

**HOMENAJE A
BERNARDO PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO
POR EL COLEGIO DE PROFESORES
DE DERECHO CIVIL
FACULTAD DE DERECHO-UNAM**

**COORDINADOR
ÁNGEL GILBERTO ADAME LÓPEZ**

HOMENAJE AL DOCTOR
BERNARDO PÉREZ FERNÁNDEZ
DEL CASTILLO

HOMENAJE AL DOCTOR BERNARDO PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO

POR EL
COLEGIO DE PROFESORES DE
DERECHO CIVIL
FACULTAD DE DERECHO-UNAM

Coordinador

ÁNGEL GILBERTO ADAME LÓPEZ

COLEGIO DE PROFESORES
DE DERECHO CIVIL FACULTAD
DE DERECHO-UNAM

México 2015

Primera edición: 2015
Homenaje al Doctor Bernardo Pérez Fernández del Castillo

Copyright © 2015
COLEGIO DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL
FACULTAD DE DERECHO-UNAM

Derechos reservados

Queda prohibida la reproducción parcial o total de esta publicación por cualquier medio de reproducción sin previa autorización del editor.
Las opiniones expresadas así como los contenidos son responsabilidad de los autores.

Impreso en México / Printed in Mexico

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	1
Heriberto Castillo Villanueva	
PEQUEÑO CATÁLOGO DE IMPRECISIONES EN MATERIA SUCESORIA	5
Ángel Gilberto Adame López	
LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y SUS CRITERIOS DE IMPUTABILIDAD	13
Jesús Casillas del Río	
NATURALEZA JURÍDICA DE LA FE PÚBLICA NOTARIAL	27
María Leoba Castañeda Rivas	
NATURALEZA JURÍDICA Y FINES DEL ACTUAL MATRIMONIO CIVIL	45
Joel Chirino Castillo	
LA PRUEBA INDICIARIA	57
Raquel S. Contreras López	
IMPLEMENTACIÓN DE LAS OFICINAS DEL REGISTRO PÚBLICO EN EL DISTRITO FEDERAL	93
Carlos Correa Rojo	
EL LLAMADO DERECHO DE USO EXCLUSIVO DE LA LEY DE PROPIEDAD EN CONDOMINIO DE INMUEBLES PARA EL DISTRITO FEDERAL	105
Carlos de Pablo	
LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS RESPONSABLES DE LOS MENORES DE EDAD .	119
Antonio Fernández Fernández	
EL DOCUMENTO DE VOLUNTAD ANTICIPADA	131
Alejandro Domínguez García Villalobos	
¿CUÁL ES LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA FE PÚBLICA NOTARIAL MEXICANA?.	143
Julián Güitrón Fuentevilla	

ALGUNAS NOTAS RELACIONADAS CON LA SOCIEDAD ANÓNIMA	155
Adrián Rogelio Iturbide Galindo	
REFLEXIONES SOBRE LA FORMA IDEAL DE ACCESO AL NOTARIADO.....	167
Javier Pérez Almaraz	
PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS QUE SE DERIVAN DE LA REASIGNACIÓN DE IDENTIDAD PARA LA CONCORDANCIA SEXO-GENÉRICA	179
Othón Pérez Fernández del Castillo	
COMPRAVENTA Y TRANSMISIÓN DE PROPIEDAD: ENSAYO EN BUSCA DE UNA AUTÉNTICA "OBLIGACIÓN DE TRANSMITIR LA PROPIEDAD"	191
Matías Pérez García	
ANÁLISIS Y CONSIDERACIONES SOBRE DIVERSAS DISPOSICIONES <i>MORTIS CAUSA</i> EN LEYES FEDERALES	229
Pablo A. Pruneda Padilla	
Pablo A. G. Pruneda Gross	
EL CONTRATO DE PROMESA, IDEAS DEL HOMENAJEADO: DOCTOR BERNARDO PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO	267
Vicente Solís Arana	

PRESENTACIÓN

Heriberto Castillo Villanueva



Presidente del Colegio de Notarios del Distrito Federal

Agosto 2015

Para mí es un gusto y un orgullo hacer la presentación del Libro Homenaje que preparó el Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la UNAM, en honor del maestro y notario Bernardo Pérez Fernández del Castillo, quien ha sido un gran amigo, catedrático, y autor de varios libros relacionados con temas jurídicos, pero sobre todo un ser humano extraordinario.

