláusulas del contrato y al sustituirse la regulación legal por las cláusulas nulas se produce un equilibrio inequitativo entre las prestaciones, el juez debe declarar la nulidad total del contrato. De esta manera la ley hace prevalecer un principio de justicia o de equidad no sólo sobre la voluntad de las partes, sino sobre la aplicación de disposiciones legales si con ella se lesiona a cualquiera de las partes contratantes.

Debe advertirse que este principio de justicia conmutativa es aplicable en favor de ambos contratantes.

Con lo que no se sigue en verdad el principio protector del consumidor que postula la ley y aparece que el verdadero principio de la justicia conmutativa que es la base de los contratos sinalagmáticos y la *ultima ratio* de la rescisión por lesión.

Ahora bien, la misma ley fija el criterio para establecer cuando en un contrato se rompe ese equilibrio porque se han pactado cargas "no equitativas".

Ese criterio es el que ha sustentado el supremo tribunal alemán y que se conoce con el nombre de *treu aunt glauben*, o sea, la buena fe objetiva, que si en un principio operaba sólo en contra del predisponente y a favor del adherente, ha terminado por imponerse y por

ser recogido en la ley, para proteger la naturaleza misma de la institución del contrato sinalagmático a través de la protección de los intereses de las partes cuando éstas se ven lesionadas.

No obstante este criterio general, percibe el propósito claro y definido de la protección de la parte más débil en el elenco de las cláusulas generales que contienen normas cuya inclusión está prohibida conforme al artículo décimo. Me referiré brevemente a dichas cláusulas prohibitivas: *a)* aquellas en las que el predisponente establece plazos excesivamente largos o indeterminados para la aceptación de la oferta o para el cumplimiento de una prestación; *b)* cuando el predisponente estipula la posibilidad de liberarse de una obligación, por causas no justificadas y probadas, expresadas concretamente en el contrato; *c)* cuando el predisponente, por cláusulas, puede variar la prestación prometida; *d)* cuando se establece una compensación excesivamente alta por el uso de una cosa o de un derecho o se fija una indemnización excesiva por los gastos realizados y también cuando se someta la interpretación o aplicación del contrato a la decisión de tribunales extranjeros.

En estos casos, el juez puede apreciar lo excesivo de las prestaciones, la amplitud de los plazos, la justificación de la facultad constituida a una de las partes para rescindir el contrato, o para la modificación de la prestación prometida, etcétera. En otros casos (previstos en el artículo 11), la prohibición de la inclusión de estas cláusulas no permite la posibilidad de aplicación por el juez. Así, por ejemplo, es ineficaz cualquier cláusula que permita una elavación de la contraprestación a cambio de mercancías o prestaciones dentro de los cuatro meses siguientes a la conclusión del contrato; aquella cláusula que confiere al proponente la facultad de denegar al adherente el derecho de retención que le corresponde, excluyéndolo o limitándolo; la exclusión de la cláusula de compensación, las estipulaciones sobre el valor de una indemnización cuyo importe evidentemente excede de lo normal y, desde luego, la que excluye o limita la responsabilidad causada por incumplimiento de las obligaciones de una de las partes.

En particular, conviene señalar que en esta ley no sólo queda prohibida la exoneración de responsabilidad por incumplimiento doloso, sino que también (y esto es un paso muy importante) no es válida una cláusula que excluye la responsabilidad de cualquiera de las partes por incumplimiento de las obligaciones contraídas en el contrato, ya sea éste doloso o culposo. El principio contenido en el artículo 2106 del Código Civil que prohíbe la exención de la responsabilidad procedente de dolo ha sido sustituida de la alemana por este otro de muy mayor alcance y trascendencia incalculable, a saber: es nula la

renuncia del derecho que tiene cada contratante para exigir del otro la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios causados por incumplimiento de las obligaciones contraídas por dolo o culpa del obligado.

En esta manera, la corriente legislativa es clara en el sentido de sustraer de la autonomía de la voluntad aquellas estipulaciones contractuales que impiden que el contrato cumpla la función que le corresponde, con una economía de mercado, a saber: servir de instrumento jurídico para el intercambio de bienes y servicios, sobre la base de la elección de un principio general de equidad y de equilibrio de las prestaciones.

Veamos cuál es la validez de las cláusulas relativas a la responsabilidad de las partes en diversas especies de contratos.

7. *Contratos traslativos.* En el derecho comparado, de acuerdo con las conclusiones del IX Congreso de Derecho Comparado que se celebró en Teherán, Irán, en mayo de 1974, se percibe una tendencia a restringir las cláusulas excluyentes de responsabilidad, en la materia de la contratación general (contratos uniformes).

Es interesante observar que en el derecho occidental y en materia de contratación uniforme, debido a las presiones de fuerzas económicas y al desarrollo social, se percibe una aproximación con los derechos socialistas. En ambos sistemas el principio de la autonomía de la voluntad ha dejado de ser el punto básico de sustentación en el intercambio de bienes y servicios. En los países socialistas este principio ha sido abandonado totalmente; en tanto que en los países capitalistas (o mejor, del mundo occidental) la autonomía de los particulares ha venido cediendo frente a la intervención del poder público en la vida económica y más recientemente por la ruptura del equilibrio que superó el libre juego de la libertad entre las partes en presencia de las fuerzas económicas y el poder de información de que dispone uno de los contratantes frente al otro contratante que se encuentra en una situación de debilidad económica y de información.

No obstante, en la economía occidental moderna, en la que se reconoce y se protege la propiedad privada, esta situación de desigualdad por sí sola considerada no justificaría una declaración general de invalidez de las cláusulas que limitan o eximen de responsabilidad a una de las partes contratantes.

En opinión del profesor Eörsi, de la Universidad de Budapest, podría admitirse la validez de tales cláusulas: a) si no constituyen un ejercicio abusivo del poder económico; b) si no destruyen la esencia del contrato; c) si no entrañan una conducta seriamente reprochable; d) si se refleja en forma gravosa en el precio de los artículos o servi-

cios, y e) si de acuerdo con las condiciones de una economía planificada no se encuentran en conflicto con las normas establecidas en un sistema económico de esa naturaleza.¹⁷

Como puede verse, las conclusiones del citado Congreso de Derecho Comparado no ofrecen un criterio satisfactorio. Probablemente los términos de cierta manera imprecisos, de tales conclusiones, obedecen a la circunstancia de que las cláusulas que excluyen o limitan la responsabilidad de que uno de los contratantes frente al otro, normalmente forman parte de esa nueva figura contractual cuyo empleo se ha extendido en épocas relativamente recientes como consecuencia de la producción en masa de toda clase de bienes y servicios, de la celeridad de las transacciones que requiere el tráfico mercantil moderno a la que corresponde en el orden jurídico las condiciones generales de contratación, los contratos tipos y los contratos que se forman por adhesión. Ni unos ni otros se ajustan en su formación ni en su interpretación a las reglas de los contratos que son fruto de la libre discusión de sus cláusulas.

Debido a la relativamente reciente aparición de las "condiciones generales de contratación", cuya aceptación por uno de los contratantes ha dado lugar a la aparición de un nuevo fenómeno de una inusitada fuente de creación de normas jurídicas que no corresponde en su origen al derecho legislado ni al derecho consuetudinario propiamente dicho, sino a la presión incontrastable que ofrece una clase económicamente poderosa para imponer unilateralmente "las reglas del juego contractual" en una diversidad muy grande de contratos y de transacciones.

En estas circunstancias corresponde a la jurisprudencia, tal como ha ocurrido en Alemania Federal, en Alemania Democrática, en Francia, en Inglaterra, en Estados Unidos de Norteamérica, etcétera, fijar los criterios fundamentales o criterios guía para la solución de casos particulares.

8. *Contratos de depósito.* El depositario está obligado a la conservación de la cosa que recibió en depósito y a devolverla cuando sea requerido por el depositante. No puede dejar de responder frente al depositante de los menoscabos, daños y perjuicios que ésta sufra por su culpa o dolo (artículo 2533 del Código Civil del Distrito Federal).

La guarda, conservación y restitución de la cosa recibida en depósito constituye la finalidad o función económica del contrato y, por lo tanto, el depositario no podrá excluir, eximir o limitar su respon-

¹⁷ Eörsi, Giulia, "The validity of clauses excluding or limiting liability", *The american journal of comparative law*, vol. xxii, núm. 2, spring, 1975, p. 251.

sabilidad respecto de la guarda y conservación de la cosa sin contrariar la esencia del contrato de depósito.

En estos casos, la limitación de la responsabilidad del depositario incidiría sobre la esencia del contrato y haría imposible la obligación de restituir, con lo cual el contrato no sólo sería inválido sino inexistente porque el deber de devolver la cosa (que implica responsabilidad por la guarda de la misma) no puede quedar excluido del contrato por voluntad de las partes, no por disposición de la ley, porque la esencia y función del contrato lo impiden necesariamente.

9. *Contrato de transporte.* En el contrato de transporte, el porteador responde de los daños que sufran las personas o las mercaderías motivo del transporte. Dicha responsabilidad, por disposición expresa del artículo 69 de la Ley de Vías Generales de Comunicación, no puede ser limitada por convenio, excepto en los casos que la misma ley establece.

La responsabilidad del porteador queda excluida por pérdidas o averías (artículo 71 de la Ley de Vías Generales de Comunicación), cuando se trata de mercaderías de rápida descomposición o cuando éstas sufran merma porque el remitente no haya empleado el embalaje adecuado; cuando el daño se deba a la propia naturaleza peligrosa de la mercancía, como en el caso de transporte de explosivos y por otras causas semejantes que la ley citada establece.

En el contrato de transporte de personas, por disposición expresa de la ley que cita (artículo 127), las empresas de servicios públicos están obligadas a asegurar a los pasajeros y serán responsables de los riesgos que lleguen a sufrir estos con motivo del contrato (reglamento del artículo 127 de la Ley de Vías Generales de Comunicación).

Así pues, el porteador se obliga a emplear toda la diligencia y cuidado necesarios para la conservación, guarda y entrega de la cosa transportada, así como para la seguridad del viajero si se trata de transporte de personas.

Como se ve, esta obligación del porteador es un elemento esencial del contrato de transporte y, por lo tanto, no puede sustraerse a la obligación de responder por las consecuencias del incumplimiento. Si no asumiera esa responsabilidad, el contrato de transporte carecería de objeto.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en jurisprudencia firme, ha sostenido que la seguridad de los viajeros durante el transporte es obligación indeclinable del porteador.¹⁸

¹⁸ El artículo 127 de la Ley de Vías Generales de Comunicación dispone que: "Los porteadores de las vías generales de comunicación, ya sean empresas o personas físicas, estarán obligados a asegurar a los viajeros y serán responsables de los riesgos que lleguen a sufrir con motivo del servicio público que prestan." Esto significa que nuestra

10. *Transporte marítimo.* Respecto del contrato de transporte marítimo, la responsabilidad del naviero queda limitada por la "fortuna del mar", constituida por el buque, sus pertenencias y sus accesorios. El propietario del buque responde del pago de los daños causados a las personas o cosas transportadas (artículos 132, 133 y 134 de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos). Así lo dispone el artículo 135 de la mencionada Ley de Navegación y Comercio Marítimos: "El naviero podrá hacer concreta y actual la limitación de responsabilidad, en los términos de los artículos anteriores, haciendo abandono del buque y sus pertenencias y accesorios en favor de los acreedores."

Por lo que se refiere a la prestación del servicio público de transporte aéreo, los artículos 342, 343 y 349 de la Ley de Vías Generales de Comunicación, establecen la responsabilidad a cargo de la empresa de transporte por el resarcimiento de los daños causados a los pasajeros o a las cosas transportadas, por culpa o negligencia de la empresa o sus dependientes. El artículo 346 de la misma ley declara exenta de responsabilidad a la línea aérea, si prueba que ha tomado todas las precauciones técnicas necesarias exigidas por la ley o si el daño es imputable a un hecho de la víctima.

En todos estos casos, la responsabilidad de la empresa que efectúa el transporte deriva directamente de la ley, y de ella no puede ser eximido el acreedor.

Este sistema legal excluye toda posibilidad de que, por convenio de las partes, se excluya o limite la responsabilidad del porteador por los daños causados a las personas o a las cosas, con motivo del contrato de transporte.

De acuerdo con el criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la única causa que puede eximir o limitar la responsabilidad de transportista es el caso fortuito o la fuerza mayor.¹⁹

legislación no ha dejado lo relativo a la seguridad de los pasajeros a la determinación voluntaria de las partes contratantes, sino que ha impuesto a los porteadores la obligación de asegurar a los usuarios del transporte y de responder de los riesgos que estos sufran con motivo del mismo. No se podría estipular en un contrato de transporte condiciones que derogaran o limitaran el alcance del mencionado precepto; y aunque llegara a establecerse en el contrato la mencionada responsabilidad, no por ello se consideraría la voluntad de las partes. Directo 1443/61 Autobuses de Occidente, S. A. de C. V. 5 votos. Directo 1445/61 Autobuses de Occidente, S. A. de C. V. 5 votos. Directo 1447/61 Autobuses de Occidente, S. A. de C. V. 5 votos. Directo 1451/61 Autobuses de Occidente, S. A. de C. V. 5 votos. Directo 1453/61 Autobuses de Occidente, S. A. de C. V. 5 votos. Directo 1455/61 Autobuses de Occidente, S. A. de C. V. 5 votos, *Semanario Judicial de la Federación, Jurisprudencia*, sexta época, Tercera Sala, vol. LX, cuarta parte, p. 286.

¹⁹ "Transporte, responsabilidad en el contrato de pruebas".—Entre las obligaciones legales de porteador se encuentra la de probar que las pérdidas o averías de las mercancías o retardo en el viaje, no han tenido por causa su culpa o negligencia, si es que alega no tener responsabilidad en esos acontecimientos. Además el artículo 123 del Re-

En los casos que se han citado, la responsabilidad civil por incumplimiento del prestador del servicio no puede ser excluida por voluntad de las partes.

11. *La Ley Federal de Protección al Consumidor*. De la exposición anterior, en la que se ha hecho un rápido apuntamiento de las relaciones jurídicas contractuales, de acuerdo con diversos ordenamientos legislativos conforme a los cuales no existe posibilidad jurídica de excluir la obligación de responder por el incumplimiento de las obligaciones contraídas por las partes, se puede afirmar que no procede la exclusión o la restricción de la responsabilidad civil por incumplimiento del contrato cuando por la naturaleza de la prestación la exclusión de tal responsabilidad se opone a la esencia misma del convenio (arrendamiento y depósito, venta a plazos, etcétera) o es contrario al interés público cuando se trata de contratos que se celebran con ocasión de la producción y al consumo masivo de bienes y servicios.²⁰

Ante este fenómeno económico, evidentemente la autonomía de la voluntad o la libertad de la contratación han perdido en buena parte la fuerza de obligar, porque las cláusulas de la contratación se redactan en función de un sistema económico de consumo que se impone no sólo sobre la situación precontractual (el contenido de las estipulaciones contractuales mismas), sino de la gran masa de consumidores de bienes y servicios que ofrecen los productores. De manera que el consumidor celebra el contrato bajo la compulsión de la publicidad y las necesidades que ella crea. El contrato entonces se despersonaliza, por decirlo así, de modo que la voluntad de la persona individualmente considerada deja de ser un elemento esencial de la masa de negocios que de esta forma se realizan.

Ante este fenómeno, en diversos países se ha producido una reacción legislativa y reglamentaria en el ámbito del derecho administrativo

glamento de los artículos 152 a 165 de la Ley de Vías Generales de Comunicación, estatuye que 'todos los daños que sufrieren los efectos desde que los reciba la empresa concesionaria hasta el momento de la entrega serán imputables a ésta, salvo el caso de que provengan de vicio propio de la cosa, fuerza mayor o caso fortuito. La prueba de cualesquiera de estos hechos incumbirá a la empresa'. Si la portadora admite haber celebrado un contrato de transporte obligándose a transportar y a entregar mercancía al consignatario; y también admite que esa entrega no la efectuó por haber sufrido su vehículo un accidente; si por último, acepta que el consignatario le formuló inmediata reclamación, no basta con negar su responsabilidad en el siniestro, sino que le corresponda justificar en el juicio que la pérdida se debió a fuerza mayor. Amparo directo 4418/1956. Unión de Seguros, S. A., febrero 4 de 1957. Unanimidad de 5 votos. Ponente: Mtro. José Castro Estrada", *Semanario Judicial de la Federación*, Tercera Sala, quinta época, t. cxxxI, p. 187.

²⁰ Cfr. Barrera Graf, Jorge, "La Ley de Protección al Consumidor", en *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 8, julio de 1976, p. 204.

para someter a ciertas reglas de equidad y de buena fe a la publicidad de las mercancías que fabricantes y comerciantes ofrecen en el mercado, tales como la fijación de normas de calidad obligatoria para los productos elaborados, controles de precios, etcétera.

El 5 de febrero de 1976 se promulga en México la Ley Federal de Protección al Consumidor, que con un propósito tuitivo como su nombre lo indica, sustrae del ámbito de la autonomía privada y recoge en sus disposiciones los principios básicos dispersos en distintas leyes, en las cuales se percibe claramente que en el mercado de consumo de bienes y servicios ofrecidos en forma masiva, el contrato desempeña una función de interés general y que se manifiesta en el concepto de orden público económico. Así lo reconoce la exposición de motivos que a la letra dice:

Esta iniciativa promulgada en materia de comercio, la tradición jurídica y política que arrancada de nuestra Revolución acentúa la preeminencia del interés colectivo sobre el interés particular y reafirma el deber constitucional con el compromiso de velar para que la libertad del mayor número no se sacrifique por la acumulación del poder económico y social en pequeños grupos.

Dicha ley declara en sus artículos 2º y 3º que los sujetos a sus disposiciones son: el proveedor de bienes y servicios (fabricante o intermediario) y el consumidor.

La Ley Federal de Protección al Consumidor prohíbe la exclusión de responsabilidad de los proveedores, fabricantes, comerciantes o intermediarios en el caso de vicios ocultos que hagan impropia la mercancía para los usos a los que habitualmente se destina o que de tal modo disminuya su calidad, que de haberlo conocido el consumidor habría pagado un precio menor (artículo 31).

Por otra parte, dicha ley en ese caso otorga expresamente a los adquirentes acción para exigir la reposición del producto o la devolución o reposición de la cantidad pagada en exceso (artículo 32).

Además, los consumidores tendrán derecho a la indemnización por daños y perjuicios ocasionales y a la reparación o reposición gratuita del bien o de ser ésta imposible, a la devolución de la cantidad pagada en los supuestos que señala el artículo 33 y dentro de los párrafos que establece el artículo 34 de la citada ley.

En esta materia conviene mencionar a la letra lo dispuesto en el artículo 37, a saber:

Artículo 37.—Los fabricantes de productos deberán asegurar el suministro oportuno de partes y refacciones dentro del lapso en que aquéllos se fabriquen, armen o distribuyan y, posteriormente, durante un lapso razonable en función de la durabilidad de los productos. Igual obligación tendrán quienes importen productos para su venta al público,

respecto de los que distribuyan en el país. La Secretaría de Comercio podrá determinar el plazo y señalar las bases para el cumplimiento de esta obligación y, cuando lo estimare conveniente, exigir el otorgamiento de una garantía adecuada.

Este ordenamiento reconoce el derecho de los consumidores a obtener una información veraz y suficiente (artículos 5º a 19 de la ley que se comenta) sobre las calidades y características de las mercaderías que se ofrecen.

En estos preceptos legales se encuentran las normas, o mejor, las directrices que informan las ideas fundamentales que inspiran sus disposiciones, a saber, que el consumidor cuente con una información veraz sobre los artículos o servicios que se le induce a adquirir. Y, en este sentido, la protección que establece la ley se funda en el derecho a la información de la persona.