Bernardo Pérez Fernández del Castillo es el titular de la notaría 23 del D.F. desde el 6 de agosto de 1974. Fue el cuarto de nueve hermanos. Su padre, Don Othón Pérez Correa, fue notario 124 del D.F., y su hermano Othón Pérez Fernández del Castillo también es notario 63 del D.F. Tanto él como sus hermanos se han dedicado a la enseñanza. Está casado con María de los Ángeles Ruiz Esparza, con quien procreó cuatro hijos, de los cuales tres son abogados. Se tituló de abogado en septiembre de 1968 y más tarde realizó la especialización de Derecho Privado en la División de Estudios Superiores de la Facultad de Derecho de la UNAM. Obtuvo el grado de Doctor en Derecho por las Universidades Complutense de Madrid y Anáhuac del Norte en marzo del 2001.

Actividades docentes

Bernardo desde muy joven impartió clases en una secundaria, luego en la Escuela Bancaria y Comercial. Ha sido maestro por oposición de la UNAM de las materias de “Contratos” y “Derecho Notarial y Registral” desde hace 45 años. Asimismo, en las universidades Iberoamericana, Panamericana, Anáhuac y en otras instituciones de enseñanza superior del Distrito Federal y del interior de la República Mexicana, ha impartido cátedra en diversas

materias. Igualmente, en el doctorado de Administración Pública de la Universidad Anáhuac imparte la cátedra de “Ética del Servidor Público”. También en varios países como España, Guatemala, Perú, Colombia, Argentina, entre otros, ha participado como coordinador, expositor y conferencista.

Libros y obras monográficas

Ha publicado con la editorial Porrúa distintas obras, algunas de ellas se utilizan como libros de texto a nivel licenciatura. Es el caso de *Contratos Civiles; Representación, poder y mandato. Prestación de servicios profesionales y su ética; Derecho notarial; Derecho registral; Doctrina Notarial Internacional; Ética notarial; Deontología jurídica. Ética del Abogado y del Servidor Público; Ética del legislador*, etcétera.

Asimismo, ha editado obras de interés general, como la *Historia de la escribanía en la Nueva España y del notariado en México; Iconografía notarial mexicana; El Notariado Mexicano en el siglo XIX, El arte notarial en México*.

Publicación de artículos

Entre otras cosas, ha publicado diversos estudios en diferentes revistas, tales como la Revista de Derecho Notarial, la Revista Jurídica de la Universidad Iberoamericana, la Revista de la Facultad de Derecho de México y el Anuario Jurídico de la UNAM, así como en otras revistas nacionales e internacionales. Ha hecho patente el conocimiento amplio y versátil de su materia, manejando no sólo el estilo propositivo que le es común, sino también aportando información interesante y novedosa que incluye títulos como: “Los documentos notariales del Archivo de Notarías como fuente de investigación histórica”, “Hernán Cortés como escribano”, “Práctica de testamentos”; “El signo y el sello notarial”, “Historia de los colegios de notarios”, “Estudio sobre principios registrales”, “Aspectos jurídicos y éticos de la procreación o fertilización asistida”, “La corrupción”, “El contrato de transacción como medio alternativo de solución de conflictos”; “La Protección de los Derechos Humanos por el notario”, etcétera.

Cargos y pertenencia a asociaciones académicas

Capacidad y liderazgo, cualidades que son propias en el doctor Bernardo Pérez Fernández del Castillo, han sido reflejadas con sencillez y sutileza tanto en la docencia como en diferentes puestos que ha desempeñado a lo largo de su trayectoria profesional en distintos cuerpos colegiados. De entre ellos puedo mencionar los siguientes:

- Miembro Numerario de la Legión de Honor de la Academia Mexicana de Investigaciones Históricas.
- Académico de Número de la Academia Nacional de Historia y Geografía.
- Consejero y Tesorero del Colegio de Notarios del D.F.
- Presidente y Secretario de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C. (hoy Colegio Nacional del Notariado Mexicano).
- Vicepresidente de la Comisión de Asuntos Americanos de la Unión Internacional del Notariado Latino, Sección Americana del Norte, Central y Caribe.
- Miembro Adscrito del Instituto de Historia del Notariado del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Universidad Notarial Argentina.
- Miembro de Número de la Academia Mexicana de Derecho Fiscal de la Asociación Nacional de Abogados.
- Coordinador Mundial del tema “Los notariados desde su codificación”, del XVII Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Florencia, Italia.
- Director de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac.
- Presidente de la Comisión de Relaciones Públicas e Imagen del Notariado de la Unión Internacional del Notariado Latino.
- Secretario de la Unión Internacional del Notariado Latino.
- Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid.
- Catedrático del Claustro de Profesores de la Academia Notarial Americana de la Comisión de Asuntos Americanos de la Unión Internacional del Notariado.
- Condecoración “Cruz Orden al Mérito Notarial”, otorgada por la Unión Colegiada del Notariado Colombiano.