Asimismo, otras disposiciones de la ley obligan al oferente a establecer las reglas para el cálculo equitativo del precio, importe de los intereses, tasa a los que serán calculados, cantidad total a pagar, etcétera (artículos 20 y siguientes de la Ley Federal de Protección al Consumidor).

La aplicación de la ley en la esfera administrativa se recomienda a la Procuraduría Federal del Consumidor, que es un organismo descentralizado de servicio social con autoridad y personalidad jurídica para la protección del interés de los consumidores.

12. *La distinción entre los principios y la función del contrato. Su aplicación a las condiciones generales de contratación.* Ante la apreciación de las condiciones generales de contratación, el jurista se encuentra en presencia del fenómeno que Savatier²¹ ha llamado ciertamente la "expansión del contrato". Mediante esa explicación, tan ilustre autor se refiere al esfuerzo que llevan al cabo los privatistas para aplicar los conceptos de instituciones conocidas milenariamente por los civilistas, a los fenómenos nuevos que han surgido en la vida moderna.

Así está ocurriendo en efecto. La doctrina y la jurisprudencia deben ampliar y precisar el contenido de los conceptos básicos del derecho civil contractual para adecuarlos a las necesidades actuales de la relación de la justicia y equilibrio de las prestaciones en el contrato y de la equidad en el cumplimiento de las obligaciones contraídas, sobre bases y principios que en mi concepto son:

- a) El equilibrio de las prestaciones,
- b) La buena fe de las partes y

²¹ Cfr. Savatier, René, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 3a. ed., Librerie Dallos, Paris, 1964.

c) La protección del interés individual de la persona frente al interés de la empresa o de un grupo de empresas.

Tradicionalmente, la función del contrato había sido la de lograr, mediante el acuerdo de voluntades, un ajuste de los intereses de las partes y el correspondiente equilibrio de las prestaciones, en el libre juego de la discusión del clausulado. Empero, de tiempo atrás, mediante la figura del contrato que se forma por adhesión y más tarde en el contrato *standard* o contrato tipo, adquiere preponderancia el interés de uno de los contratantes, ante este fenómeno, que es también un producto de la gran industria que requiere de la incesante expansión del mercado. La doctrina del contrato en su forma tradicional no ofrece una respuesta adecuada a la problemática que surge a la satisfacción de nuevas exigencias técnicas y económicas a las que se enfrentan las condiciones generales del contrato.²²

Esta real o aparente disconformidad entre la teoría del contrato, considerado como un puro acuerdo de voluntades y las condiciones generales de contratación, parece poner de relieve que en el derecho moderno se justifica una oposición cuando menos de conformidad entre autonomía de la voluntad y orden público. Actualmente, y como consecuencia de los problemas que plantean las condiciones generales de contratación, cuya validez debe ser examinada en el derecho privado, planteando el problema de la coordinación adecuada de la autonomía privada y del interés público.

Cada uno de los contratos individuales que se celebran por adhesión a aquellas cláusulas generales deja de ser una expresión de la libertad de los contratantes, para quedar reducido el convenio a un simple instrumento de cambio económico de bienes y servicios. El pacto celebrado, empleando nuevamente la expresión de Savatier, pierde el carácter de "contrato autorizado" y adquiere la naturaleza de un contrato "reglamentario" que se impone a las partes. Este carácter heterónomo del contrato (ya no autónomo) sólo se legitima en la medida en que sus estipulaciones no sean contrarias al interés público.

De los razonamientos que se han expuesto en este trabajo, concluyo que los principios básicos y fundamentales del contrato, que informan la autonomía de la voluntad, son aplicables a las llamadas condiciones de contratación en cuanto no sean contrarios al interés general y concretamente al llamado orden público económico.²³

²² Bonavia, Ma. Teresa, "I contratti de adesione nella problematica dell'equilibrio negoziale, *Rivista del diritto commerciale*, julio-agosto, 1976, p. 241.

²³ La solución, a nuestro modo de ver, está más bien en atacar las causas que producen las condiciones generales de contrato monopolísticas, a saber: "sometiendo a la ley de la competencia económica a todas y cada una de las empresas, declarando aquella

Finalmente, la libre interpretación y aplicación de los principios rectores de las condiciones generales de contratación, empieza a encontrar cauce en algunas leyes, de las que puede citarse como ejemplo las disposiciones de la Ley Federal de Protección al Consumidor, en materia de contratos.

Empero, la labor más fecunda en este respecto corresponde a los tribunales, particularmente a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a la que habrá de corresponder en última instancia la tarea de "suplir, enmendar y corregir" las lagunas de los textos legales en presencia de los nuevos fenómenos económicos.

competencia defendida jurídicamente —por el principio de orden público económico— como hace nuestra ley sobre represión de prácticas restrictivas de la competencia, siguiendo a sus semejantes extranjeras, especialmente al tratado de Roma, creador del Mercado Común en sus artículos 85 y 86", García Amigo, "Consideraciones en torno a la teoría de las condiciones generales de los contratos y de los contratos por adhesión", *Revista de derecho español y americano*, núm. 7, p. 109.

1. Preliminar.
2. Autonomía de la voluntad y equidad.
3. La ejecución del contrato, buena fe y equidad.
4. La "decadencia" del contrato.
5. La legitimación en los contratos onerosos.
6. Una opinión del profesor Castro y Bravo.
7. La buena fe y la responsabilidad civil, la ejecución del contrato y el ejercicio de derechos subjetivos.
8. Breve comentario a los artículos 16 y 840 del Código Civil del Distrito Federal.
9. La buena fe y la equidad como principios rectores del ordenamiento jurídico.
10. Su aplicación en la interpelación de los contratos. Glosa sucinta a una tesis jurisprudencial.
11. Las obligaciones en pago en moneda extranjera.
12. La buena fe y la equidad como principio rector de la Ley Federal al Consumidor.
13. Conclusiones.

LAS CLÁUSULAS INEQUITATIVAS EN LOS CONTRATOS

SUMARIO: 1. Preliminar. 2. Autonomía de la voluntad y equidad. 3. La ejecución del contrato, buena fe y equidad. 4. La "decadencia" del contrato. 5. La legitimación en los contratos onerosos. 6. Una opinión del profesor Castro y Bravo. 7. La buena fe y la responsabilidad civil, la ejecución del contrato y el ejercicio de derechos subjetivos. 8. Breve comentario a los artículos 16 y 840 del Código Civil del Distrito Federal. 9. La buena fe y la equidad como principios rectores del ordenamiento jurídico. 10. Su aplicación en la interpretación de los contratos. Glosa sucinta a una tesis jurisprudencial. 11. Las obligaciones en pago en moneda extranjera. 12. La buena fe y la equidad como principio rector de la Ley Federal de Protección al Consumidor. 13. Conclusiones.

1. *Preliminar.* Son varios los problemas que debemos considerar en el estudio de las cláusulas contractuales no equitativas. Primeramente, la fuerza vinculatoria de tales estipulaciones negociales, como la natural consecuencia de la autonomía de la voluntad en el negocio jurídico, para tratar de examinar si la equidad de las estipulaciones es un elemento necesario para la validez del contrato. Todas estas interrogantes nos llevarán a considerar en qué medida en la naturaleza y función del contrato participan el interés público y el interés de los particulares.

2. *Autonomía de la voluntad y equidad.* Es necesario previamente tratar de precisar, por lo que se refiere al tema propuesto, el concepto de equidad en sus varias aplicaciones en derecho positivo: como base de sustentación del ordenamiento jurídico y como criterio para la aplicación de una norma de derecho "aunque puede tener un significado, no sólo ambivalente sino polivalente, como sucede con los principios... La equidad, al ser un principio, tiene el mismo juego que los principios. Su propia estructura se revela dentro del ordenamiento como una tendencia a buscar su propia armonía: de allí la fuerza integradora de la equidad". Por eso G. Brogini, desde otra perspectiva, dice que: "la equidad deviene un instrumento operativo del legislador, cesando de figurar entre las técnicas del intérprete", lo que se traduce en servir de fundamento al ordenamiento jurídico, mediante la idea de "proporcionalidad".¹

¹ De los Mozos, José Luis, *Derecho civil español*, I, Parte General, vol. I, Salamanca, 1957, p. 580.

Por lo que toca al tema de ese trabajo, nos referiremos a la equidad como principio fundamental de la preceptiva legal o, mejor, como elemento para juzgar la legitimidad de las estipulaciones contractuales.

El consentimiento, como elemento esencial del contrato, consiste únicamente en un acuerdo de dos o más declaraciones de voluntad. Según lo ha apuntado con toda claridad Betti, el contrato es sobre todo una regulación normativa que participa de la coercibilidad del ordenamiento jurídico, y es esta característica la que nos permite observar que la validez de las cláusulas de un contrato puede ser sometida a la crítica del dogmático o del intérprete, con independencia del querer psíquico de los otorgantes; tal ocurre *v. gr.* en el caso de la simulación, la lesión, etcétera. Es decir, no basta que las partes quieran obtener una prestación que puede ser lícita por sí misma, al celebrar un contrato, sino lo que importa es si en los contratos onerosos legítimamente pueden querer una prestación, diferente al gravamen o sacrificio que asume el otro contratante. Perfeccionado el contrato, su eficacia no dependerá enteramente de la voluntad de cada uno de los otorgantes, sino del contenido de la fusión de las dos o más voluntades. Por otra parte, el derecho objetivo no sólo toma en cuenta el proceso de formación de la voluntad, sino también la integración del consentimiento, y atiende a los vicios que la perturban, presupuesto necesario para que éste pueda ser legalmente vinculatorio, participando así de las características de una norma jurídica particularizada de conducta entre las partes, que proyectándose más allá del contrato produce consecuencias respecto de terceros, y puesto que modifican la garantía patrimonial, ya en sentido positivo o negativo, que el deudor ofrece al conjunto de sus acreedores.²

La equidad, como criterio de interpretación, tiende a lograr equilibrio de las prestaciones cuando se trata de contratos sinalagmáticos y busca el menor sacrificio de intereses en los contratos unilaterales. Ambas reglas son expresión del principio de la buena fe que debe

² Betti, Emilio, "Teoría general del negocio jurídico", Madrid, Ed. *Revista de Derecho Privado*, s/f, núm. 3, p. 51 y ss. "El contrato.—Cualquiera que sea su figura concreta, ejerce una función y tiene un contenido constante, el de ser el centro de la vida de los negocios, el instrumento práctico que realiza las más variadas finalidades de la vida económica que impliquen la composición de intereses inicialmente opuestos, o por lo menos, no coincidentes. Dichos intereses, por el trámite del contrato, se combinan de manera que cada cual halla su satisfacción; de esto deriva en el conjunto, un incremento de utilidad, de la que participan en varias maneras cada uno de los contratantes, mientras que indirectamente se beneficia también la sociedad."

Messineo, Francisco, *Doctrina general del contrato, trad. al español*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, t. 1, p. 34.

regir en el contrato, no sólo en el momento de su celebración, también en el momento de su ejecución.

3. *La ejecución del contrato, buena fe y equidad.* El tema materia de este trabajo comprende no sólo la inequidad del clausulado del contrato, sino la falta de equidad que puede surgir en la ejecución de las prestaciones.

El contrato es un instrumento jurídico destinado a la ordenada circulación de bienes y prestación de servicios, y en esta función económica confluyen el interés de los particulares y el interés general. De allí que un contrato formado legalmente puede carecer de fuerza vinculatoria en cuanto la función económica que jurídicamente debe cumplir el contrato se distorsiona. Así ocurre en los casos de la acción revocatoria, en el caso de fraude de acreedores y tratándose de la simulación. Por donde se aprecia que la función típica del contrato limita a la voluntad de las partes, en la misma manera que los principios de la equidad y de la buena fe, base de la sustentación de todo vínculo jurídico.

La buena fe en la estipulaciones contractuales y la equidad de las prestaciones prestan al consentimiento la fuerza vinculatoria que hace del contrato, así formado, un conjunto de normas coercibles entre las partes, integrándose de esta manera al ordenamiento jurídico en su conjunto, al derecho objetivo cuya aplicación y cumplimiento es de orden público, de interés general.

En este sentido, la libertad de las partes, para contratar y para fijar el contenido de las estipulaciones, encuentra sus límites: en el orden público, en la función económico-jurídica del contrato, en la equidad de las estipulaciones y en la buena fe de los contratantes.

4. *La "decadencia" del contrato.* La llamada crisis o decadencia del contrato, no es propiamente crisis del contrato, sino que el negocio jurídico no es consecuencia de la autonomía de la voluntad, porque ésta no ha existido verdaderamente. Es también y fundamentalmente un certero señalamiento de la distorsión del contrato, merced a la cual se crea entre las partes una situación de inequidad, como resultado de una defectuosa formación del consentimiento por falta de libertad de uno de los otorgantes, ya que —se dice— una de las partes impone su voluntad a la de la otra. En ese supuesto la convención no es un contrato, no es un fruto de la autonomía de todas las voluntades que en él intervienen. Quien somete al otro contratante al imperio de su designio en la celebración del negocio jurídico, está negando la esencia del contrato, y está aprovechando su fuerza vinculatoria y coercible de ese instrumento jurídico en favor de su exclusivo interés, con

ningún equilibrio de intereses que en el contrato encuentra o debe encontrar su justa realización.

5. *La legitimación en los contratos onerosos.* En los contratos onerosos el equilibrio debe existir entre los provechos y gravámenes recíprocos de las partes que en él intervienen. Por ello, es inequitativa toda estipulación en la cual la magnitud de los gravámenes estimados en su valor económico o en su valor jurídico, no corresponde al beneficio que el obligado recibe a cambio. La estipulación inequitativa carece de juridicidad o mejor, del interés que busca ser protegido por la fuerza vinculatoria del contrato es un interés que carece de legitimación.

6. *Una opinión del profesor Castro y Bravo.* Este fenómeno de disparidad se forma en el periodo precontractual; sin embargo, perfeccionado el contrato aparece como si realmente fuera el fruto de voluntades libremente formadas. De esta manera reclama del ordenamiento la coercibilidad que se otorga.

La desigualdad entre las situaciones jurídicas creadas por las cláusulas inequitativas aparece particularmente notoria en los contratos que celebran los particulares frente a grupos empresariales productores de bienes o prestadores de servicios cuya situación económica preponderante les permite imponer su voluntad en los contratos. Este factor es fundamental en el tratamiento del problema materia de esta comunicación. Expresa la hegemonía que las grandes fuerzas económicas están desempeñando en la transformación del mundo actual.

Estas últimas afirmaciones suponen una grave confusión conceptual. Admiten la existencia de un nuevo poder jurídico extracstatal, en contra de la aspiración del Estado al monopolio jurídico; consigna jurídicamente la prepotencia económica de los industriales, comerciantes y banqueros y de sus consorcios, sobre el resto de pueblo, quedando sometidos a sus derechos, sus forzados clientes; y para su ejecución forzosa, el Estado le pondría a su disposición el aparato judicial. Tendría por último la consecuencia práctica de eximir de obligaciones, mediante cláusulas de irresponsabilidad a estas clases así privilegiadas.

Los conceptos que he transcrito han sido expresados por el jurista español Federico de Castro y Bravo.³

7. *La buena fe y la responsabilidad civil, la ejecución del contrato y el ejercicio de derechos subjetivos.* El concepto de buena fe tiene en los códigos civiles, como la noción de equidad, diversas acepciones. La buena fe es el criterio que en materia de responsabilidad civil excluye o disminuye en su cuantía la obligación de reparar el daño. Este mis-

³ De Castro y Bravo, Federico, *Derecho civil de España*, parte general, *Libro preliminar. Introducción al derecho civil*, t. 1, 3a. ed. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1955, p. 372.

mo principio está implícito en la ejecución de las obligaciones legalmente contraídas y conforme a él, el acreedor puede exigir al deudor no sólo el cumplimiento de lo expresamente pactado sino de todo aquello que sea, según la naturaleza del negocio jurídico, consecuencia de la buena fe (artículo 1796 Código Civil del Distrito Federal).

En un tercer sentido, el principio de la buena fe rige y limita el ejercicio de los derechos subjetivos para evitar un daño a otro, sin provecho alguno para su titular (ejercicio abusivo del derecho) o en los contratos onerosos para evitar que el deudor resienta un sacrificio en sus intereses, que no corresponde al valor de lo que por su parte recibe. Podría citarse como ejemplo de aplicación de este criterio la reforma introducida al artículo 31 del Código Civil español en mayo de 1974, en la que en manera clara y expresa se dispone que los derechos deben ejercitarse conforme a los dictados de la buena fe. Aun cuando el enunciado expreso de esta disposición podría omitirse, por enunciar solamente este principio que es básico en la convivencia social, su importancia como norma rectora de toda conducta jurídica debe quedar enfatizada legislativamente para procurar su mayor dinamismo. Aunque, debe advertirse que no es suficiente enunciar, aun en manera terminante en uno o varios preceptos legales, lo que constituye más que un deber jurídico un postulado básico del orden jurídico rector de las relaciones humanas de las que se ocupa el derecho.

8. *Breve comentario a los artículos 16 y 840 del Código Civil del Distrito Federal.* En este respecto el Código Civil del Distrito Federal en los artículos 16 y 840 ordena, en el primero "que los habitantes del Distrito Federal tienen obligación de ejercer sus actividades y de usar y disponer de sus bienes en forma que no perjudique a la colectividad bajo las sanciones establecidas en este Código y en las leyes relativas" y el segundo dispositivo ordena: "no es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicio a terceros sin utilidad para el propietario".

En el artículo 16 citado, se encuentra implícito el principio general de derecho conforme al cual el interés particular y el interés de la colectividad, en el ordenamiento jurídico, no son opuestos, de modo que si el ejercicio de los derechos subjetivos lesiona el interés de la sociedad, deben ceder aquéllos frente a este interés superior. Y por lo que atañe al ejercicio abusivo del derecho de propiedad, el artículo 840 del Código Civil debería reformarse para reproducir el principio general de la buena fe contenido en el artículo 16 del mismo Código, aplicable concretamente al derecho de propiedad y no limitarlo sólo al caso de que no exista ninguna utilidad para el titular.

En el artículo 16 podría quedar enunciado el principio general

ordenando que los derechos reconocidos en la ley no pueden ejercerse en forma que perjudiquen a la colectividad, ni en contra de los principios de la equidad y de la buena fe.

9. *La buena fe y la equidad como principios rectores del ordenamiento jurídico.* La aplicación de este principio rector del ordenamiento civil expresa aplicación en el caso previsto en los artículos 1796 y 1832 del Código Civil. El primero remite a la buena fe en la ejecución de las obligaciones y el segundo establece que las partes se obligan en los contratos en la manera que aparezca que quisieron hacerlo y su interpretación debe hacerse en coordinación con el principio de la buena fe y la equidad.

De este modo, nuestro derecho positivo establece la posibilidad, para la jurisprudencia, de templar el rigorismo del principio *pacta sunt servanda*, a través de la noción de equidad y de buena fe, que postula el apotegma *rebus sic stantibus*.