PEQUEÑO CATÁLOGO DE IMPRECISIONES EN MATERIA SUCESORIA

Ángel Gilberto Adame López



La actividad normativa del derecho es fundamental para el desarrollo de las sociedades humanas, pues gracias a ella alcanzan su estabilidad y pueden preservarse. Aun cuando la doctrina ha interrogado las razones que inclinan la conducta humana al bien o al mal, entiende como indispensable la labor prescriptiva de la ley y sus ejecutores.

Si partimos del hecho que, desde nuestro nacimiento, formamos parte de una comunidad que funciona gracias a los límites planteados por los cuerpos legislativos, es necesario preguntarnos por la naturaleza de los mismos, pues en ellos están contenidos los márgenes de nuestro albedrío.

Así, para lograr que el pacto social cumpla su cometido es indispensable que los ordenamientos jurídicos que lo regulan estén expresados con la mayor claridad posible. Es por ello que los legisladores deben orientar sus esfuerzos a la elaboración de leyes que, además de responder a las necesidades de la población, reduzcan al mínimo las ambigüedades surgidas por la mala redacción de las mismas.

Desafortunadamente, en México se ha vuelto práctica común la expedición de normas ininteligibles que dificultan su aplicación, contribuyen a incrementar los litigios y ponen en riesgo la paz social.

Para efectos del presente trabajo, centraré mi atención en la labor de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en particular en la materia sucesoria, pues ésta no ha recibido atención, a pesar de que su corpus no se ha actualizado debidamente desde 1870.

A continuación, revisaré algunos artículos que, por la forma en que están redactados, resultan inaplicables en la práctica o generan confusión entre la ciudadanía. Cabe destacar que mi crítica entraña un conflicto mayor, pues los errores que pude detectar son tan evidentes que saltan a la vista de inmediato.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

1. Artículo 1281.—Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte.

Comentario: La herencia es una de las formas de la sucesión, por lo que la definición está mal expresada desde un inicio. La especie no puede definir al género. Suscribo también una de las críticas ejercidas por el maestro Gutiérrez y González: los difuntos no tienen bienes; habría que referirse entonces a quien ‘fue persona’.

2. Artículo 1286.—Cuando toda la herencia se distribuya en legados, los legatarios serán considerados como herederos.

Comentario: Es imposible determinar, al inicio de la sucesión, si la herencia se distribuyó o no en legados; pues para ello se requiere la elaboración de un inventario que, en sentido contrario a las implicaciones de este artículo, sería elaborado por un albacea y requeriría de la aprobación de los herederos. En un caso con estas características siempre debe abrirse la sucesión intestamentaria.

3. Artículo 1291.—El heredero o legatario no puede enajenar su parte en la herencia sino después de la muerte de aquel a quien hereda.

Comentario: En este caso el legislador intentó equiparar el concepto de heredero al del legatario, pues no precisa una diferencia semántica entre uno y otro al referirse genéricamente a la herencia como el punto común entre ellos. Una sugerencia para estos casos es sustituir los conceptos que son demasiado específicos [herederos, legatarios] por otros más abiertos [sucesores].

4. Artículo 1295.—Testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte.

Comentario: Ya que se decretó que el testamento público abierto es la única forma de testar, es absurdo que se mantenga un género con una sola especie.

5. Artículo 1303.—Si un testamento se pierde por un evento ignorado por el testador, o por haber sido ocultado por otra persona, podrán los interesados exigir su cumplimiento si demuestran plenamente el hecho de la pérdida o de la ocultación, logran igualmente comprobar lo contenido en el mismo testamento y que en su otorgamiento se llenaron todas las formalidades legales.