El principio *pacta sunt servanda*, en su literal observancia, fue plenamente válido en una época histórica de gran estabilidad social y económica, época que abarca casi todo el siglo XIX y las dos primeras décadas del siglo XX. Pero a partir de entonces, ha tenido que ser puesta en duda la equidad del apotegma, en una época como la actual, de vertiginosas transformaciones y de evidentes cambios en la sociedad. Según informa Wieacker⁴ ese viraje se ha manifestado en la jurisprudencia de los altos tribunales alemanes que han empezado a aplicar el principio *rebus sic stantibus*, por la vía judicial. Este autor, sin embargo, no es categórico; al respecto se expresa así: "Cierto es que el juez se atreverá a llevar a cabo rupturas de este estilo, cuando se haya preparado dentro de los cambios éticos de la conciencia jurídico-pública; entre tanto no es posible hacer *ex post* de tales transformaciones (que se están iniciando) preceptos vinculantes del derecho no escrito." Y agrega en seguida:

Si el ordenamiento legal no debe perder toda certeza y toda obligatoriedad, no se puede decir que un deudor infrinja el principio de la buena fe al considerarse liberado mediante el pago con dinero desvalorizado y ello en base a que el ordenamiento jurídico escrito, por motivos de antaño convincentes, considera la deuda pecuniaria como una deuda por su valor nominal (prescindiendo, por lo pronto, de la idea de riesgo que no puede ignorar que también el deudor se ve por su parte afectado por la desvalorización del dinero).⁵

La corriente jurisprudencial aludida en los párrafos anteriores se funda en un criterio exclusivamente objetivo, a saber: la ruptura o

⁴ *El principio general de la buena fe*, Madrid, Cuadernos Civitas, ed. en español, Editorial Civitas, S. A., 1977.

⁵ *Ibid.*, p. 8.

desaparición de la situación que tuvieron en cuenta las partes en el momento de la celebración del negocio jurídico, que pudo haber sufrido modificaciones sustanciales en el momento de la ejecución de la prestación, lo cual podría crear una situación inicua para el deudor. La justicia conmutativa reclama la apertura de la brecha que deben iniciar la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales.

10. *Su aplicación en la interpretación de los contratos. Glosa sucinta a una tesis jurisprudencial.* El enunciado general del principio de la buena fe rector de los contratos, debe encontrar normas específicas para su aplicación, que además de que impongan al juzgador un criterio que le permita apreciar el equilibrio económico y jurídico que el contrato crea entre las partes, excluyendo en lo posible el libre arbitrio judicial.

Una primera regla está constituida por aquellas disposiciones que sancionan la nulidad absoluta, las cláusulas contractuales violatorias del principio de la equidad que debe ser respetado en el contrato. Un segundo grupo de dispositivos legales lo formarían las normas que establecen reglas para la interpretación del contrato en favor del deudor, en lo relativo al cumplimiento de las prestaciones prometidas (principio de la buena fe).

Entre las disposiciones cogentes que constituyen el primer grupo (aparte del respeto al principio *rebus sic stantibus* que se debe entender implícito en todos los contratos y de la rescisión en caso de lesión), se tendrían por no puestas aquellas cláusulas que contengan renuncia de derechos reconocidos por el ordenamiento en favor del deudor o que limiten o excluyan la responsabilidad del acreedor, tales como las cláusulas convencionales de caducidad, las estipulaciones que limiten al deudor la facultad de oponer excepciones, las que excluyan la tácita reconducción o que en alguna manera eliminen la intervención de la autoridad judicial para la interpretación y cumplimiento del contrato. Así, por ejemplo, debería ser irrenunciable para el comprador toda estipulación que relevara o que eximiera al vendedor de la responsabilidad en los casos de saneamiento por evicción o vicios ocultos de la cosa vendida.

En el segundo grupo de disposiciones legales protectoras de la parte débil, quedarían comprendidas las normas aplicables a los contratos celebrados en formularios impresos. Estos contratos se sujetarían a un régimen legal, del cual las cláusulas que las partes asienten en el formulario al celebrar el contrato prevalecerían sobre lo dispuesto en las cláusulas impresas.

Por lo que se refiere a las reglas de interpretación de los contratos, se sugiere lo siguiente:

El principio tradicional de que el intérprete del contrato atenderá a la intención de las partes sobre el sentido gramatical de las palabras impresas, debe respetarse en la medida en que dicha intención no lleve a concluir en una exagerada desproporción de las prestaciones recíprocas.

En efecto, se propone introducir en lo dispuesto en el artículo 1851 del Código Civil del Distrito Federal la privación de efectos obligatorios de aquellas estipulaciones del contrato de las que resulte una evidente desproporción en el valor económico de las prestaciones, con independencia de la causa que haya dado origen a ese desproporcionado lucro, ampliando así el concepto de lesión.

La segunda regla de hermenéutica contractual se refiere a la norma establecida en el artículo 1853 del Código Civil, conforme a la cual, si la cláusula admitiere diversos sentidos, se entenderá siempre en el más adecuado para que produzca efectos. Esta disposición podría adicionarse, estableciendo que la interpretación del contrato se hará siempre de manera que la ejecución de las obligaciones se realice con el menor sacrificio del interés del deudor.

Las ambigüedades de los contratos, según lo dispuesto en el artículo 1856 del Código Civil que se menciona, deben establecer la regla de que en la interpretación de los contratos, aun cuando sus cláusulas sean claras, se tendrá en cuenta en primer lugar la buena fe entre las partes, y en segundo término el uso y la costumbre del lugar.

Esta norma enunciaría el principio general de la buena fe aplicada a los negocios jurídicos. Se inspira en el parágrafo 242 del Código Civil vigente en la República Federal de Alemania. En él queda comprendida la ineficacia de las cláusulas inicuas. El precepto podría quedar enunciado así: el acreedor está facultado para exigir del deudor el pago de la obligación, conforme a los principios de la buena fe y de respeto a la equidad y proporcionalidad de las prestaciones.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido el criterio: a) de que la buena fe es base inspiradora no sólo del contrato, sino de todo el ordenamiento jurídico; como consecuencia, este principio es rector de todas las relaciones jurídicas y consecuentemente de los actos del proceso en que intervenga;⁶ b) que la buena fe debe

⁶ "Directo 6164/1956 Hernando Arcona. Resuelto el 12 de julio de 1957, por unanimidad de 4 votos. Ausente el Sr. Mtro. Ramírez Vázquez. Ponente el Mtro. García Rojas. Srío. Lic. Raúl Ortiz Urquidí.

Precedentes: Directo 3838/1954. Florentina Gómez de Gutiérrez, resuelto por unanimidad de 4 votos, el 19 de noviembre de 1956.

Directo 3430/1956. Otto Munster, resuelto el 25 de enero de 1957, por unanimidad de 4 votos.

Directo 1204/1956. Josefina García. Resuelto el 25 de enero de 1957, por unanimidad de 4 votos.

existir en el momento de la celebración del contrato y en la ejecución de las obligaciones que de él derivan.⁷

La tesis jurisprudencial reconoce a la buena fe como una de las bases de sustentación de todo sistema jurídico y, por lo tanto, es la base o mejor, el título de legitimación de la autonomía privada.

11. *Las obligaciones en pago en moneda extranjera.* Tratándose de obligaciones de pago de dinero en moneda extranjera, el artículo 4º transitorio de la Ley Monetaria dispone:

Artículo 4º—Las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro de la República para ser cumplidas en ésta, se solventarán en los términos del artículo 8º de esta ley, a menos que el deudor demuestre, tratándose de operaciones de préstamos, que la moneda recibida del acreedor fue moneda nacional de cualquier clase o tratándose de otras operaciones, la moneda en que se contrajo ORIGINALMENTE LA OPERACIÓN, fue moneda nacional de cualquier clase; en estos casos las obligaciones de referencia se solventarán en moneda nacional en términos de los artículos 4º y 5º de esta ley, respectivamente, al tipo que se hubiere tomado en cuenta al efectuarse la operación para hacer la conversión de la moneda nacional recibida a la moneda extranjera o si no es posible fijar este tipo a la paridad legal.

Conforme a tal disposición, la ley que se cita después de acoger el principio nominalista, establece por razones de indudable equidad, que el deudor está obligado a restituir el dinero recibido, en la misma moneda que el acreedor le entregó. Establece también ese precepto, tratándose de otras operaciones distintas del mutuo, que aun cuando

Directo 6674/1955. Antonio Mondragón, por sí y como interventor y albacea de la sucesión de Sabino Mondragón, resuelto el 11 de febrero de 1957 por unanimidad de 4 votos.

Directo 3252/1958. Productos Chihuahua, S. A., marzo 2 de 1959. Unanimidad de 4 votos. Ponente Mtro. Castro Estrada. Srío. Lic. Raúl Ortiz Urquidi.

Tercera Sala.—Boletín 1957, página 411."

7 "2040 VEHÍCULOS IMPORTADOS, COMPRAVENTA DE.—Aplicación al respecto del principio de la buena fe.—Siendo indiscutible que una de las bases de sustentación de nuestro sistema jurídico es la buena fe, misma que debe existir tanto en la celebración cuanto en la ejecución de los contratos, y siendo además norma expresa de nuestro derecho que estos, desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza son conforme a la buena fe, el uso o a la ley, y, por ello mismo, estando obligado el vendedor de un vehículo, de acuerdo con esa buena fe y aunque no exista pacto expreso al respecto, a entregarle al comprador, en el momento de la operación, la tarjeta aduanal respectiva, pues este requisito es indispensable para acreditar que el pago de los derechos aduanales se hizo cuando por ser de manufactura extranjera fue importado al país, resulta claro que si el vendedor no cumple con esta obligación, da causa a la rescisión de conformidad con la bien conocida disposición legal que establece que la facultad de resolver las obligaciones entiende implícita en las recíprocas para el caso de que alguno de los obligados no cumpliera con lo que le incumbe.

Directo 1188/1956. Porfirio Peña Rasgado, Resuelto el 5 de julio de 1956, por unanimidad de 5 votos. Ponente el Sr. Mtro. García Rojas. Srío. Raúl Ortiz Urquidi. Tercera sala. Boletín 1956, p. 514."

las partes hubieren convenido en modificar las cláusulas del contrato y el deudor hubiere aceptado pagar en moneda extranjera, si en el contrato original se estipuló moneda nacional el deudor se liberará haciendo el pago en moneda nacional.

12. *La buena fe y la equidad como principio rector de la Ley Federal de Protección al Consumidor.* Haré en seguida algunos comentarios sobre preceptos de la Ley Federal de Protección al Consumidor, que contienen normas aplicables a ciertos contratos mercantiles en los cuales intervienen como vendedores o proveedores comerciantes, industriales, prestadores de servicios, empresas de participación estatal, organismos descentralizados o los órganos del Estado en cuanto desarrollan actividades de producción, distribución o comercialización de bienes o prestación de servicios a consumidores. Las normas restrictivas establecidas por esa ley a la actividad mercantil son irrenunciables y la aplicación y vigilancia en la esfera administrativa del cumplimiento de dicha ley, corresponde a la autoridad administrativa, en este caso a la Secretaría de Industria y Comercio, actualmente Secretaría de Comercio.

La ley citada es aplicable sólo a los contratos y negocios mercantiles y por lo tanto sus disposiciones no son aplicables por ahora a los contratos civiles. En estos últimos, la parte económica o socialmente débil no encuentra aún protección expresa en los preceptos de la legislación civil. Sin embargo, dicha ley señala una directiva clara de la legislación, que puede a su vez servir de pauta en la labor interpretativa de la jurisprudencia en materia civil.

Los aciertos de la Ley Federal de Protección al Consumidor pueden ser recogidos y tal vez redactados con mayor precisión y claridad, en algunas reformas que podrán introducirse en los códigos civiles del Distrito Federal y de los estados de la Federación.

Así, por ejemplo, el capítulo tercero de la ley mencionada se denomina "De las obligaciones a crédito" y se ocupa de los contratos que en el derecho de las obligaciones se denominan contratos con obligaciones a plazo. Dejando aparte la desafortunada denominación del capítulo tercero que menciono, la Ley de Protección al Consumidor establece, con acierto, que en dichos contratos se deberá señalar con toda claridad:

- a) La parte del precio que el comprador paga por la cosa vendida o del servicio que se prestará.
- b) El importe de los intereses que se han calculado, así como el total de los réditos a pagar y la tasa a la que se calculan.
- c) La cuantía y especificación de cualquier cargo que el acreedor hiciera al adquirente de la mercancía vendida o el servicio que prestará.

d) El número de pagos a realizar, su periodicidad y la cantidad total estipulada como precio, así como el derecho del adquirente de cubrir anticipadamente el crédito con la reducción de intereses que corresponde.

Queda prohibido incluir en el cálculo de intereses la cantidad pagada por el adquirente como enganche. Estas disposiciones también son aplicables cuando un tercero conceda al adquirente un crédito para pagar el bien o servicio adquiridos si se ha constituido garantía real (prenda o hipoteca) sobre el bien de que se trata o cuando se haya documentado el crédito en forma tal que el deudor pueda oponer excepciones personales (artículo 21). Este precepto, en el párrafo final de dicho artículo, establece que esa norma no será aplicable si el adquirente es una institución de crédito.

Queda prohibido el pacto de anatocismo y por lo tanto no producirá efecto legal en los contratos a los que son aplicables las disposiciones que contiene la Ley Federal de Protección al Consumidor.

Tiene especial importancia la disposición contenida en el artículo 27 de la multicitada ley que dispone: "Artículo 27.—En la compraventa a plazos o con reserva de dominio, no podrá bajo circunstancia alguna aumentarse el precio originalmente estipulado, para la operación de que se trata." Este dispositivo reitera el principio de inmutabilidad absoluta del precio convenido por las partes al celebrar el contrato.

La norma prohibitiva contenida en el precepto, ha sido aplicada en una sentencia pronunciada por el juez segundo de distrito en materia civil, en un juicio ordinario mercantil⁸ en el que el procurador federal del consumidor, en representación del adquirente de un lote de terreno, demandó a la empresa fraccionadora, entre otras cosas, la nulidad de la cláusula cuarta del contrato de referencia que admitía la modificación del precio convenido, de acuerdo con las variaciones del cambio monetario, en relación al dólar norteamericano. Conforme con lo resuelto en esa sentencia, el juez federal declaró la nulidad de esa cláusula por ser violatoria del artículo 27 de la ley en cita.

La cláusula cuya nulidad se demandó dice en la parte conducente lo siguiente:

Cláusula Cuarta.—Tomando en cuenta que el pago del importe de esta operación fijado en la cláusula segunda está pactado a largo plazo y que la "Compañía" para la realización de sus obras ha requerido de financiamiento del exterior, las partes convienen en que dicho importe podría ser modificado proporcionalmente a las variaciones, si es que éstas existieran entre el tipo de cambio del peso mexicano respecto del dólar (mo-

⁸ Procuraduría Federal del Consumidor vs. Fraccionamiento Urbano y Campestre, S. A., Ordinario Mercantil 27/78.

neda de los Estados Unidos de Norteamérica). Por lo anterior, ambas partes manifiestan su conformidad para que la modificación opere automáticamente en el momento que llegare a variar la paridad de dicha moneda y surtirá efecto sobre el 50% del saldo insoluto del importe de esta operación que existe a esa fecha, computándose los intereses respectivos sobre el saldo modificado, sin que por esto deba modificarse el plazo originalmente pactado.

El juez de distrito declaró la nulidad de la mencionada cláusula con apoyo en el artículo 27 de la Ley Federal de Protección al Consumidor razonando que:

En los términos en que está redactada la referida cláusula cuarta, el importe del precio podría ser modificado tantas veces como se presentaran variaciones entre el tipo de cambio del peso mexicano respecto del dólar de los Estados Unidos de Norteamérica, lo que sería evidentemente contrario a la naturaleza y esencia de contrato de compraventa y legalmente inadmisibles. Por otra parte, las pretensiones de la demanda, que implicarían el aumento del precio directo de la operación concertada, contraría el artículo 27 de la Ley Federal de Protección al Consumidor que prohíbe en la compraventa a plazos y/o con reserva de dominio, bajo circunstancia alguna, aumentar el precio originalmente estipulado, para la operación de que se trata y como de acuerdo con el artículo primero de dicha Ley las disposiciones de la misma son de orden público e interés social y, por consiguiente, irrenunciables por los consumidores, aun en el supuesto de que éste estuvo conforme al suscribir el contrato de compraventa a que se ha venido haciendo referencia, en modificar el precio de la operación, esa estipulación no tiene alcance jurídico que se le pretende dar, porque está contraviniendo una disposición de orden público e interés social, como es la citada de la Ley Federal de Protección al Consumidor, consideración que se encuentra robustecida por el texto del artículo 8º del Código Civil para el Distrito Federal que precisa que los actos ejecutados contra el tenor de leyes de interés público serán nulos.

El argumento del juez sentenciador se apoya en un doble razonamiento, por una parte *a)* en que no es de acuerdo con la naturaleza del contrato de compraventa que el precio de la cosa vendida pueda ser impreciso o condicionado a posibles circunstancias modificadoras del mismo; *b)* que la posibilidad de modificación del precio tantas veces como se presentaran modificaciones de la moneda mexicana en relación con el dólar contraría la norma contenida en el artículo 27 de la Ley Federal de Protección al Consumidor en el que se establece que bajo ninguna circunstancia puede aumentarse el precio originalmente de la cosa vendida estipulado por las partes.

Este segundo argumento de la sentencia declarativa de nulidad de la cláusula cuarta tiene importancia en materia contractual, porque el juzgador, si bien se limita a hacer una aplicación literal del artículo 27 de la ley mencionada, establece que no es conforme a la naturaleza del contrato de compraventa (sin distinción de su carácter civil o mercantil).

En este respecto, el argumento del sentenciador va más allá del sentido del artículo 27 de la Ley Federal de Protección al Consumidor,

que establece la prohibición de modificar el precio de la cosa vendida "bajo ninguna circunstancia"; es decir, sólo dispone la nulidad de una cláusula que permita variar el precio establecido, mas no dispone la inexistencia del contrato, como podría concluirse si se acepta en su integridad el razonamiento del juzgador. El precepto legal en su recto sentido debe interpretarse como si dijera: "se tiene por no puesta toda estipulación que permita la variación del precio fijado, bajo cualquier circunstancia".

Por otra parte, la Ley Federal de Protección al Consumidor presenta otros aspectos de interés en materia de derecho de obligaciones. En efecto, el artículo 63 de la mencionada ley otorga a la Procuraduría Federal del Consumidor la facultad de vigilar que en los contratos de adhesión no se establezcan cláusulas con prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores o les impongan obligaciones inequitativas. Esta disposición es aplicable a los contratos que se redactan en formularios impresos o reproducidos en serie y en general cuando hayan sido redactados unilateralmente por el proveedor, sin intervención de la contraparte, tanto en la redacción del contrato como en su contenido.

Esos contratos, para su validez, requieren la aprobación expresa de la Procuraduría Federal de Consumidor. Cabría preguntar por qué esa ley establece la invalidez de las cláusulas inequitativas sólo cuando se trata de contratos redactados en formularios o machotes y no la establece para los contratos que las partes redactan por otros medios de escritura.

Este precepto introduce en materia mercantil y para los contratos de adhesión, un requisito de validez de carácter administrativo (la aprobación de la Procuraduría de la Defensa del Consumidor).

La intervención de la autoridad administrativa para otorgar validez a las estipulaciones contractuales parece ser atentatoria de la libertad contractual, no por la limitación a la autonomía de la voluntad, sino por la facultad concedida por esa ley a la autoridad administrativa, para otorgar o negar validez a esa estipulación, facultad que compete en nuestro régimen constitucional a la autoridad judicial.

No se requeriría de manera alguna esa intervención, si en la legislación se estableciera la prohibición y, por lo tanto, la nulidad de esas cláusulas, sin sujetar la validez de las mismas a la aprobación de la Procuraduría del Consumidor.

Existe, en mi concepto, la posibilidad de que los tribunales mexicanos, con base en una interpretación extensiva del artículo 16 del Código Civil del Distrito Federal, convocando la corriente doctrinal y el antecedente legislativo de la Ley Federal de Protección al Consumidor, inicien esa brecha en el derecho legislado, a la que me he referido

para hacer posible, aun en el estado que guarda nuestra legislación, una efectiva protección al débil en los contratos civiles; para alcanzar más tarde, por medio de las tesis jurisprudenciales, las reformas a la legislación contractual, persiguiendo el logro del propósito enunciado en el tema de este coloquio.