Comentario: Una vez que se derogaron todas las formas de testamento que no se celebran ante notario, es prácticamente imposible que se dé este supuesto, toda vez que el protocolo o documento matriz queda a resguardo en la notaría.

6. Artículo 1306.—Están incapacitados para testar:

I. Los menores que no han cumplido dieciséis años de edad, ya sean hombres o mujeres.

Comentario: El menor de edad no tiene total disposición de sus bienes, por ello, la ley establece una serie de requisitos para que puedan enajenarlos. Ahora

bien, me parece incongruente que no se siga la misma prerrogativa tratándose del testamento, pues en ambos escenarios se trata de decisiones que tienen que ver con la disposición patrimonial.

7. Artículo 1313.—Todos los habitantes del Distrito Federal de cualquier edad que sean, tienen capacidad para heredar, y no pueden ser privados de ella de un modo absoluto; pero con relación a ciertas personas y a determinados bienes, pueden perderla por alguna de las causas siguientes:

I. Falta de personalidad.

Comentario: Esta primera excepción contradice en su totalidad el fundamento del artículo, pues establece una negación absoluta de la capacidad para heredar. Quien no tiene personalidad, no existe para los efectos legales y, en consecuencia, no puede suceder a nadie.

8. Artículo 1316.—Son incapaces de heredar por testamento o por intestado:

III. El cónyuge que mediante juicio ha sido declarado adúltero, si se trata de suceder al cónyuge inocente.

IV. El coautor del cónyuge adúltero, ya sea que se trate de la sucesión de éste o de la del cónyuge inocente.

Comentario: El Código Civil de 1928 nunca definió al adulterio, aunque en algún momento lo conceptuó como delito siempre y cuando se cometiera en el domicilio conyugal o con escándalo. Al haber sido derogado el tipo penal, y al exigir una declaración judicial para que opere esta indignidad, en la práctica esa norma es inaplicable.

9. Artículo 1319.—La capacidad para suceder por testamento, sólo se recupera si después de conocido el agravio, el ofendido instituye heredero al ofensor o revalida su institución anterior con las mismas solemnidades que se exigen para testar.

Comentario: Un testamento que por cualquier circunstancia no surte efectos no se puede revalidar. En caso de que el llamado ofensor figure en el nuevo testamento del ofendido, lo haría en calidad de heredero desde que el segundo testamento se entiende por otorgado.

10. Artículo 1344.—El testador es libre para establecer condiciones al disponer de sus bienes.

Comentario: Esta regla general tiene tantas excepciones que la vuelven casi impracticable. Por ley, todas las condiciones negativas se descartan y, de entre las positivas, queda un margen muy estrecho.

11. Artículo 1372.—El derecho de percibir alimentos no es renunciable ni puede ser objeto de transacción. La pensión alimenticia se fijará y asegurará conforme a lo dispuesto en los artículos 308, 314, 316 y 317 de este Código, y por ningún motivo excederá de los productos de la porción que en caso de sucesión intestada corresponderían al que tenga derecho a dicha pensión, ni

bajará de la mitad de dichos productos. Si el testador hubiere fijado la pensión alimenticia, subsistirá su designación, cualquiera que sea, siempre que no baje del mínimum antes establecido. Con excepción de los artículos citados en el presente Capítulo, no son aplicables a los alimentos debidos por sucesión, las disposiciones del Capítulo II, Título VI del Libro Primero.

Comentario: El llamado testamento inoficioso es un caso más de cuando el legislador quiere regular algo, pero lo dice mal y nada de lo que se propuso sucede. De entrada es falso que el testador deba dejar bienes a todas las personas que enumera la larga lista que figura en el artículo 1368. De ser así, nunca habría bienes que repartir entre los herederos. No debe olvidarse que la obligación alimentaria surge cuando alguien la necesita y existe un pariente cercano que pueda pagarla. Si cualquiera de los señalados en la enumeración no necesita alimentos, es obvio que el testador no está obligado a nada. Tampoco lo estaría si existen parientes más cercanos que él para cubrirlos y él no tiene bienes suficientes. Pero lo que vuelve inaplicable todo el testamento inoficioso es la forma en que se reguló cómo cuantificarlos en el artículo 1372, al marcar que se aplican las mismas reglas que en la sucesión intestamentaria, en la que, entre otra, se establece que los parientes más cercanos excluyen a los más lejanos, es decir, si un hijo concurre a la sucesión dejará sin participación al resto.

12. Artículo 1402.—Cuando se legue una cosa con todo lo que comprenda, no se entenderán legados los documentos justificantes de propiedad, ni los créditos activos, a no ser que se hayan mencionado específicamente.

Comentario: La posesión de la cosa presume la propiedad de quien lo tiene. Es absurdo que una persona que decide legar un objeto a otra piense en conservar los documentos que acreditan su título. Además, llegado el caso, es necesario generar un nuevo título de propiedad que acredite al legatario.

13. Artículo 1482.—Se consideran fideicomisarias y, en consecuencia, prohibidas, las disposiciones que contengan prohibiciones de enajenar, o que llamen a un tercero a lo que quede de la herencia por la muerte del heredero, o el encargo de prestar a más de una persona sucesivamente cierta renta o pensión.

Comentario: Este artículo regula tres figuras de distinta naturaleza jurídica. La primera prescribe una condición negativa, y la tercera una positiva. El único caso de sustitución fideicomisaria es el segundo, que se refiere al llamado legado de residuo.

14. Artículo 1488.—El juez que tuviere noticia de que alguno impide a otro testar, se presentará sin demora en la casa del segundo para asegurar el ejercicio de su derecho, y levantará acta en que haga constar el hecho que ha motivado su presencia, la persona o personas que causen la violencia y los medios que al efecto hayan empleado o intentado emplear, y si la persona cuya libertad ampara hace uso de su derecho.

Comentario: Esta disposición es incompatible con las exigencias del siglo XXI. La carga de trabajo, al día de hoy, hace casi imposible la presencia del juez en

las audiencias, mucho menos le permitiría trasladarse fuera del juzgado a levantar actas. Los legisladores deben plantearse alternativas verosímiles antes de imponer obligaciones absurdas a los funcionarios, de lo contrario las instituciones seguirán alejadas del cumplimiento cabal de sus objetivos.

15. Artículo 1602.—Tienen derecho a heredar por sucesión legítima:

I. Los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario, si se satisfacen en este caso los requisitos señalados por el artículo 1635.

Comentario: El legislador olvidó incluir que, entre quienes tienen derecho a heredar, se encuentra también la figura del conviviente. Desafortunadamente, la costumbre reciente de reformar el Código con leyes fuera del corpus, hace que ocurran omisiones como ésta.

16. Artículo 1608.—Cuando concurren descendientes con el cónyuge que sobreviva, a éste le corresponderá la porción de un hijo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1624.

Comentario: Con base en el texto anterior, para que el cónyuge sobreviviente pueda heredar, se requiere llevar a cabo un inventario mediante el cual se determine si carece de bienes o si estos son menores en proporción a la porción correspondiente a uno de los hijos. Por otra parte, para poder hacer las mediciones correspondientes debe realizarse un segundo inventario de la herencia, que no puede llevarse a cabo sin que se hayan nombrado albacea y herederos.

17. Artículo 1612.—El adoptado hereda como hijo, pero en la adopción simple no hay derecho de sucesión entre el adoptado y los parientes del adoptante.

Comentario: La adopción simple ya no está regulada por el Código. Desafortunadamente, es costumbre en nuestro país que, cada vez que tiene lugar una reforma, se omita revisar en qué otros ordenamientos tiene injerencia.

18. Artículo 1638.—Cuando a la muerte del marido la viuda crea haber quedado encinta, lo pondrá en conocimiento del juez que conozca de la sucesión, dentro del término de cuarenta días, para que lo notifique a los que tengan a la herencia un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer o disminuir por el nacimiento del póstumo.

Comentario: A partir de este artículo da comienzo a una serie de diez más que delimitan un procedimiento a seguir que no solo atenta en contra de la dignidad de la mujer, sino que además ignora u omite todo el desarrollo científico que lo simplifica. Es de extrañar que, con la atención que se ha prestado a la legislación en materia familiar, se hayan pasado por alto estas normas.

19. Artículo 1661.—La repudiación debe ser expresa y hacerse por escrito ante el juez, o por medio de instrumento público otorgado ante notario, cuando el heredero no se encuentra en el lugar del juicio.

Comentario: En el texto se confunden el procedimiento ordinario (ante el juez de lo familiar) con el extraordinario (ante notario), pues en el segundo

caso es posible repudiar ante cualquier notario. Es importante también precisar a qué se refiere la expresión 'el lugar del juicio', pues habría de delimitar si alude al juzgado, a un municipio o a una entidad.