13. *Conclusiones:* a) Los conceptos de equidad y buena fe son principios rectores de todo el ordenamiento jurídico y en consecuencia son la base fundamental de los contratos.

b) La buena fe es un concepto de mayor amplitud y con diversos sentidos, lo mismo rige en los casos de responsabilidad civil por culpa, que, tratándose de la acción pauliana, del ejercicio abusivo de los derechos, en el caso de la lesión; pero en todos subyace el concepto fundamental en que descansan esos dos principios: a nadie es lícito enriquecerse injustamente en detrimento de otro.

c) Dichos principios rigen no sólo el momento de la celebración del contrato, sino también el momento de su ejecución.

d) El principio de equidad se aplica en los contratos onerosos; para juzgar de los provechos y gravámenes recíprocos debe estimar la relación de justa proporción entre unos y otros.

e) Los conceptos de buena fe y de equidad se encuentran enunciados, en principio, aunque no con la debida claridad, en el artículo 16 del Código Civil vigente, que dice: "Artículo 16.—Los habitantes del Distrito Federal tienen obligación de ejercer sus actividades y de usar y disponer de sus bienes en forma que no perjudique a la colectividad, bajo las sanciones establecidas en este código y en las leyes relativas."

f) Parece ser suficiente un enunciado general y abstracto de este principio; por ello se propone una disposición expresa en el sentido de que no puedan ser ejercidos en perjuicio de la colectividad, ni en contra de la equidad y de la buena fe. Enunciado este principio en la manera prohibitiva en que se sugiere, la inequidad en las cláusulas de los contratos da lugar a la parte perjudicada, en ese caso al débil, a invocar la nulidad en una prestación que resulta inequitativa por falta de equilibrio de los derechos y gravámenes que resultaría en su perjuicio.

g) La inequidad contractual puede incidir al llegar la ejecución del contrato si las circunstancias que prevalecen en el momento de la ejecución del negocio jurídico sufren graves alteraciones imprevisibles debido a circunstancias extraordinarias y que justifican la modificación de las estipulaciones, para ajustarlas a aquellos principios que dicta la equidad, logrando así el equilibrio de las prestaciones.

h) Corresponde a los tribunales crear, al respecto, un derecho jurisprudencial. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en las tesis que

se citan en el cuerpo de este trabajo, ha declarado que "la buena fe es una de las bases de sustentación de todo sistema jurídico"; y con ello se ha iniciado, en mi opinión, la posibilidad de hacer efectiva la aplicación de esos principios en los contratos y, en general, en los negocios jurídicos.

i) Por lo demás, el artículo 4º transitorio de la Ley Monetaria en vigor establece que tratándose de obligaciones de mutuo, cuando la moneda recibida del acreedor sea moneda nacional, el deudor se liberará pagando en esta última clase de moneda. Finalmente y siguiendo estas corrientes legislativas, la Ley Federal de Protección al Consumidor, como se desprende de sus disposiciones, es expresión de esos principios de buena fe de las partes y de equidad en la ejecución de las obligaciones contraídas por el consumidor.

j) La corriente legislativa, los antecedentes doctrinales, legales y normativos de legislación extranjera, son un índice claro de que en el contrato, como instrumento jurídico en el intercambio de bienes y servicios, la autonomía privada no debe exceder los límites de la equidad y, por lo tanto, de la buena fe por exigirlo así el orden público económico del país.

1. El título preliminar del Código Civil de España. Generalidades.
2. La reforma de 1974.
3. El sistema de fuentes en la reforma.
4. Fuentes primarias: la ley y la costumbre.
5. Las fuentes secundarias: los principios generales, la jurisprudencia y la equidad.
6. Los principios generales.
7. Discusión sobre su naturaleza. Las "aporías".
8. La analogía y los principios generales y el Código Civil mexicano para el Distrito Federal.
9. La jurisprudencia ¿es fuente formal del derecho?
10. La fuerza normativa de la jurisprudencia.

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y LA JURISPRUDENCIA EN LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE ESPAÑA

SUMARIO: 1. El título preliminar del Código Civil de España. Generalidades. 2. La reforma de 1974. 3. El sistema de fuentes en la reforma. 4. Fuentes primarias: la ley y la costumbre. 5. Las fuentes secundarias: los principios generales, la jurisprudencia y la equidad. 6. Los principios generales. 7. Discusión sobre su naturaleza. Las "aporías". 8. La analogía y los principios generales y el Código Civil mexicano para el Distrito Federal. 9. La jurisprudencia ¿es fuente formal del derecho? 10. La fuerza normativa de la jurisprudencia.

1. *El título preliminar del Código Civil de España*, que contiene los principios rectores del sistema sobre las fuentes de las normas jurídicas, y la interpretación, aplicación y eficacia del derecho, fue reformado por decreto de 31 de mayo de 1974. Esta reforma es el fruto de una labor que se inicia en el año de 1966 con un anteproyecto de Ley de Bases para modificar el título preliminar del Código Civil, que entonces no llegó a ser sometido a las cortes, pero que en el año de 1972, cuando las cortes autorizaron al gobierno español para modificar el título preliminar del Código Civil, dispusieron que esa modificación se hiciera con sujeción a las bases redactadas en 1966. Esta Ley de Bases tiene fecha 17 de marzo de 1973 y conforme a ella, el Ministerio de Justicia, a través de la Comisión General de Codificación, redactó el proyecto de texto articulado de 12 de enero de 1974, que, después de haber sido sometido a la consideración del Consejo de Estado y aceptado en lo substancial, fue promulgado con fecha de mayo de 1974.

Las disposiciones legislativas del título preliminar constituyen lo que se considera como "una verdadera ley preliminar o ley introductora al derecho total de país... especie de parte general legislativa que contiene normas, tanto de alcance público como privado..."¹ Como ocurre, por ejemplo, en cuanto a la jerarquía de las normas, a los conflictos de leyes en el tiempo y en el espacio, las reglas aplicables a la interpretación y aplicación del derecho, el catálogo de las fuentes del derecho ejecutivo, los efectos de la ignorancia de la ley, etcétera.

¹ Vega Benayas, Carlos de la, *Teoría, aplicación y eficacia de las normas en el Código Civil*, Madrid, Ed. Civitas, S. A., 1976, p. 36.

Ciertamente, en el texto vigente del título preliminar del Código Civil español, encontramos que la labor del legislador se ha limitado a precisar, corregir y aclarar el contenido del título preliminar del Código Civil español de 1889, en lo que se refiere a las materias de que se ocupa el título preliminar reformado.

2. *Lo reforma de 1974.* La reforma se encuentra dividida en cinco grandes capítulos, que comprende el mismo número de artículos que contenía el título preliminar del Código Civil en 1889. El capítulo I se refiere a las fuentes del derecho (directas e indirectas); en el capítulo II encontramos las disposiciones relativas a la aplicación de las normas jurídicas (reglas de hermenéutica); en tanto que el capítulo III se refiere a la eficacia de las normas del derecho y comprende disposiciones tales como las relativas a la inexcusabilidad de su aplicación por ignorancia o por error, las que atañen al *jus cogens*, las reglas sobre ilicitud y fraude a la ley, el principio que establece la exigencia de la buena fe en el ejercicio de los derechos y las consecuencias del ejercicio abusivo del derecho; cuando se entiende que se presenta este supuesto disponiendo que si por la intención, por su objeto (finalidad o por las circunstancias), se estima que el ejercicio del derecho es reprobable por antisocial, se niega el otorgamiento de la tutela jurídica a los actos u omisiones que aun en ejercicio de un derecho producen resultados lesivos al interés social; ello independientemente de que surja la acción en favor de la víctima para reclamar la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios por el uso abusivo del derecho.

En el capítulo IV del título preliminar encontramos las normas del derecho internacional privado y el capítulo V y final del título, contiene los preceptos relativos a los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio español (derechos forales).

Expuesta esa perspectiva, que señala las directrices, la estructura y la sistemática de la reforma, me ocuparé de comentar el papel que se asigna en la reforma a las fuentes del derecho, que se especifican en la reforma.

3. *El sistema de fuentes en la reforma.* El capítulo I del título preliminar consta de sólo dos artículos, cada uno dividido en varios párrafos, que podrían ser cada uno un artículo, porque contienen la enunciación de una norma jurídica. Esto se explica porque la reforma no altera los numerales de los dieciséis preceptos que integraban el título preliminar del Código Civil español antes de la reforma.

El artículo primero se encuentra dividido en siete párrafos marcados con los números uno a siete que se refieren, respectivamente, el número uno a las fuentes de derecho y a su orden jerárquico, el número dos postula el principio de que la validez de normas de rango

superior prevalecerán en caso de contradicción con cualquiera otra de rango inferior.

El texto del artículo 1º, capítulo primero, del título preliminar se lee así:

Art. 1º—1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español con la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

2. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.

3. La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte aprobada.

Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbres.

4. Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.

5. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado.

6. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales de derecho.

7. Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido.

2.1. Las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado, si en ellas no se dispone otra cosa.

2. Las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado.

3. Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario.

Vallet de Goytisolo dice, comentando este precepto:

Hace algunso años comentó (García Valdecasas) que resulta "un poco violento que sea una ley la que viene a decir que la ley esta por encima de las otras manifestaciones del derecho". ...partiendo de la existencia de una justicia material, esta posición es insostenible desde el momento en que la ley no la traduzca debidamente. Pero, por otra parte, desde el punto de vista de la *positividad* tampoco es sólida esta posición. El que fue decano de la Universidad de Tubinga, Von Bulom lo había observado "una ley de la que todo mundo supiera que los tribunales no la aplica, perdería importancia para la vida". Por otro lado, la positividad referida al derecho, significa algo más que la imposición de la voluntad imperante, requiere *efectividad*, es decir, que efectivamente se viva y se realice.²

En el párrafo número tres se postula el principio de que la costumbre, como fuente de derecho, tiene carácter supletorio, en ausencia de ley aplicable, y se dispone que no ha de ser contraria a la moral o al orden público. En este párrafo se establece expresamente que dentro

² Vallet de Goytisolo, Juan, "Algunas consideraciones de la ley la jurisprudencia de los tribunales como fuentes del derecho; en el Título Preliminar del Código Civil", *Revista de derecho privado*, estudios, Madrid, t. 1, vol. 1, 1977, p. 14.

de la costumbre se encuentran los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos.

Se reconoce a los principios generales del derecho la doble función de fuente formal supletoria (a falta de ley o de costumbre) y además de fuente informadora del ordenamiento jurídico.

Son fuente supletoria de derecho los tratados internacionales, previa su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado.

Con carácter de fuente complementaria del ordenamiento jurídico, el párrafo seis del artículo 1º, menciona a la jurisprudencia, a través de la doctrina que establezca el Tribunal Supremo "al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho". Finalmente, en el párrafo séptimo del precepto citado, la reforma establece la prohibición terminante dirigida a los jueces y tribunales de excusarse de resolver los asuntos de que conozcan, so pretexto de obscuridad o defecto de ley aplicable al caso (*non liquet*).

4. *Fuentes primarias: la ley y la costumbre.* La enunciación de las fuentes del derecho que un cuerpo de leyes incorpora al ordenamiento, constituye a la vez el enunciado a la declaración de principios filosóficos en que se inspira todo el sistema.³

En los siglos xvii y xviii la regla jurídica se inspiraba en España en los principios del derecho romano y en la tradición consuetudinaria anterior al fuero juzgo y a las Siete Partidas. Ambos cuerpos de leyes constituyen una compilación de lo que en derecho comparado se conoce como la gran familia romano-germánica y en ella se encuentra la fundamentación de toda la labor de interpretación e integración de las disposiciones del derecho privado español.

A partir del Código Napoleón y en lógica correspondencia del fortalecimiento del nacionalismo político, por una parte, y por la otra del concepto de Estado como expresión de la voluntad general, la fuente primordial estará constituida por la ley, como expresión del fruto de la voluntad del legislador, que a su vez es vocero de la soberanía del pueblo. El Código Napoleón y la escuela de la exégesis son la manifestación del derecho que ha encontrado en la ley escrita la fórmula más completa a su expresión. (Recuérdense las palabras de Bougnet: "yo no enseño derecho civil explico al Código de Napoleón".)

Lo que más tarde constituyó la escuela positivista, atribuyó de un

³ "Credo che non si possa impostare una discussione, feconda almeno tra studiosi di sistemi giuridici continentali, sulla natura del regionamento giuridico, se non si tien conto di questa concezione del fini del diritto che prevale nei nostri sistemi di diritto privato e publico, e che non puo non influenzare il modo di concepire i fini dela giurispudenza", Norberto Bobbio, "Sul ragionamiento del giuristi", en *Rivista di diritto civile*, Padova, 1955, año 1, p. 4.

modo absoluto a la voluntad del Estado, y más claramente a la voluntad del gobernante, la potestad omnímoda para dictar la regla jurídica. Desde entonces, durante el siglo XIX, hasta el tercer decenio del siglo XX, el intérprete, frente a las lagunas de la ley, debe conocer los principios generales del derecho, por medio de un proceso de sucesivas abstracciones, a partir de los preceptos de la ley.

La costumbre, si bien reconocida como fuente subsidiaria en algunos Códigos Civiles, sólo podrá ser invocada por el juzgador si de una manera expresa la ley permite recurrir a ella; lo que quiere decir que la costumbre adquiere fuerza obligatoria, por delegación de la ley, ya se trate de costumbre complementaria o paralela a la ley (cuya función es coadyuvar en la interpretación y aplicación del precepto escrito, ajustándolo a una determinada realidad social), pero siempre dentro del marco establecido por la fórmula. En ese sistema positivista la única fuente directa del derecho está constituida por la ley escrita. De ella depende la aplicación de las fuentes indirectas o secundarias (la costumbre y los principios generales del derecho).

Por otra parte, el silencio del legislador francés sobre el catálogo de las fuentes, revela claramente que el autor de la ley no se plantea siquiera la posibilidad de la existencia de fuentes más allá o por encima de la ley escrita. Para conocer el derecho civil, basta conocer la preceptiva del Código, y para resolver las controversias judiciales del orden civil a falta de ley expresa, del propio texto se desprenderá "el pensamiento que ha guiado al legislador, aunque más tarde esta idea evolucionó permitiendo al juez, por medio de un proceso inductivo, que debe llevar al cabo el intérprete, descubrir los principios generales implícitos en la ley pero siempre dentro del marco de la legislación".⁴

5. *Las fuentes secundarias: los principios generales, la jurisprudencia y la equidad.* En sistemas legislativos, que como el Código Civil de 1889 no se sometieron al rigorismo positivista, se admite, junto a la ley, que existen otras fuentes del derecho o mejor, de conocimiento del derecho, que han de ser aplicadas; en esos sistemas de derecho escrito, la aplicación de la norma se lleva al cabo: a) por aprehensión de la fórmula contenida en el precepto; b) por su interpretación racional y lógica a fin de conocer el sentido de la disposición legislativa; c) por medio de la interpretación analógica, extensiva y restrictiva;

⁴ "Límites en la libertad del intérprete.—En este caso se amplía la misión del intérprete; puede él decidirse con más independencia. Sin embargo, no es absolutamente libre. Está limitado por el espíritu general de las leyes y por ese conjunto de reglas científicas que se llama principios generales del derecho. Debe entonces vislumbrar cuál sería la decisión de legislador, si fuese llamado a resolver la cuestión que se le presenta", Marcelo Planiol, *Tratado elemental de derecho civil*, con la colaboración de Georges Ripert, trad. de José Ma. Cajica Jr., t. 1 (Introducciones Familia, Matrimonio), Puebla, México, s/f, p. 119.

d) por la indagación y expresión de los principios generales, que no estando formulados en la preceptiva del Código, pueden ser conocidos por el intérprete conforme a los criterios de valor o de ideas básicas que inspiran no sólo el Código Civil, sino el ordenamiento jurídico de su totalidad y en un país determinado.

En lo que atañe a este punto, García de Enterría se expresa así:

...la ciencia jurídica no tiene otra misión que la de develar y descubrir, a través de las conexiones de sentido cada vez más profundas y ricas, mediante la construcción de instituciones y la integración respectiva de todas ellas en un conjunto, los principios generales sobre los que se articula y debe por consiguiente expresarse el orden jurídico. Éste, en la sugerente expresión de Simonius, "está impregnado de principios, hasta sus últimas ramificaciones" de modo que en hacer patente esa oculta y profunda vida de los principios, está la augusta función del científico del derecho y no en ofrecer clasificaciones y sistematizaciones geométricas, lógicas y nemotécnicas de la materia de las leyes.⁵

El sistema de fuentes del derecho, reconocido en el artículo 1º del Código Civil de España conforme a la reforma, si bien es cierto que modifica el texto gramatical de los artículos 5º y 6º del título preliminar que fueron reformados, no entraña un cambio de esencia en el sistema que prevalecía en la materia, antes de 1974. Aunque ciertamente en manera más clara y terminante el precepto reformado afirma la posición que ha adoptado tradicionalmente el legislador, la doctrina y la jurisprudencia reconociendo el principio pluralista de las fuentes del derecho.

Quiere ello decir que la actividad creadora del derecho no es privativa del Estado al ejercer su función legiferante, sino que en el derecho español se reconoce claramente que siendo la ley la primera fuente de información para el intérprete, también lo son la costumbre y los principios generales del derecho, medios de manifestación de las normas jurídicas, cuando éstas no han encontrado expresión en una fórmula legislativa. Es decir, que la idea directriz o mejor aún la posición adoptada por el Código Civil de España en esta materia se aleja enteramente del positivismo jurídico y, en consecuencia, del monopolio del Estado para dictar el ordenamiento jurídico, y atribuye al juzgador, en ausencia de ley, la potestad de formular derecho objetivo a través de la labor interpretativa e integradora. De esta manera el legislador español con la reforma de 1974 ha confirmado la existencia de un amplio cauce al intérprete y al juzgador en la labor de creación del derecho.

6. *Los principios generales en el Código Civil español, han sido y*

⁵ García de Enterría, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el derecho administrativo*, Estudios en honor de Serrano y Serrano, t. II (Estudios varios), Valladolid, 1965, p. 222.

continúan siendo fuente directa aunque subsidiaria del derecho; ocupan un tercer grado en la jerarquía en orden a su aplicación, puesto que sólo pueden ser invocados en defecto de ley o de costumbre.⁶

La mención expresa de los principios generales del derecho como el medio indicado para colmar las lagunas de la ley (lo que no ocurría en el sistema adoptado en el título preliminar del Código Civil antes de la reforma), es un índice claro de que la reforma se aleja definitivamente del positivismo jurídico y adopta una concepción realista del derecho, recogiendo la experiencia forense que invocaba constantemente las ideas directrices del Código para interpretar el precepto expreso o para resolver un caso no previsto en el cuerpo legislativo. Vale decir que junto al derecho legislado se reconocía validez a la realidad jurídica y a los principios de derecho natural que la informan.⁷

⁶ En esta manera, a falta de ley o de costumbre y frente al principio *non liquet* que se impone al juez, no se abandona la decisión a una valorización subjetiva, y se le impide incursionar en campos metajurídicos, so pretexto de indagar las fuentes materiales del derecho (sociología, política, economía, ideología). "Las fuentes del derecho se han clasificado en directas o inmediatas o indirectas según que tengan o no virtud bastante para por sí mismas y sin más poner a producir la regla jurídica. En rigor, tratándose de fuentes de origen o producción sólo es posible lógicamente reconocer las primeras, en cuya razón se llaman fuentes formales del derecho, en sentido riguroso tales como la ley y la costumbre. Las otras mediatas o indirectas, ayudan y colaboran en la concepción del derecho, son elementos informadores que no tienen fuerza bastante para partearla; sirven para la mejor comprensión de la regla, pero no les dan existencia, en cuyo supuesto son más que fuentes del derecho, fuentes de conocimiento del mismo (Chironi)", Felipe Clemente de Diego, *Instituciones de derecho civil español*, Madrid, 1950, t. 1, p. 100. "El vocablo 'fuente' se ha entendido y se entiende como: a) el órgano o medio productor de la norma jurídica en su realidad y contenido concretos; b) las formas y manifestaciones de las normas jurídicas, y c) el fundamento de validez jurídica de las normas. Estas tres acepciones merecen estrictamente la denominación de 'fuentes jurídicas' o fuentes del derecho positivo', ... desde el punto de vista de sujeto cognoscente, se entiende también por 'fuente' toda manifestación externa, huella, resto o constancia escrita o verbal que permite a nuestros sentidos captar la existencia de normas o conductas jurídicas pretéritas o actuales, reconstruirlas y estudiarlas. Aquí nos encontramos frente a las fuentes de conocimiento jurídico histórico o actuales, que son las que conciernen a la investigación del derecho", Aníbal Bascuñán, *Introducción al estudio de las ciencias jurídicas y sociales*, Santiago de Chile, 1960, núm. 66, p. 128.

⁷ "La realidad jurídica no ocupa por tanto una esfera aparte en un mundo platónico; es la misma realidad que estudian otras ciencias y que éstas entregan ya sistematizada al jurista para que éste prosiga las actividades que aconsejan los fines del derecho. La realidad jurídica es el punto de partida y el punto de llegada del mundo del jurista. Al principio es contemplada científicamente; al final es moldeada técnicamente por el jurista. En medio, se hallan las normas jurídicas como instrumento forjado artísticamente de acuerdo con valoraciones filosóficas de justicia, instrumento que perderá su razón de ser si se constituye de espaldas a la realidad jurídica que quiere regular", Miguel Villoro Toranzo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Ed. Porrúa, 1966, p. 153. "Las figuras jurídicas, supongamos la compraventa, la hipoteca, el mandato, el hurto... se diferencian de las figuras geométricas como el prisma, el triángulo, el círculo, entre otras, porque estas últimas se presentan como el golpe al espíritu, en un plano sin profundidad histó-

7. *Discusión sobre su naturaleza. Las "aporias"*. No es menos ilustrativo acerca de la posición jusnaturalista en que se sitúa la reforma, que en ella se haya reconocida la equidad, una función instrumental en la interpretación de las normas jurídicas, aunque ciertamente dentro de un campo limitado; "sólo cuando la ley expresamente lo permita" (apartado 2 del artículo 3º).

Debe advertirse que en el Código Civil español los principios generales del derecho desempeñan una doble función: a) como fuente de derecho que se le asigna y b) un papel informador de las demás fuentes, al tenor de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 1º que se comenta.

Antes de seguir adelante, parece oportuno señalar el papel que en nuestro Código Civil del Distrito Federal desempeñan los principios generales del derecho. El artículo 18 de ese cuerpo de leyes establece que: "Las controversias judiciales del orden civil, deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales del derecho." En esta disposición legislativa, la función de los principios generales del derecho son instrumento integrador de derecho, frente a las lagunas generales del derecho no sólo desempeñan el papel "informador" del juzgador en su labor interpretativa a que se refiere el artículo 1º, párrafo 4 del Código Civil español, sino que además constituyen una porción importante del orden jurídico.

Pero para cumplir esa función, los principios generales del derecho requieren ser aplicados por el juzgador y en esta manera adquirir expresión normativa.

Los verdaderos principios son los que J. Esser denomina "principios problemáticos o ideas básicas en sentido retórico" (verdaderas "aporias" en sentido lógico). Con todo, atribuye a unos y a otros la misma naturaleza, diciendo por un lado que (un principio) "no es un precepto jurídico, ni una norma en sentido técnico —en lo que estamos perfectamente de acuerdo— en tanto no contenga ninguna instrucción vinculante de tipo inmediato para un determinado campo de cuestiones, sino que requiere o presupone la acuñación judicial o legislativa de dichas instrucciones, lo que se explica, por falta de una norma de remisión general a los principios en el derecho alemán, a diferencia de lo que sucede en nuestro derecho. Por eso, nosotros podemos añadir que, los principios, para que actúen como reglas requieren su concreción —fuera de los casos en que un precepto concreto instrumento el principio de una u otra manera— mediante la interpretación y la aplicación del derecho.⁸

rica, mientras que las creaciones del derecho, difícilmente pueden ser captadas, si no son sentidas en cierta profundidad temporal. El tiempo, vaya, la historia es un elemento del derecho, en varios sentidos, pero aquí queremos señalar solamente el aspecto de profundidad temporal de que las normas están dotadas, en cuanto todas ellas son creaciones de la cultura humana en su evolución", Sebastián Soler, *La interpretación de la ley*, Barcelona, 1967, p. 22.

⁸ De los Mozos, José Luis, "Derecho civil español", I parte general, vol. 1, *Introducción al derecho Civil*, Salamanca, Ed. Kadmos, 1977, p. 494.

8. *La analogía y los principios generales y el Código Civil mexicano para el Distrito Federal.* El texto del artículo 19 de nuestro Código Civil, que reproduce textualmente el párrafo final del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, impone a los jueces el deber de dictar el pronunciamiento, aun en los casos de oscuridad o falta de ley (*non liquet*); de acuerdo con ese precepto entendemos que los principios generales del derecho, en nuestro sistema jurídico, son las ideas informadoras del Código (en lo cual concuerda con la disposición contenida en el artículo 1º—4 del Código de España) y, además, en los casos de oscuridad o falta de fórmula legal aplicable, los principios generales desempeñan una función no prevista en el Código español; son fuente directa de derecho, en el mismo grado que lo son la ley y la costumbre.

En opinión de Demófilo de Buen:

Por principios generales del derecho deben entenderse, además de los inspiradores de nuestro derecho positivo, los elaborados o acogidos por la ciencia del derecho, o que resulten de los imperativos de la conciencia social. Dichos principios, para su observancia, habrán de reunir dos condiciones: 1ª Encajar en el sistema de nuestro derecho positivo; 2ª Que estén reconocidos en nuestra legislación; o, si no fuera así, se impongan por su misma evidencia o porque los apoye la doctrina más autorizada.⁹

Podríamos decir entonces que los principios generales tienen una función integradora de la ley en aquellos casos en que el juzgador, debiendo dar solución al problema que se le plantea en el juicio, no encuentra en la fórmula legal la norma aplicable, ni la disposición puede ser conocida por medio de la analogía (*analogía legis*). Es entonces cuando el juez ha de indagar cuáles son los principios o las directrices que informan el sistema de la institución o mejor, del Código mismo, para tratar de encontrar en ellos, por un procedimiento también analógico (*analogía juris*), la solución que está implícita en el sistema, mediante ese proceso lógico-jurídico.¹⁰

⁹ *Introducción al estudio del derecho*, segunda ed., nota preliminar de Néstor de Buen, México, Ed. Porrúa, 1967, p. 288.

¹⁰ "Lo que sucede es que el legislador parece desconfiar de los principios, aferrándose a los viejos dogmas del positivismo legalista: sumisión de los principios a la ley y obtención de los principios mediante deducción lógica del texto legal. Teniendo en cuenta que, sobre todo ello, gravita la idea de la plenitud del ordenamiento jurídico, a la que han de servir, también, los principios desarrollando lo mismo que en la aplicación extensiva de la norma, una actividad lógica con lo que desaparece por un lado y así en el tenor literal de nuestro artículo 1º—4 Cc., la función interpretativa de los principios que en cierta medida quiere ser suplantada por la analogía mientras que por otro se olvida que cuando se trata de los principios no entra en juego una actividad lógica—como sucede, en cambio, en la analogía *legis*—ni siquiera como actividad lógica subordinada, sino una actividad valorativa, axiológica, que integra y completa las propias valoraciones normativas", José Luis de los Mozos, *op. cit.*, p. 489.

Cuando la analogía es insuficiente para llevar al cabo la labor integradora de la ley, los principios generales están llamados a desempeñar su función normativa. En esta labor el juez debe llevar al cabo una "actividad valorativa, axiológica, que integre y complete las propias valoraciones normativas",¹¹ recurriendo a lo que Federico de Castro denomina los principios dogmáticos.¹² Teniendo como tales las ideas informadoras, no sólo del Código Civil sino del ordenamiento jurídico en general, así como el momento histórico sociológico y también la tradición jurídica, constituida por los antecedentes legislativos y los resultados de la experiencia jurídica.¹³

El recurso a los principios generales exige que sean formulados en la sentencia una vez conocidas por el juez. De esta manera se relacionan con el derecho jurisprudencial, al que me referiré en seguida.

9. *La jurisprudencia ¿es fuente formal de derecho?* El artículo 1º, párrafo 6 del Código Civil de España, asigna a la jurisprudencia una función complementaria de la ley, cuando en ejercicio de su poder decisivo los tribunales reiteradamente sustentan un criterio interpretativo o integrador de la ley, de manera que forman así un cuerpo de doctrina o de tesis jurisprudenciales, como se les conoce en la práctica forense.^{13 bis}

Los comentaristas de la reforma coinciden en que la mención de la jurisprudencia en la preceptiva del artículo 1º del Código Civil no constituye una verdadera innovación en el sistema español, puesto que este precepto sólo recoge en su disposición la práctica de los tribunales (verdadero *usus fori*), que en manera constante se invocan los precedentes judiciales en muchos fallos pronunciados. Por otra parte, cuando la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 1729) menciona la aplicación de la "doctrina legal", se refiere a la opinión de los juriconsultos invocada por los litigantes y recogida por el juzgador en su sentencia. El Tribunal Supremo ha reconocido la existencia de una doctrina jurisprudencial, cuando reúne los siguientes requisitos: a) debe ser recogida en las sentencias del Tribunal Supremo y de la sala que resuelva sobre derecho sustantivo; b) se requiere la reiteración de esa doctrina en las sentencias; c) debe tratarse de casos idénticos o análogos supuestos de hecho, preceptos legales y fuente jurídica, aplica-

¹¹ De los Mozos, José Luis, *op. cit.*

¹² *Derecho civil español.*

¹³ Así, en opinión de Sánchez Román, citado por De Buen, los principios del derecho están contenidos en el título 34 de la partida 7ª y a ellos debe acudir el intérprete a falta de ley o de costumbre aplicable, *op. cit.*

^{13 bis} *Cfr.* la opinión de M. Belaid en *Pour une Théorie della connaissance juridique*, cit. p. 116.

bles al caso o motivo del recurso de cesación; d) es también exigencia que la doctrina sea decisiva en la resolución del caso resuelto.¹⁴

La opinión antes de la reforma no era unánime acerca de si la voz jurisprudencial comprendía también la doctrina interpretativa sostenida en las sentencias de los tribunales y si ésta tenía un valor normativo por su reiteración o si la jurisprudencia sólo reconoce o acepta que el razonamiento expuesto por el tribunal tiene fuerza de convicción por sí mismo.

La importancia de la reforma, al incluir a la jurisprudencia como instrumento complementario de la interpretación, consiste en que ha puesto fin a esa discusión y ha fijado el papel que desempeña la jurisprudencia y sus límites dentro de la labor jurisprudencial.

Tomando en cuenta el texto del párrafo 6 del artículo 1º que se menciona, parece claro que la jurisprudencia, de acuerdo con la reforma, no es propiamente una fuente del derecho; por lo menos no lo es en el sentido de fuente formal, porque desempeña un papel complementario u orientador en la labor de interpretación y de aplicación de la ley, de la costumbre o de los principios generales del derecho, que sí son fuentes formales del derecho.

Enrique Zuleta Puceiro, en este respecto, dice lo siguiente:

La jurisprudencia como fuente del derecho. Aunque casi sin excepción la doctrina española reconociera que la jurisprudencia no figura entre las fuentes formales establecidas por el artículo 6, la inquietud por receptar el papel de importancia, desempeñado por las decisiones judiciales en la vida jurídica, llevó a plantear la posibilidad de introducir la jurisprudencia en el esquema de fuentes, a través de la vía indirecta de asimilarla a alguna de las fuentes formales subsidiarias a la ley, la costumbre y los principios generales de derecho... ambas orientaciones niegan como hemos dicho, el valor de fuente formal de la jurisprudencia desempeñaría un papel de fuente real, acorde con la importancia de la actividad judicial...¹⁵

Habría que reconocer que la jurisprudencia por sí misma (las tesis contenidas en las sentencias y reiteradas por los tribunales) no es fuente autónoma de producción jurídica, no es generadora de derecho, porque su obligatoriedad proviene de la ley, la costumbre y los principios generales del derecho a los que sirve de complemento, contrariamente a lo que ocurre en nuestro derecho positivo en el que como es sabido de manera expresa, que en el juicio de amparo y conforme a los artículos 192 y 193 bis de la ley de la materia, la jurisprudencia sobre interpretación de la constitución y reglamentos federales o locales o tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano que esta-

¹⁴ De Castro y Bravo, Federico, *Derecho civil de España*, Madrid, 1955, p. 563.

¹⁵ Zuleta Puceiro, Enrique, *Jurisprudencia y fuentes del derecho. El título preliminar del Código Civil (Estudios)*, t. I, vol. I, Madrid, ed. Revista de Derecho Privado, 1977, p. 140.

blezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para los jueces federales, tribunales militares o del orden común, así como para los tribunales administrativos y del trabajo. La jurisprudencia que establezcan los tribunales colegiados de distrito, es obligatoria para los juzgados de distrito, tribunales del fuero común, administrativos y del trabajo.

La jurisprudencia no es fuente formal de derecho tanto por función complementaria de las otras fuentes formales, como porque el pronunciamiento del juez tiene sólo fuerza vinculatoria en el caso particular de la controversia que se resuelve en el juicio. Así pues, la sentencia del juzgador carece de generalidad y de abstracción (datos característicos del derecho objetivo); su función se limita a completar y particularizar el precepto de interpretación. Por ello, se ha dicho con razón que la sentencia no crea derechos subjetivos, simplemente los declara.¹⁶

10. *La fuerza normativa de la jurisprudencia.* En el derecho español, la doctrina acepta que la jurisprudencia, conforme a la disposición del artículo 1º, párrafo 6 del título preliminar, no es fuente formal, y aun para quienes son de opinión contraria no llegan a afirmar que es fuente formal autónoma o autárquica como son la ley y la costumbre. Su fuerza vinculatoria radica en la solidez y poder de convicción de los principios científicos y de los razonamientos en que descansa la tesis que la sentencia invoca. Es, entonces, verdaderamente una fuente real de derecho (y no formal) que impone una determinada conducta debida, no por disposición de la ley, sino por validez

16 "Menos aún es fuente de derecho objetivo, la sentencia del magistrado; la sentencia no es por regla general tampoco fuente de derechos subjetivos, porque declara y afirma solamente el derecho preexistente. La sentencia, en efecto, por su función propia, no atribuye, no crea derechos subjetivos, sino sólo los declara. Sin embargo, existen sentencias que, con fundamento en una precedente declaración, crean entre las partes una situación jurídica nueva, que puede decirse que tiene su causa en la sentencia (sentencias constitutivas); también estas sentencias, empero que por otra parte no constituyen la regla, tienen por objeto la declaración de derechos, que, por su naturaleza particular, dan nacimiento a una nueva situación jurídica entre los sujetos interesados (Chiovenda)", Salvador Pu-bliati, *Introducción al estudio del derecho civil*, México, 1943, p. 60. "Pero el juez no es ni una máquina automática de subsumir, ni un legislador, es decir, un creador de normas generales: el juez está sometido a la ley y tiene que aplicarla al caso concreto; pero como la ley, por muy estricta que sea, le deja siempre un margen de libertad, porque siempre posee una dosis de indeterminación, el juez al aplicar la norma general, crea una norma nueva, no general, sino individual, pero norma al fin, que aporta un *plus* al conjunto del orden jurídico que tiene, frente a la relación individual que regula y frente a los actos ejecutivos que han de convertirla en realidad, al mismo valor autárquico de exigibilidad que posee la norma general frente a todos los órganos jurisdiccionales encargados de su aplicación y frente a todos los hombres que han de ajustar sus conductas a sus preceptos", Luis Legaz Lacambra, *Filosofía del derecho*, Barcelona, 1953, pp. 423 a 424.

de los razonamientos en que se apoyan sus mandamientos, en que se apoyan los puntos resolutive de la sentencia.¹⁷

Con anterioridad a la reforma del título preliminar, los precedentes tuvieron un valor de mera orientación general y no constituyen propiamente una fuente de normas vinculantes con carácter general.

En el artículo 1º, párrafo 6, objeto de este comentario, el legislador reconoce la importancia que los precedentes judiciales tienen en la práctica forense; por ello dio a la jurisprudencia un puesto en el esquema de las fuentes, atribuyéndole validez subsidiaria. De esta manera quedaron incorporadas a las fuentes, después de la ley, la costumbre y a los principios generales de derecho, que son las únicas fuentes formales expresamente reconocidas en el ordenamiento.

Por otra parte, ya nos hemos referido a la opinión "eclectica" del profesor Castán Tobeñas, conforme a la cual, aunque la jurisprudencia no es fuente autónoma, tampoco puede negarse que carece de valor y autoridad suficiente para ser reconocida y respetada en los fallos de los tribunales.¹⁸

La polémica no ha quedado hasta ahora resuelta definitivamente por la doctrina y es que en su solución influye en forma definitiva la concepción general que sobre el ordenamiento jurídico adopte el intérprete o doctrinario, quien ha de resolver previamente las siguientes cuestiones:

- a) ¿Es la ley única fuente del derecho con la aseguración de todas las demás instituciones normativas?
- b) ¿Es la ley fuente primordial, pero no excluyente de las costumbres y los principios generales del derecho?
- c) ¿La legitimidad de las otras fuentes formales, procede del dere-

17 "Una concepción de Puig Peña denominada 'eclectica' es la de Castán Tobeñas, quien ha desarrollado sus opiniones sobre el tema en numerosas obras. Para Castán, no cabe duda que la jurisprudencia no es fuente autónoma de producción jurídica, como pueden serlo la ley y la costumbre. Ello no implica, sin embargo, que carezca de valor y autoridad. Tal carácter no le adviene sólo por vía indirecta en cuanto puede llegar a constituir derecho consuetudinario obligatorio, sino también por vía directa, en cuanto va ligada a la jurisprudencia una muy visible, aunque limitada actividad creadora cuyos resultados y soluciones se imponen en la práctica imperiosamente a los tribunales inferiores y aun en cierto sentido —con fuerza puramente moral—, al tribunal superior que la establece", Enrique Zuelta Puceiro, *op. cit.*, p. 141.

18 "Nuestra tesis es la de considerar la jurisprudencia efectivamente fuente de derecho, pero no fuente formal, indirecta o complementaria, sino real e institucional. Su fundamento lo encontramos en dos comprobaciones de la realidad: a) como poder jurídico, órgano y custodia del derecho, institucional y constitucionalmente así declarado y b) como creador del derecho, como realizador del mismo, al aplicar normas extrapositivas, al lado de su más normal y cotidiana función de interpretación uniforme. Es decir, que la jurisprudencia no sólo complementa el ordenamiento formal del derecho sino que lo completa, no en vía subordinadora e indirecta, sino propia", Carlos de la Vega Benayas, *op. cit.*, p. 98.

cho escrito o surge de al fuerza que por sí misma tienen aquéllas?

d) ¿Participan en igual rango y grado dentro del catálogo de las fuentes formales de la ley, la costumbre, fuentes generales y jurisprudencia?¹⁹

El sistema legislativo español, desde antes de la reforma, de la misma manera que el sistema legislativo mexicano, queda adscrito a la concepción de la ley como fuente primordial de derecho. La costumbre, los principios generales y la jurisprudencia, reciben del derecho legislado el poder creador de la regla de derecho. Podríamos decir que la ley constituye la fuente formal originaria o de primer grado, en tanto que las demás reconocidas por la ley constituyen el grupo de fuentes de segundo grado. Su fuerza obligatoria procede de la ley por delegación.

Por otra parte (y en este sentido puede entenderse la función complementaria de la jurisprudencia), no puede pasar inadvertido que las decisiones judiciales, la norma jurídica general y abstracta, al ser aplicada por el juez en la sentencia, añaden algo a la norma. En efecto, mientras la ley no es aplicada en los casos concretos, el precepto permanece en el ámbito de la generalidad y abstracción, y sólo se actualiza o se individualiza en el pronunciamiento que resuelve situaciones jurídicas concretas y particulares.

En otras palabras, la naturaleza complementaria de la jurisprudencia como fuente del derecho, significa que en la labor interpretativa y, principalmente, en la labor de integración de la ley, coadyuva en el conocimiento de la norma que el juzgador considera aplicable al caso particular controvertido que se somete así a una regla que, al haber sido aplicada, participa así del ordenamiento jurídico.

19 "Chaque société humaine détermine, soit spontanément, soit institutionnellement, le mode de production des règles qui la gouvernent. En termes techniques, chaque société possède son système de sources formelles. Et c'est ici que la confusion commence! Nous verrons que la plupart des théories accordent ou refusent le caractère juridique — et une fois encore il s'agit d'une question de terminologie — en fonction de critères qui ont trait au mode de production des règles plutôt qu'aux particularités du produit fini lui-même. Le 'juridique' est défini par rapport à la production normative et non pas par référence à des particularités qui ont trait à la norme elle-même'. Tout est typique de cette manière de procéder est le passage de Stoyanovitch cité plus haut. Pour quelle raison l'auteur refuse-t-il le caractère 'juridique' aux règles qui répriment l'homicide, le vol ou le viol alors même qu'il admet l'existence d'une autorité sociale qui rétablit ces règles lorsqu'elles sont violées? La réponse est simple; elle n'émanait pas d'un État. La définition du juridique est donc à faire de langage et de convention'. La définition fondée sur l'origine, sur la source, est manifestement la plus répandue. Nous devons donc y souscrire. Il faut savoir choisir de parler le langage du plus grand nombre", Jean-François Perrin, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève, 1979, p. 16.

1. Los principios generales del derecho.
2. Contenido ético de la buena fe.
3. La buena fe: su unidad conceptual y su diversidad normativa.
4. La buena fe como fuente de derecho.
5. El ejercicio de los derechos subjetivos y la buena fe.
6. La buena fe posesoria.
7. La buena fe y los efectos del contrato.
8. La cláusula *rebus sic stantibus*
9. Pago de lo indebido: buena fe del *accipiens*.
10. Los terceros de buena fe.
11. El matrimonio putativo.
12. Recapitulación.

EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN EL DERECHO CIVIL

SUMARIO: 1. Los principios generales del derecho. 2. Contenido ético de la buena fe. 3. La buena fe: su unidad conceptual y su diversidad normativa. 4. La buena fe como fuente de derecho. 5. El ejercicio de los derechos subjetivos y la buena fe. 6. La buena fe posesoria. 7. La buena fe y los efectos del contrato. 8. La cláusula *rebus sic stantibus*. 9. Pago de lo indebido: buena fe del *accipiens*. 10. Los terceros de buena fe. 11. El matrimonio putativo. 12. Recapitulación.

1. *Los principios generales del derecho*. El tratamiento del tema propuesto exige empezar por lo que se entiende generalmente por principios generales del derecho, para pasar en seguida a tratar de conocer de qué manera la buena fe puede considerarse como un principio del derecho civil.

Después, en el desarrollo de este trabajo, habré de referirme a la naturaleza ético-social de esos principios y a sus diversas manifestaciones en nuestro derecho positivo.

Por lo que se refiere al primero de los propósitos mencionados, será necesario realizar algunas indagaciones acerca del sentido o mejor, de los sentidos en que la doctrina civilista emplea la locución "principios generales del derecho".

Una parte de la doctrina identifica a dichos principios con las normas emanadas del derecho natural, con los principios de la justicia; es decir, los considera como normas de derecho absolutas, invariables y aplicables que en cualquier época tienen validez. Son normas que se imponen al derecho positivo y derivan, según las diversas escuelas, de la divinidad o de la razón natural.¹

La doctrina positivista entiende por principios generales del dere-

¹ "Nosotros nos pronunciamos abiertamente por la interpretación según la cual los principios generales del derecho son principios jurídicos fundamentales de validez universal y absoluta, o sea, principios de derecho natural. Pero en tanto que se hable de ellos no en un plano puramente filosófico-jurídico, sino en el de la dogmática jurídica, ha de hacerse la salvedad de que tales principios del derecho natural deben estar incorporados a la legislación positiva; de lo contrario su validez ideal no será título suficiente para que puedan ser alegados como fuente de derecho en el sentido, por ejemplo, del artículo 6º de nuestro Código Civil. Pero su misión, como normas aplicables, no es rectificar, sino completar las determinaciones de los preceptos del derecho escrito y consuetudinario, de donde resulta la figura del orden jurídico como un todo herméticamente pleno", Luis Legaz Lacambra, *Filosofía del derecho*, Barcelona, 1953, p. 431.

cho las ideas rectoras de un sistema jurídico concreto. Así, el Código Civil italiano *v. gr.*, acoge principios generales que pueden ser diferentes de los que inspiran al legislador mexicano. El artículo 1º del Código Civil suizo expresa que "en los casos no previstos en la ley, el juez decide de acuerdo con la costumbre y en defecto de ésta según la regla que él seguiría si fuera el legislador".²

No ha faltado quien considere que los principios generales del derecho se contienen en la obra de los jurisconsultos expresada en la doctrina jurídica.

Por su parte, Sánchez Román ha sustentado que cuando el Código Civil se refiere a los principios generales del derecho, remite a aquellas reglas contenidas en el título 34 de la partida 7ª en el que se contienen los principios o reglas fundamentales que inspiraron aquella legislación.

En una manera abreviada, para los efectos de este trabajo y siguiendo la opinión de Demófilo de Buen,³ los principios generales del derecho son los "inspiradores de nuestro derecho positivo", los elaborados y acogidos por la ciencia del derecho que representan los imperativos de la ciencia social; en otras palabras, constituyen el fundamento y origen o razón fundamental del ordenamiento jurídico o, para emplear la acertada expresión de Federico Castro y Bravo,^{4, 5} son "como los motores del ordenamiento jurídico, obra de las fuerzas sociales tradicionales creadoras y renovadoras".

No parece existir disputa acerca de que el concepto de buena fe, de la misma manera que la noción de buenas costumbres, la prohibición del ejercicio abusivo del derecho, el equilibrio de las prestaciones en los contratos onerosos, así como el deber de reparar el daño causado, etcétera, son principios que inspiran en los actuales tiempos a la obra legislativa, porque son expresión de la justicia en los casos concretos y, sobre todo, porque son la base de sustentación del orden y de la seguridad que deben regir las relaciones humanas e inspirar el ordenamiento jurídico. Podríamos decir que la buena fe como principio

² Pachioni, Alessandro, "Los principios generales del derecho", *Rivista di diritto civile*, t. 16.

³ *Introducción al estudio del derecho civil*, con nota preliminar de Néstor de Buen, 2ª ed., México, Ed. Porrúa, 1977, nota 247, p. 288.

⁴ *Derecho civil de España*, tomo 1, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955, p. 420 y ss.

⁵ "...el valor de aquellos principios generales, se revela aún con mayor intensidad, ya que representan no sólo un elemento fundamental de un sistema determinado, sino una fuerza viva que domina todos los sistemas y actúa sobre la estructura de estos, haciendo que se modifiquen y evolucionen, según los principios eternos de la justicia inherentes a la naturaleza humana", Jorge del Vecchio, *Los principios generales del derecho*, Barcelona, 1933, p. 86.

inspirador del derecho legislado y del derecho consuetudinario se encuentra condicionando la norma jurídica ya en el derecho legislado o la norma reconocida en la jurisprudencia (en los países de derecho no escrito), y por lo tanto reclama para sí un lugar preeminente de acatamiento no sólo por el legislador, sino también por los destinatarios de la norma. El ordenamiento debe ajustarse a ese principio inspirador y la conducta humana debe sujetarse al principio de la buena fe, elemento primario esencial y, por lo tanto, imprescindible del deber jurídico.

En el derecho civil y en todo el ordenamiento, este principio reviste diversos aspectos: se presenta ofreciendo matices diferentes, aunque su naturaleza fundante de la convivencia social no requiere ser enunciada expresamente en la ley. Es un presupuesto lógico necesario de toda norma de convivencia humana y no únicamente de la norma jurídica.

Sin embargo, y quizá por esa misma característica, el legislador remite a la buena fe cuando lo considera necesario, en algunos preceptos legales.

Así, por ejemplo, en materia contractual, el artículo 1796 del Código Civil del Distrito Federal dispone que el solo consentimiento de las partes produce el perfeccionamiento del contrato y obliga a las partes no sólo a lo expresamente pactado por ellos, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley. De la misma manera, en forma tácita pero muy elocuente, el artículo 1832, reproduciendo casi textualmente una disposición del Ordenamiento de Alcalá,⁶ establece que en los contratos civiles cada uno se obliga en la manera que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades, fuera de los casos determinados por la ley.

Por otra parte, la *ratio legis* de la norma contenida en el artículo 2232 del mismo Código, se encuentra en el principio de la buena fe de las partes, puesto que si bien es verdad que la falta de forma (debe decir de "formalidad") produce la 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.

En el caso de la lesión, cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria, obtiene un lucro

⁶ La ley única del título 16 del Ordenamiento de Alcalá disponía: "sea valedera la obligación o el contrato que fueren fechos en cualquier manera que parezca que alguno se quiso a obligar a otro a facer contrato con él".

indebido desproporcionado al que él por su parte se obliga, el artículo 17 del Código Civil dispone la rescisión del contrato o la reducción equitativa de la prestación. Esta norma tiene un fundamento en la buena fe, es decir, en la honestidad y lealtad que debe existir entre las partes.

Por otra parte, el Código Civil, en el título tercero, capítulo único dedicado a la posesión (artículos 806, 807 y 811), requiere la buena fe del poseedor, quien podrá hacer suyos los frutos de la cosa y el reembolso de los gastos útiles y necesarios que hubiere hecho, de gastos de producción de frutos pendientes de recoger y puede, además, retirar las mejoras voluntarias o de simple ornato que hubiere hecho. El poseedor de mala fe carece de estos derechos.

En otro sentido, el principio de la buena fe adquiere particular relevancia tratándose de la teoría del abuso del derecho que se encuentra expresada en una fórmula poco feliz (por estrecha) en el artículo 840 del Código Civil al disponer que "no es lícito ejercer el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no tiene otro resultado que causar perjuicios a un tercero sin utilidad para el propietario".⁷

El artículo 934 del Código Civil citado, expresa el mismo principio de la buena fe que concede al propietario el derecho de hacer obras de captación de aguas en su propio fundo, sin que esté obligado a indemnizar al dueño del fundo ajeno si con ello se disminuye el caudal de aguas de que éste dispone, excepto que por medio de dichas obras de captación no se obtenga otro resultado que causar perjuicio al tercero. El principio en que se fundan los artículos 840 y 939 se encuentra también enunciado en el artículo 1912 del Código Civil, que obliga a reparar el daño causado por quien ejercite su derecho sin otro resultado que causar daño a otro.⁸

2. *Contenido ético de la buena fe.* La buena fe expresa un principio que debe normar o regir: a) a la dirección de la conducta del sujeto de la relación jurídica y b) el criterio interpretativo de la ley y de los actos jurídicos.

Estas tres perspectivas, si bien, siguiendo a Gómez-Acebo⁹ se pre-

⁷ En derecho romano se requiere la *bona fides* en el poseedor para adquirir por prescripción. "*Fides o bona fides* es la convicción del usucapiente de no lesionar la posesión el derecho de otro", Arangio-Ruiz, Vinencenzo, *Instituciones de derecho romano*, trad. al castellano de J. R. Carames Ferro, Buenos Aires, Ed. Palma, 1973, p. 276.

⁸ Un aspecto que importa señalar respecto de la aplicación de la teoría del abuso del derecho en nuestro sistema positivo, aparece en el artículo 16 del Código Civil que impone al titular de un derecho el deber de no ejercitarlo en contra del interés de la colectividad, con lo que el legislador relaciona los derechos subjetivos con la función social que a otros corresponde llenar.

⁹ "La buena y la mala fe. Su encuadramiento en la teoría general del derecho y su eficacia en el derecho civil", en *Revista de derecho privado*, 1952, p. 192 y ss.

sentan sobre la voluntad como elemento esencial del acto jurídico, no se refieren únicamente, como pretende este autor, al aspecto volitivo interno del ánimo del sujeto del acto, se refieren a la conducta o ejecución de lo querido y declarado por el sujeto. Es decir, la buena fe atiende a la vez a la voluntad, a la conducta o al comportamiento del autor del acto.

Del resultado de ese examen, el acto produciría los efectos positivos o negativos exista o no buena fe en su autor. Para conocer cuáles serán esos efectos, es necesario atender a un criterio o juicio de valor de contenido ético-jurídico y así decidir sobre la legitimidad o sobre la ilegitimidad, con independencia de su ilicitud. En efecto, aunque la buena fe tiene un contenido más amplio, es un postulado moral que obliga a la rectitud de conducta humana en todos sus órdenes: social, moral y jurídico, puesto que la convivencia social ordenada descansa en la fe y confianza recíprocas necesarias en toda relación interpersonal como aparece en la relación contractual. Este principio se expresa en los contratos bilaterales en la reciprocidad de las prestaciones; en el ejercicio de los derechos subjetivos, en el propósito de no dañar a otro y en la interpretación de los contratos en la fuerza vinculante de la voluntad de las partes por encima de la literalidad de las cláusulas. Las ideas de rectitud en la conducta y de fidelidad al deber de conducirse honestamente, constituyen el ingrediente moral de la buena fe.

Siguiendo al profesor Antonio Hernández Gil,¹⁰ el contenido ético-jurídico del concepto aparece desde el derecho romano "para los romanos, dice el autor, *fides* es lo mismo que para nosotros el honor y la verdad, la *bona fides* es la propia *fides* acompañada de un epíteto que nada sustancial agrega" y más adelante, comentando un trabajo de Bonfante, que es fundamental en este punto,¹¹ afirma lo siguiente, que considero necesario transcribir por su contundente claridad:

Bonfante hizo una detenida reconsideración de los criterios divergentes, proclamándose decidido partidario de la significación ética, que el derecho asume en función de la realidad y de las estimaciones sociales. No se trata, por tanto, de un concepto elaborado por la ley a su arbitrio. Hay una buena fe natural que es recibida por el ordenamiento jurídico... reconoce también que la pureza ética de la buena fe romana ha tendido a perderse después. "Creencia" o "credibilidad" han venido a sustituir a "verdad" y "honor". Sin embargo, todavía se conserva en expresiones como "perfidia", "fiel", "infiel", etcétera.

En esta manera la buena fe revela la íntima, indisoluble correspondencia que existe entre la moral y el derecho que aparece claramente

¹⁰ *La posesión*, Madrid, Ed. Civitas, 1980, p. 192 y ss.

¹¹ Bonfante, Piero, "Essenza della bona fides", en *Scritti giuridici varii*, vol. II, p. 780.

en la moderna teoría de la causa, entendida ésta como "motivo determinante" y en la teoría del error (artículos 1813 y 1831 del Código Civil). En este sentido, afirma Max Weber: "...no hay ningún precepto 'moral' de importancia social, que de alguna manera o en algún lugar no haya sido un precepto jurídico".¹²

La relación entre la moral y el derecho aparece claramente cuando se considera que el ordenamiento jurídico positivo tiene como fundamento, y a la vez como finalidad, la realización de la justicia que presupone una adecuada armonía que debe existir entre el orden en las relaciones sociales y los fines de la existencia humana mediante la sujeción de la conducta del hombre y de sus fines, al deber de acatar la norma jurídica, principio que descansa en una idea de valor. Así, los principios generales tales como *suum cuique tribuere*, *neminem laedere*, *pacta sunt servanda* y los conceptos de equidad, buenas costumbres, buena fe, responsabilidad, veracidad, etcétera, son a la vez principios jurídicos fundamentales y normas de naturaleza y lo mismo legitiman la conducta del hombre en sociedad, que el ejercicio del poder por la autoridad pública. Todos ellos forman parte de lo que podríamos llamar "presupuestos necesarios" del ordenamiento jurídico en su totalidad. Principios racionales que constituían en el derecho romano el *jus naturale* y que sirvieron de fundamento al derecho honorario escrito y al derecho pretorio.

Al conocimiento de estos principios se llega directamente porque son datos inmediatos de la conciencia para usar la terminología de Bergson. Son una lógica exigencia del ordenamiento.

El conocimiento inmediato del *a priori jurídico*, como parte de la ley natural, significa para el derecho dos características esenciales. En primer lugar, el hombre dotado de razón plenamente desarrollada, reconoce sin más que es moralmente reprobable violar los derechos incontrovertibles de los demás. En segundo lugar, cualquiera percibe inmediatamente que, si se encuentra en posesión de un derecho, puede pretender una determinada conducta de los demás que no depende de su buena voluntad. Se puede forzar al pago de una deuda de dinero, pero no a contribuir a una obra caritativa. El *a priori* jurídico, lo mismo que el moral, solamente contiene principios generales y no significan lo mismo que las facultades. Igualmente se encuentra fuera de duda que el *a priori* jurídico, lo mismo que el moral, solamente contiene principios generales y no un sistema normativo que regula también los casos particulares, o un orden jurídico válido para todos los tiempos. Hace posible, empero, comprender las obligaciones jurídicas particulares bajo circunstancias simples y, de este modo, el orden social en sus relaciones fundamentales.¹³

El contenido ético de la buena fe se califica de social y no simple-

¹² *Economía y sociedad*, trad. española de Medina Echavarría, et al., México, Fondo de Cultura Económica, 1964, p. 263.

¹³ Messner, Johannes, *Ética social, política y económica a la Luz del derecho natural*, Madrid, Ediciones Rialp, 1967, p. 257.

mente individual, porque la exigencia de que las relaciones jurídicas deben someterse a este principio general, obedece al hecho de que las normas de derecho tienen un contenido general y abstracto (no concreto o individual), y son la garantía mínima de la convivencia social. En otras palabras, la buena fe, expresión de un deber moral, al ser postulada como principio de derecho, adquiere imperatividad y coercibilidad, en la medida en que se transforma en regla de derecho.

3. *La buena fe: su unidad conceptual y su diversidad normativa.* Como expresión de un principio a la vez moral (relación al bien) y jurídico (con relación a la justicia), la buena fe tiene unidad en su esencia, aunque ha de reconocerse que se manifiesta como una diversidad en sus aplicaciones. Así, por ejemplo, la remisión a la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones legalmente contraídas presenta una fase diferente al concepto de buena fe de los contrayentes en el matrimonio putativo. Sus efectos también son diversos. En el primer caso, la buena fe aparece como deber de lealtad de un contratante frente al otro; en el segundo caso, la buena fe se manifiesta por la simple ignorancia de uno u otro contrayente, o por ambos, de las causas de nulidad del matrimonio que pretenden contraer. Lo mismo puede afirmarse respecto de la buena fe en el ejercicio de los derechos subjetivos, como ocurre *v. gr.* en el artículo 7^o-I del Código Civil español, según la reforma de 31 de mayo de 1974.¹⁴

En efecto, es evidente que el principio de la buena fe informa con un contenido moral a la regla de derecho. El problema se presenta de la manera como dicha información ha de producirse en el ordenamiento jurídico, ya sea a través de la remisión de la ley a la buena fe, ya sea en la interpretación a través de la jurisprudencia o bien mediante la aplicación de ella, como principio general del derecho. Cualquiera que sea la posición doctrinal o legislativa que se adopte al respecto, se reconoce que la buena fe es fuente de derecho, aun en aquellas concepciones o sistemas positivistas.

Importa esclarecer, en relación con el problema de la unidad y diversidad del concepto de que venimos tratando, que sin pretender ahondar en problemas de filosofía jurídica, conviene apuntar que el derecho puede ser considerado como una construcción sistemática (en su expresión normativa) o como un planteamiento aporético o problemático (si se le mira desde el punto de vista de su aplicación a los casos concretos). En el primer sentido, la buena fe es fuente de derecho, regla de conducta (*v. gr.* artículo 1796 del Código Civil), o como criterio a seguir en la aplicación de un precepto o un con-

¹⁴ "Art. 7.1.—Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe."

junto de preceptos (por ejemplo, el artículo 840 del Código Civil). Esta dualidad o plurivalencia de la buena fe es sólo aparente. En efecto, por su naturaleza jurídica, forma parte de un ordenamiento sistemático y, al mismo tiempo, plantea el problema de su aplicación a los casos concretos. Recordemos que el derecho no es sólo la expresión de deberes jurídicos (derechos y obligaciones), sino que se manifiesta y exige "positividad", o aplicación en las relaciones del tráfico jurídico. No es sólo un concepto axiomático sino un concepto "tópico".¹⁵

El derecho no es sólo un conjunto de normas o de reglas contenidas en los códigos, sino que además está constituido también por aquellas situaciones concretas que exigen ser incorporadas al orden jurídico. El derecho presenta situaciones que es necesario relacionar con los preceptos legales, si la situación ha sido prevista, o con ciertos principios básicos si no se encuentra precepto legal aplicable al caso. Entonces el juez debe recurrir a conceptos legales típicos, a lo que en derecho anglosajón se denomina *legal standards*, que se aproximen grandemente a los principios generales del derecho continental.¹⁶

4. *La buena fe como fuente de derecho.* En nuestro régimen jurídico, por disposición expresa contenida en el párrafo cuarto del artículo 14 constitucional y reiterada en el artículo 19 del Código Civil, en caso de falta de ley expresa aplicable, el juez debe recurrir a la analogía o a los principios generales del derecho y consecuentemente a la buena fe, como fuente subsidiaria de derecho por el imperativo

¹⁵ Así, José Luis de los Mozos: "Vielweg parte de considerar una disertación de Vico cuando era profesor *eloquentiae* en Nápoles, titulada 'De nostris temporis sudiorum ratione' en la cual se plantea el problema de conciliar el método nuevo que parte de un *primum verum*, del que se derivan las aplicaciones particulares por vía de deducción no es el más apto para la jurisprudencia, siendo más adecuado el método antiguo, que partiendo del *sensus communis* procede por analogías, cambiando de puntos de vista a la medida que lo impone la típica retórica. Por otro lado, se fundamenta en la observación de Hartman, según la cual, se ha distinguido moderadamente entre un pensamiento aporético o problemático, frente al pensamiento axiopático o sistemático. Siendo el primero, el que conviene a la ciencia del derecho, que por eso es considerada por los romanos como *ars oratoria*, así en las conocidas definiciones de Celso o de Ulpiano, y que de este modo se presenta, como una suma o conexión de problemas, acrecentados en la experiencia, pero que dejan intacta en cada caso la *ratio* de los particulares *responsa*", *El principio de la buena fe y su aplicación práctica en el derecho civil español*, Barcelona, Bosh Casa Ed., 1965, p. 19.

¹⁶ "Legal standards of conduct appear first in Roman equity. In certain cases of transactions or relations involving good faith the formula was made to read that the defendant was to be condemned to that which in good faith he ought to give or do for or render to plaintiff. Thus the judge had a margin of discretion to determine what good faith called for and in Cicero's time the greatest lawyer of the day thought these actions *bonae fidei* required a strong judge because of the dangerous power which they allowed him", Roscoe Pound, *An introduction to the philosophy of law*, Oxford University Press, 5^a ed., sept., 1937, p. 116.

deber impuesto al juzgador de resolver la controversia judicial, aun en el caso de defecto u oscuridad de la ley (artículo 18 del Código Civil).

En el texto literal del concepto últimamente citado no se menciona expresamente a la buena fe, como elemento susceptible de colmar las lagunas de la ley. Sin embargo, se ha expuesto la razón por la que la buena fe forma parte integrante del conjunto de principios generales del derecho y se ha manifestado, asimismo, que la buena fe constituye no sólo un principio informador del ordenamiento, sino que es un dato *a priori* de la ley positiva. Puede decirse que es un principio jurídico fundamental.

En la creación de la regla jurídica y en su interpretación y aplicación, la idea de buena fe actúa como un principio informador de la ley. Así se desprende de la lectura de los artículos 16 y 1796 del Código Civil.

5. *El ejercicio de los derechos subjetivos y la buena fe.* Si la buena fe, como parte integrante de los principios generales del derecho, es fuente supletoria de la ley y la costumbre, cuando se incorpora al sistema normativo desempeña no menos importante función desde el punto de vista problemático de la aplicación del precepto.

En este sentido, la buena fe es considerada desde un punto de vista distinto: proporciona al juez y al intérprete un criterio rector u orientador para calificar hasta qué punto es permitido jurídicamente el ejercicio de los derechos subjetivos.

Sobre este particular, es oportuno referirnos a la reforma del título preliminar del Código Civil español, llevada al cabo en 1974, en lo que concierne al artículo 7º-1 de ese cuerpo de leyes que dispone: "los derechos deberán ejercitarse conforme a la exigencia de la buena fe".

La reforma de 1974 al título preliminar del Código Civil español, en lo que se refiere al ejercicio de los derechos subjetivos, consistió precisamente en introducir el concepto de buena fe, como límite del ejercicio de los derechos. Es necesario hacer notar que en opinión de algunos comentaristas¹⁷ esta adición al precepto introducida por la reforma, nada agrega a las soluciones que la jurisprudencia anterior ya había ofrecido a los tribunales españoles antes de la *reforma*, la cual consistió en recoger en el texto el criterio uniformemente soste-

¹⁷ De la Vega Benayas, Carlos, *Teoría, aplicación y eficacia de las normas en el código civil*, Madrid, Ed. Civitas, 1976, p. 242 y ss.

En el mismo sentido José Luis de los Mozos, *La buena fe en el título preliminar del Código Civil*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1977, Parte General, vol. 1, p. 443 y ss.

nido en el sentido de que la buena fe debe presidir la aplicación de la ley en lo que atañe a los actos jurídicos.

Esas opiniones, sin embargo, no menguan el acierto de la reforma, porque como se expresa en la exposición de motivos que se acompaña a la iniciativa, los redactores del proyecto afirman:

En el propio capítulo II, junto a la prohibición del fraude a la ley y el abuso del derecho, previene el anteproyecto que los derechos y las obligaciones deben ejercitarse y cumplirse conforme a las exigencias de la buena fe. Entre aquellas prohibiciones y esta consagración de la buena fe como elemento mededor de la actuación jurídica, existe, pese a diferencias también ciertas, una marcada relación. El Código Civil, la ley hipotecaria y la jurisprudencia acuden frecuentemente a la buena fe como requisito de determinadas prerrogativas jurídicas. La sección ha estimado que, sin perjuicio del juego de la buena fe a través de las diversas instituciones, debían enunciarse como postulado fundamental. En ella reside uno de los puntos de irrupción del contenido ético que tan valiosamente califica al orden jurídico. (Citado por De los Mozos.)¹⁸

José Luis de los Mozos, al comentar la reforma legislativa a que me refiero, dice lo siguiente:

Por último, hemos de decir que tampoco se varía su instrumentación, en relación con las funciones que desarrolla el principio dentro del ordenamiento jurídico, aunque esto requiere una explicación posterior, pues todo lo que hace el precepto que comentamos es generalizar, mediante una fórmula abstracta, el reconocimiento, anteriormente existente, de un aspecto del principio de la buena fe, en cuanto se aplica, como regla de conducta, al ejercicio de los derechos.¹⁹

En mi concepto, no se requiere de una disposición general para que la buena fe cumpla la función que le corresponde en el ordenamiento jurídico de servir de puente de enlace entre las reglas de la moral y los preceptos jurídicos; no obstante, su carácter fundante de la conducta humana jurídicamente valiosa se acentúa enunciando expresamente en la sistemática del Código.

En seguida me ocuparé de comentar, a la luz de los principios de que me he ocupado, la función de la buena fe en algunos de los preceptos en que el legislador mexicano la menciona expresamente y en los cuales se presenta la aplicación de este postulado, en sus diversos aspectos concretos o "tópicos", es decir, ajustándose a la realidad de una u otra situación específica.

Debo alzar que no sería posible analizar la función "tópica" o casuística de la buena fe en la amplia diversidad de su aplicación y a propósito de las distintas figuras o instituciones jurídicas en que aparece, por la razón ya expuesta de que al principio que aquel con-

¹⁸ *La buena fe en el título preliminar del Código Civil*, cit., p. 445.

¹⁹ De los Mozos, José Luis, *La buena fe...*, cit., p. 455.

cepto encierra, se presenta en todas las manifestaciones de la regla jurídica y en las distintas ramas del derecho.

Por ello, sólo me ocuparé de aquellos casos que a la luz de la buena fe presentan en relieve más acusada su naturaleza y función en el derecho civil.

6. *La buena fe posesoria.* En la posesión, la buena fe es un supuesto generador de derechos y obligaciones, característico de este hecho jurídico.

En efecto, el artículo 796 del Código Civil establece que la posesión da a quien la tiene la presunción de propietario, excepto que haya adquirido la tenencia de la cosa poseída en virtud de un derecho real o personal distinto de la propiedad, "pero el poseedor de buena fe tiene a su favor la presunción de haber obtenido la posesión del dueño de la cosa o derecho poseído".

El artículo 806 del mismo cuerpo de leyes define el concepto de buena fe posesoria diciendo: "es poseedor de buena fe el que entra en la posesión en virtud de un título suficiente para darle derecho de poseer o el que ignora los vicios del título, entendiéndose por título la causa generadora de la posesión".

De acuerdo con esos preceptos, la buena fe descansa en un hecho negativo: la ignorancia de los vicios del título por quien ha entrado en la posesión. Esta disposición legal precisa que se entiende por buena fe en el poseedor, la creencia de que el hecho o acto por el cual ha entrado en posesión es suficiente para darle derecho de poseer. Y esta convicción opera el efecto de atribuir legitimidad a un acto que por sí mismo carece de ella. Atribuye a la tenencia de la cosa al poseedor, el *animus domini* que el título pudo no originar.

En virtud de esta situación legitimante de la buena fe, el poseedor tiene derecho al abono de los gastos necesarios y útiles; puede retener la cosa en su poder aun después de haber sido condenado a la devolución de ella para asegurar el reembolso de estos gastos; podrá retirar las mejoras voluntarias, y además el propietario o quien tenga mejor derecho de poseer, debe abonarle los gastos que haya efectuado y sus intereses, para la producción de los frutos naturales e industriales, que no pueda retirar por estar pendientes al tiempo en que se interrumpió la prescripción (artículo 810). No responde de la pérdida o deterioro de la cosa aunque esos menoscabos se hayan producido por hecho propio (artículo 811).

La buena fe posesoria legitima la tenencia, uso y aprovechamiento del poseedor como si hubiera entrado en la posesión en virtud de un título suficiente que le dé derecho a poseer, aunque hubiere entrado a poseer por un título vicioso, siempre que desconozca la existencia

de los vicios del título. Es decir, en tanto no se pronuncie una sentencia condenatoria en su contra, la buena fe le protege frente a los ataques del demandante, quien habrá de recibir la cosa reclamada en el juicio posesorio, en el estado en que se encuentre al pronunciarse la sentencia condenatoria y le concede el derecho de retención para garantizar el pago de las expensas y gastos necesarios y útiles que hizo en la cosa jurídica.

7. *La buena fe y los efectos del contrato.* El contrato se rige por el principio de que los efectos que produce el acuerdo de voluntades no se limitan a lo convenido por las partes, sino que comprenden las consecuencias no previstas por los otorgantes, pero que derivan de la ley de acuerdo con la naturaleza del contrato, los usos o la buena fe (artículo 1796); y esta fuerza obligatoria no depende de formalidad alguna, sino de la voluntad de las partes que han querido asumir recíprocamente derechos y obligaciones, para alcanzar el fin en el que han consentido los otorgantes.

Es decir, los efectos del contrato celebrado conducen a lograr el objetivo propuesto por las partes y por ello estipulan, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, todas aquellas cláusulas que crean convenientes; "pero las que se refieren a los requisitos esenciales del contrato o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley" (artículo 1839). En este precepto se encuentra la distinción entre cláusulas esenciales, cláusulas naturales y cláusulas accidentales. Las cláusulas esenciales y las naturales se entienden implícitas en el contrato; pero las segundas pueden ser excluidas por convenio de las partes, en tanto que las cláusulas esenciales no pueden serlo y su exclusión dará lugar a la inexistencia del negocio jurídico. Como se sabe, las cláusulas accidentales forman parte integrante del contrato, sólo en el caso de que los contratantes las incluyan expresamente en él.

Por esta razón, los efectos que el contrato ha de producir serán aquellos propios de su naturaleza. Pero el contenido de todas las cláusulas esenciales, naturales y accidentales debe ser conforme a la buena fe.

El artículo 1796 no señala al intérprete o juzgador ninguna pauta o punto de referencia para decidir si los efectos del contrato coinciden: a) con lo expresamente querido y declarado por las partes; b) con la naturaleza del propio contrato, y c) con el uso o mejor, "los usos".

Para dilucidar el primer punto, los artículos 1851 a 1857 señalan al juzgador las reglas de interpretación a las que debe atenderse y que han sido establecidas alrededor de estos tres puntos fundamentales:

a) debe prevalecer la intención de las partes sobre la literalidad de las cláusulas; b) la interpretación ha de llevarse al cabo en caso de duda en el sentido más amplio para que el contrato produzca efectos; c) por lo que se refiere a las circunstancias accidentales del contrato, el intérprete ha de procurar el equilibrio de las prestaciones en los contratos onerosos o la menor trasmisión de obligaciones si el contrato es gratuito, y d) sólo en el caso de que fuere absolutamente imposible conocer cuál es la intención de los contratantes, el contrato será declarado nulo.

Aunque se ha discutido en la doctrina acerca de la connotación y el concepto mismo de lo que jurídicamente ha de entenderse por "uso" en la teoría general de las obligaciones, para los efectos de este trabajo se toma la noción de "uso" en el sentido de una práctica reiterada para interpretar normalmente los efectos de un contrato.

En la labor de interpretación, la buena fe tiende a lograr fuerza obligatoria a la intención de las partes, por encima de las palabras literales de las cláusulas o de las formalidades del contrato.

Esta función de la buena fe, en el sentido de que los efectos del contrato deben ser aquellos que las partes verdaderamente se propusieron alcanzar aparece, en otro sentido, en la acción contra la simulación del acto prevista en el artículo 2182, conforme al cual, nulificado el acto simulado, adquiere validez el acto disimulado por aquél (simulación relativa).

La buena fe opera igualmente en lo que se refiere a los usos del tráfico. En efecto, aunque los otorgantes no hayan estipulado que en lo no convenido expresamente se estará a los usos, ninguna de ellas podrá prevalerse de esa omisión para evadir las obligaciones que conforme a tales usos les corresponden, de acuerdo con la manera como en el lugar en que se celebró el contrato se ha entendido que son consecuencia ordinaria o común de esa especie de contrato.

8. *La cláusula rebus sic stantibus.* Frente al principio que se expresa diciendo que los contratos legalmente celebrados deben ser puntualmente cumplidos, se postula una regla de justa interpretación de bienes y servicios). Siempre se invoca como *ultima ratio*, el principio debe ser temperada por razones de equidad y de buena fe en las obligaciones contractuales de ejecución diferida "siempre que las condiciones que prevalecieron en el momento de la celebración del contrato subsistan cuando las prestaciones se hagan exigibles". Porque una alteración grave y general de las circunstancias significa que se ha operado un cambio en la base del negocio, lo cual hace necesaria la revisión del contrato, para ajustar los derechos y obligaciones de las partes a fin de lograr un equilibrio de las prestaciones.

Desde la época de los glosadores en los contratos de tracto sucesivo, esta cláusula se entendía implícita en el contrato, porque si no fuera así, se produciría una desproporción tan injusta entre las obligaciones de las partes que la ejecución del contrato sería ruinoso. Esta posibilidad de revisión de las cláusulas del contrato por aplicación del principio *rebus sic stantibus*, presupone que la alteración de las circunstancias obedezca a causas razonablemente imprevisibles; pero no se requiere que tales circunstancias hagan imposible la ejecución de las obligaciones contraídas por una de las partes. Basta que se produzca una "excesiva onerosidad" por el cumplimiento del contrato. La buena fe con la que deben proceder las partes impone la revisión del contrato para restablecer el equilibrio económico de las prestaciones y evitar la inequidad de los efectos del contrato.

La revisión procedería si se reunieran los siguientes requisitos: 1) que el cumplimiento de la obligación del deudor fuera diferida y no instantánea; 2) que se tratara de contratos conmutativos, y 3) que entre el momento de la celebración del contrato y el cumplimiento de la obligación se produjera una alteración grave de las circunstancias que prevalecían en el momento de la celebración del contrato que el desequilibrio producido en las prestaciones daría lugar a una situación en tal manera gravosa que la ejecución del contrato resultara inicua, puesto que nada justifica que el contrato produjera efectos jurídicos que ninguna de las partes han tenido en cuenta en el momento de la celebración del contrato si de ello resultara la ruina de una de ellas y el lucro excesivo de la otra.

Para encontrar el fundamento jurídico de esta posibilidad de revisión del contrato se han recurrido a diversas argumentaciones, ya de naturaleza objetiva (falta de equivalencia de las prestaciones), ya de naturaleza subjetiva (riesgo que las partes han tomado en cuenta en la formación de la voluntad), ya tomando en cuenta la finalidad económica y la naturaleza del contrato de que se trata (intercambio de bienes y servicios). Siempre se invoca como *ultima ratio*, el principio de la buena fe que, de acuerdo con la posición de Larenza, citada por De los Mozos,²⁰ el desequilibrio de las prestaciones hace imposible que el contrato cumpla su finalidad y, por ende, se desvirtúa su función, que ha sido la razón por la cual las partes lo han querido celebrar. Dicho autor llega a las siguientes conclusiones:

Un contrato no puede subsistir como regulación dotada de sentido:

a) cuando la relación de equivalencia entre prestación y contraprestación que en él se presupone se ha destruido en tal medida que no pueda ya hablarse de una contraprestación, y

²⁰ *El principio de la buena fe...*, cit., pp. 176-177.

b) cuando la finalidad objetiva del contrato, expresada en su contenido, haya resultado inalcanzable, aun cuando la prestación del deudor sea todavía posible.

Finalidad objetiva del contrato es la finalidad de una parte, si la otra la hizo suya. Esto ha de admitirse especialmente cuando tal finalidad se deduzca de la naturaleza del contrato y cuando se ha determinado el contenido de la prestación o cuantía de la contraprestación.

No han de tenerse en cuenta, por el contrario, los acontecimientos y transformaciones que:

a) son personales o están en la esfera de influencia de la parte perjudicada (en este caso opera como límite la fuerza mayor);

b) repercutieron en el contrato tan sólo porque la parte por ellos perjudicada se encontraba, al producirse los mismos, en mora *solvendi* o *accipiendi*, y

c) porque, siendo previsibles, forman parte del riesgo asumido en el contrato.

En este caso la función del contrato, que es la finalidad común de las partes, no se cumple y al tratar de ejecutarlo el acreedor obtiene un lucro en detrimento o a costa del deudor.

Interesa apuntar que de acuerdo con el sistema contractual adoptado en el Código Civil del Distrito Federal, la solución no se obtiene por medio de la revisión del contrato, se obtiene en algunos, por otra vía legal. La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, no puede tener lugar en nuestro sistema, aun en situaciones como aquellas que se han producido recientemente en nuestro país con motivo de las sucesivas devaluaciones monetarias.

De acuerdo con la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos, el principio que rige, respecto del pago de las obligaciones contraídas en México en moneda extranjera, se cumplirá entregando moneda corriente al tipo de cambio al momento en que se haga el pago; pero si el deudor demuestra que la moneda recibida (tratándose de operaciones del mutuo) fue moneda nacional de cualquiera clase, o prueba que originalmente la obligación se contrajo en moneda nacional y se pactó el pago en moneda extranjera, el cumplimiento de la obligación se hará en moneda nacional al tipo de cambio que se hubiere tomado en cuenta al efectuarse la operación para hacer la conversión de la moneda nacional recibida a la moneda extranjera, o si no es posible fijar ese tipo al que haya regido el día en que se contrajo la obligación (artículo 9º transitorio de la Ley Monetaria).

En el caso previsto en el precepto legal citado, la función de la buena fe tiene efectos protectores del prestatario que estipula obligaciones en dólares o en otra moneda extranjera, pero que recibe efectivamente del mutuante moneda nacional equivalente a la cantidad

pactada en moneda extranjera al tipo de cambio que rige en el momento en que se celebra el contrato y el acreedor pretende el pago en moneda extranjera o su equivalente en moneda nacional, al tipo que rige en el momento de ejecución de la obligación contraída por el mutuuario al devolver la cantidad recibida.

9. *Pago de lo indebido, buena fe del accipiens.* En principio, el que recibe una prestación, a la que no tenía derecho y que por error ha sido pagada, debe reintegrar lo recibido de quien por error hizo el pago y reparar así el daño que ésta ha sufrido al efectuar la prestación de lo que en realidad no debía o por haber pagado a quien no era su acreedor. Éste es el principio restaurador del enriquecimiento ilegítimo (artículos 1882 y 1883 primer párrafo).

Si el que recibió el pago procedió de mala fe, es decir, a sabiendas de que no tenía derecho a él, debe además indemnizar al que hizo el pago indebido cubriendo el interés legal, si se tratara de capitales o los frutos percibidos y los dejados de percibir (artículo 1884 primer párrafo). En tanto que si procedió de buena fe, sólo responder de los daños causados, si con ellos se hubiere enriquecido (artículo 1887).

De allí se desprende que el efecto de la buena fe en el cobro de lo indebido obliga al que recibió indebidamente la prestación que no tenía derecho a percibir, a restituir la cosa y a reparar los daños si se enriqueció por causa de ellos, pero lo exime de la obligación de indemnizar al que se la entregó por error, por los frutos e intereses percibidos.

En el pago de lo indebido, la buena fe produce además el efecto de atribuir al que recibe, el derecho de exigir a quien ha pagado (quien por hipótesis también ha procedido de buena fe) el reembolso de los gastos necesarios, así como el de retirar las mejoras útiles en el caso de que con ello la cosa no sufra daños, pues en esa hipótesis puede pedir a quien se la entrega una indemnización por las mejoras que hizo (artículo 1889).

La buena fe consiste en la creencia razonablemente fundada (buena fe subjetiva) de que se tenía derecho a recibir el pago de quien lo hizo.

Cuando el acreedor de buena fe ha recibido el pago de una persona que no es su deudor, si hubiera inutilizado el título o el crédito pagado hubiere prescrito, no tiene obligación de restituir (artículo 1890). En ese caso, la buena fe produce una sustitución de acciones, puesto que quien por error hizo el pago, sólo podrá dirigirse en contra del verdadero deudor o sus fiadores para recobrar lo pagado. La acción de repetición de lo indebido se convierte, por efecto de la buena fe, en una acción de enriquecimiento ilegítimo contra el verdadero

deudor, que se enriqueció sin causa, puesto que se liberó de lo que debe, frente a su acreedor.²¹

Si la cosa con la que se hizo el pago hubiere sido enajenada, el tercer adquirente, cuando hubiere procedido de buena fe, no está obligado a restituirla, excepto que el que recibió indebidamente el pago la hubiere transmitido por donación al tercero, y aun en esta hipótesis, la responsabilidad del donatario por los daños que la cosa haya sufrido se limita a la suma en que por ellos se hubiere enriquecido (artículos 1887 final y 1888).

10. *Los terceros de buena fe.* La protección legal de que gozan los terceros de buena fe, que contratan con el que aparece como dueño de una cosa o titular de un derecho, se funda en la apariencia jurídica y ésta a su vez encuentra explicación en la seguridad del tráfico jurídico.

En efecto, por lo que se refiere a los terceros, los efectos que el acto produce son aquellos que derivan de su manifestación formal, con independencia de lo que las partes realmente hayan querido (en caso de discrepancia entre voluntad y declaración formalmente emitida). Tal ocurre en el caso de los títulos de crédito (literalidad), del heredero aparente y de la posesión apta para usucapir (en concepto de dueño). En otras palabras, la protección de los terceros a través de la apariencia jurídica, obedece a una exigencia de seguridad y de certeza en el tráfico de los negocios jurídicos que se apoya en la protección del principio de la buena fe.

Me referiré a algunos casos en los que la buena fe juega un papel importante en relación con la apariencia jurídica.

A) La revocación del mandato especial, para tratar con determinada persona, debe notificarse a ésta para producir efectos. La omisión de esa notificación atribuye validez a los actos ejecutados por el mandatario, y por lo tanto obligan al mandante, siempre que haya habido buena fe en la persona que los ha celebrado, con el mandatario (artículo 2597).²²

La razón del precepto radica en la buena fe del tercero si no tiene conocimiento de la revocación del mandatario con quien ha venido tratando el negocio o negocios para los que se otorgó el mandato que inviste al mandatario de poderes y facultades para celebrar actos jurídicos con la persona de que se trata, a quien no alcanzan los efectos de la revocación, como consecuencia de que ignora que han cesado los efectos del mandato.

²¹ Cfr. Borja Soriano, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, México, 1962, t. 1, p. 379.

²² De los Mozos, *El principio de la buena fe*, cit., p. 268.

B) La acción pauliana y los terceros de buena fe. La acción revocatoria contra los actos de disposición de bienes que lleve al cabo el deudor y que causen su insolvencia, en perjuicio de sus acreedores, no perjudican a los terceros adquirentes si han procedido de buena fe (artículo 2167), si el acto de adquisición ha sido oneroso (artículos 2164 y 2165).

De esta manera aparece que el interés de los acreedores protegidos por la acción pauliana ceden, en presencia de la buena fe: a) del primer adquirente y b) por mayoría de razón de los posteriores adquirentes que no conocieron que el acto de disposición produjo la insolvencia del deudor (primer enajenante), es decir, la insuficiencia de su patrimonio, para satisfacer los derechos de sus acreedores.

C) El pago hecho al acreedor aparente por el deudor de buena fe tiene efectos liberatorios. Es suficiente que la persona, en el momento en que recibe el pago, se encuentre en posesión del crédito (artículo 2076).

Nos encontramos aquí con lo que la doctrina ha denominado "el acreedor aparente". En este respecto, Díez Picaso sostiene que la buena fe del *solvens* que se funda en la apariencia (posesión del crédito), atribuye plena fuerza liberatoria al pago así efectuado. Este autor fundamentalmente opina que:

En términos generales, por posesión del crédito debe entenderse aquella situación que suscita en el *solvens* la creencia de que el *accipiens* es un verdadero acreedor y engendra la confianza de que paga bien. Dicho de otro modo: posesión del crédito es una situación objetiva que puede considerarse como soporte de la buena fe. La buena fe que es un presupuesto de aplicación del artículo 1164 (del Código Civil español, concordante con el artículo 2076 del Código Civil del D.F.) es la situación del *solvens* que actúa con la convicción de que realiza un pago regular y legítimo...²³

La posesión del crédito, en el supuesto previsto en el precepto legal citado, crea en los terceros la convicción de que quien recibe el pago es el verdadero acreedor y por lo tanto con ese acto se extingue la obligación contraída. Esta situación así creada, no es real desde un punto de vista estricto (el *accipiens* no puede liberar de su obligación al *solvens*); sin embargo, la buena fe del deudor produce un efecto que sólo el pago bien hecho puede producir, pues quien recibe la prestación, no está legitimado para extinguir la relación obligatoria. La acción de cumplimiento puede ser ejercida por el verdadero acreedor; no obstante, la buena fe ha producido el efecto de liberar al deudor y al mismo tiempo ha dado lugar a otra acción distinta:

²³ Díez Picaso, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Madrid, Ed. Tecnos, vol. 1, núm. 748, 1970, p. 622.

la acción de enriquecimiento injusto que podrá hacer valer el acreedor en contra del que indebidamente recibió el pago.

D) La buena fe en el caso de evicción, impone al que enajena la obligación de cubrir el precio que recibió por la cosa, más el pago de los gastos del contrato y los del pleito de evicción, así como el valor de las mejoras útiles y necesarias (artículo 2126). Ésta es la regla general.

Si el que enajena no procedió de buena fe, estará obligado a devolver, a elección del adquirente, el precio que la cosa tenía en el momento de la adquisición o el que tenga al momento de la evicción, así como el valor de las mejoras voluntarias y de mero placer que haya hecho el adquirente, más el importe de los daños y perjuicios que éste sufra por la evicción (artículo 2127).

Los efectos de la buena fe en el caso de evicción son, en resumen: por la buena fe el enajenante no responde de la totalidad de la evicción, la responsabilidad del enajenante se limita a la devolución del precio que recibió y a pagar al vencedor, en el juicio de evicción, los gastos judiciales y del contrato, así como el valor de las mejoras útiles y necesarias.

En esta hipótesis, la buena fe tiene un efecto correctivo de la responsabilidad del enajenante, de manera que el que enajenó no estará obligado a resarcir los daños que eventualmente pudo haber sufrido el adquirente, tales como el aumento del valor de la cosa que debe devolver, ni las mejoras de ornato, ni los daños y perjuicios que la evicción le haya causado (sólo tendrá derecho el adquirente al reembolso de los gastos del contrato y del pleito de evicción y el valor de las mejoras útiles y necesarias). El adquirente habrá de soportar, en unión del enajenante, la responsabilidad derivada de la evicción.

E) Los vicios redhibitorios. La función de la buena fe en este respecto es doble: por una parte, si concurre en el ánimo de ambos contratantes, es válido el convenio por el cual pactan la exclusión, la restricción o la ampliación de la obligación de prestar el saneamiento (artículo 2158). Cuando es el enajenante quien no ha procedido de buena fe y el adquirente ejercita la acción de rescisión, puede exigir de aquél el pago de daños y perjuicios (artículo 2145). Puig Brutau considera que en este caso el adquirente tiene también la acción de nulidad por dolo o mala fe.²⁴

11. *El matrimonio putativo.* Como se sabe, es el matrimonio que se celebra ignorando uno de los cónyuges o ambos, la existencia de una causa de nulidad del acto. La buena fe consiste en la creencia

²⁴ Cfr. *Fundamentos del derecho civil*, Barcelona, Bosch, Casa editorial, 1954, t. II, vol. I, pp. 130 y ss.

que se suscita razonablemente en el ánimo de cualquiera de los contratantes, de que contraen entre sí al celebrar el matrimonio un vínculo jurídico válido.

No es suficiente la existencia del *animus conjugalis* en los consortes para que exista el matrimonio putativo, se requiere que haya tenido lugar el acto solemne de la celebración; es decir, es necesario que exista una apariencia de acto válido. A esta apariencia jurídica debe unirse la buena fe de uno de los esposos o de ambos, para que exista el matrimonio putativo. La buena fe, en este caso, produce el efecto de impartir una validez peculiar, pero validez al fin, a un acto que por sí solo carecería de ella.

Debe tomarse en consideración, para precisar la extensión de esa convalidación, el principio conforme al cual el matrimonio tiene a su favor la presunción de ser válido, y que sólo será nulo cuando se pronuncie una sentencia judicial que así lo declare (artículo 253). Finalmente, la buena fe se presume. Para destruirla se requiere prueba plena (artículo 257).

Dejando a un lado (por la índole de este trabajo) toda cuestión relativa a la naturaleza del matrimonio putativo, ya se le considere como una ficción (Planiol y Ripert), ya como un acto válido *ad tempus* (Jemolo) revestido *ex lege* de efectos análogos al matrimonio, o como posesión de una situación jurídica (Trabucchi) o bien siguiendo a Rouast, quien opina que el matrimonio como estado civil descansa en la voluntad de los contrayentes de vivir juntos, unida a la declaración solemne de esa voluntad en el caso de su celebración, lo cierto es que apariencia y buena fe son los requisitos para que se produzcan los efectos convalidatorios del matrimonio putativo. El dato decisivo es la buena fe o ignorancia de los contrayentes de la nulidad que afecta al acto jurídico de su celebración.²⁵

Es importante señalar que la buena fe aquí protege un interés superior, social y familiar. La figura del matrimonio putativo no es una ficción, es la clara expresión jurídica e institucional del interés de la familia, como "formación social". Es una exigencia no creada por el derecho sino que se impone a él.²⁶

²⁵ Ripert y Boulanger, *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 1963, t. II, vol. I, p. 319 y ss. Sostiene la idea de la ficción, que el autor no comparte, Galindo Garfias, *Derecho civil*, cuarta ed., Ed. Porrúa, 1980, p. 537.

²⁶ "Indipendentemente dall'essattezza o dalla radicalizzazione insita in un giudizio, certo é che, almeno per quanto ha tratto alla riflessione giuridica, a luongo, e ancora di recente, é estata a' fermata la validità di un duplice parametro in ordine al quale ripensare alla posizione del soggetto nel sistema di diritto privato, e cioè, ni generale, il diritto suggestivo, e il potere, esemplati questi sul diritto di proprietà ed in particolare, con riguardo alla famiglia, il concetto di funzione e di ufficio", Giovanni Furguente, *Libertà e famiglia*, Milán, Giuffrè Editore, 1979, p. 22.

Por esta razón, el matrimonio celebrado de buena fe produce todos sus efectos, mientras no se pronuncie judicialmente la invalidez. La sentencia que declare la nulidad no tiene efectos retroactivos, sólo invalida el acto para lo futuro respecto de los cónyuges y es válido en todo tiempo, es decir, para lo futuro, en favor de los hijos concebidos y nacidos antes de que se pronuncie la nulidad (artículo 255).

La buena fe cumple en el matrimonio una función que no se agota en la protección del interés de los hijos, sino que trasciende a la protección del orden público; es decir, no se extinguen los derechos y deberes y las obligaciones que tienen respecto de sus progenitores y su estado civil de hijos nacidos de matrimonio.

12. *Recapitulación.* En este trabajo me he ocupado de la buena fe como principio general del derecho, como un postulado ético del que participa la idea misma del derecho (*recto, right, droit, diritto, jus*), de su unidad conceptual, así como de la diversidad de sus manifestaciones en el derecho positivo. Para ello he querido comentar, así sea brevemente, algunos preceptos legales en los que, en mi opinión, aparece la calidad "tópica" de ese principio o mejor, su manifestación "casuística" o concreta que es otra de las particularidades del principio, por las cuales se les distingue de la norma jurídica y la acerca con la idea de "equidad" sin identificarla con ella, pues mientras aquella expresa la idea de igualdad, la buena fe connota la exigencia de lealtad de las partes en las relaciones jurídicas, mas no por razones externas de equilibrio en las prestaciones, sino por consideraciones de orden ético en la disposición de ánimo y en la limpieza de propósito del sujeto de la relación de derecho.

De esta guisa, la buena fe se convierte en un principio rector, no sólo del ordenamiento jurídico, sino del concepto mismo del derecho; puesto que expresa la exigencia ético-jurídica de proceder con integridad y lealtad en nuestra conducta jurídica, con lo cual se dice que el principio de la buena fe es manifestación de uno de los preceptos fundamentales de lo jurídico: "vivir honestamente". Se encuentra ubicada en la frontera entre la moral y el derecho.²⁷

Nos encontramos entonces en presencia de un principio de derecho, pero mejor ante un "supuesto" de la aplicación del derecho. Así se explica que se manifiesta en tan diversas formas y modalidades y

²⁷ "Eis porque estamos analisando os fatos do comportamento humano tao-somente segundo su as linhas dominantes, sem desconhecer as chamadas zonas cinzentas, que existem entre esta ou aquela outra esfera conduta, pois o Direito está permeadode Moral, e a Moral permeada de ditames de convenção social. Apreciamos, pis, a conduta jurídica em seus elementos mais significativos ou marcantes", Miguel Reale, *Filosofia do direito*, São Paulo, Edição Saraiva, 1957, vol. II, p. 375.

se entiende entonces por qué su noción escapa a todo intento de definición como norma de valoración de la conducta jurídica, puesto que participa de las ideas de bien y de justicia.

De paso, debo añadir que no considero adecuada la distinción que algunos autores hacen entre buena fe objetiva y buena fe subjetiva; antes bien, la considero fuente de confusiones. Reitero que la buena fe es una unidad de concepto y estimo que es siempre de naturaleza subjetiva, porque radica en el ánimo del sujeto, autor de determinada conducta que exterioriza (o se oculta) la intención de aquel que observa un comportamiento, plausible o vituperable para el derecho. Existe así una indisoluble relación entre voluntad y acto, que conduce al jurista a reconocer, a través de la intención del sujeto, la presencia o ausencia de la buena fe, para atribuir en esa manera al acto las consecuencias previstas en la norma de derecho. Por su naturaleza ética, la buena fe (y la mala fe) se refiere al proceso psicológico de la persona (ideación, volición y ejecución); no se concibe de ninguna manera el contenido de la regla de derecho.

La noción de buena fe en el derecho se presenta:

a) Como un principio general del derecho que incorpora al ordenamiento jurídico un postulado de orden moral.

b) Como fuente de derecho, subsidiaria (a falta de ley expresa) para colmar las lagunas de la ley.

c) Como guía del intérprete en su labor doctrinal y jurisprudencial.

d) Como norma de conducta rectora en el ejercicio de los derechos subjetivos (ejercicio no abusivo del derecho) y en el cumplimiento de las obligaciones (efectos del contrato).

e) Como el deber jurídico de no defraudar la confianza que en los demás producen nuestros propios actos (apariencia jurídica).

f) Como la convicción razonablemente fundada de que con nuestra conducta no causamos daño a otro.

He tratado de extraer de la enumeración de hipótesis legislativas expresamente previstas en diversos preceptos del Código Civil, las características más relevantes que presenta la buena fe; pero no debe olvidarse que se trata de un principio de ética social²⁸ incorporado al derecho positivo, cuya validez no deriva de este último; es el ordenamiento jurídico el que recibe en ciertos casos de la buena fe autoridad para obtener acatamiento por los destinatarios de la norma que