20. Artículo 1690.—Cuando toda la herencia se distribuya en legados, los legatarios nombrarán al albacea.

Comentario: Tal como he comentado en diferentes párrafos del presente trabajo, para poder determinar que la herencia se distribuyó en legados es necesario que se realice un inventario, mismo que corresponde efectuar al albacea, por lo que el texto aquí presentado es del todo inconsistente.

21. Artículo 1706.—Son obligaciones del albacea general:

VIII. La de representar a la sucesión en todos los juicios que hubieren de promoverse en su nombre o que se promovieron contra de ella.

Comentario: La representación consiste en llevar a cabo actos a nombre de otra persona. Declarar que el albacea representa a la sucesión implica sugerir que ésta tiene personalidad jurídica.

22. Artículo 1777.—La partición constará en escritura pública, siempre que en la herencia haya bienes cuya enajenación deba hacerse con esa formalidad.

Comentario: La partición es la penúltima parte del procedimiento sucesorio, en la que los herederos, después de haber liquidado la herencia, acuerdan qué se quedará cada uno de ellos. Para esto, basta un escrito. El error en la redacción de la norma consiste en que el legislador confundió partición con adjudicación, que es la última parte del procedimiento sucesorio, en la que se da forma jurídica al bien de que se trate.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES

1. Artículo 156.—Es juez competente:

V. En los juicios hereditarios, el juez en cuya jurisdicción haya tenido su último domicilio el autor de la herencia; a falta de ese domicilio, lo será el de la ubicación de bienes raíces que forman la herencia; y a falta de domicilio y bienes raíces, el del lugar del fallecimiento del autor de la herencia. Lo mismo se observará en casos de ausencia.

Comentario: El segundo criterio aquí señalado, al igual que todos los concernientes a bienes, es inaplicable hasta que no se haya llevado a cabo el inventario.

2. Artículo 780.—La intervención que debe tener el representante del fisco será determinada por leyes especiales, pero conservando siempre la unidad del juicio.

Comentario: Tras la abrogación de la Ley Federal de Herencias y Legados ya no hay un representante del fisco presente en el juzgado. Una vez más se

corroborar que el legislador no entendió que, cada vez que hay una transformación profunda en una ley, ésta afecta también a muchas otras.

3. Artículo 784.—En todo juicio sucesorio se formarán cuatro secciones compuestas de los cuadernos necesarios. Deben iniciarse las secciones simultáneamente cuando no hubiere impedimento de hecho.

Comentario: Nunca pueden iniciarse simultáneamente las cuatro secciones, pues por mera continuidad cronológica deben determinarse primero el albacea y los herederos.

4. Artículo 789 bis.—Inmediatamente que se inicie el procedimiento sucesorio, el juez o el notario ante quien se tramite deberá obtener el informe de existencia o inexistencia de alguna disposición testamentaria otorgada por el autor de la sucesión, ante el Archivo Judicial del Tribunal Superior de Justicia y en el Archivo General de Notarías, ambos del Distrito Federal, siendo esta última dependencia la encargada de solicitar la información al Registro Nacional de Avisos de Testamento, sobre la existencia o inexistencia de alguna disposición testamentaria en entidad federativa.

Comentario: El procedimiento sucesorio requiere de agilidad, por lo que pareciera absurdo añadirle requisitos. Cuando aún estaba vigente el testamento público cerrado, el legislador dio la opción al testador de depositarlo en el Archivo Judicial del Tribunal Superior de Justicia, de ahí la obligación del juez y el notario de solicitar un informe a la oficina antes mencionada. Ante la derogación de dicho testamento y del precario uso que tuvo, el legislador pudo tomar la alternativa de auditar al Archivo Judicial para determinar si aún había documentos a resguardo, de lo contrario, eliminar esa parte del trámite.

5. Artículo 873.—El albacea, si lo hubiere, y los herederos exhibiendo la partida de defunción del autor de la herencia y un testimonio del testamento, se presentarán ante un notario para hacer constar que aceptan la herencia, se reconocen sus derechos hereditarios, y que el albacea va a proceder a formar el inventario de los bienes de la herencia. El notario dará a conocer estas declaraciones por medio de dos publicaciones que se harán, de diez en diez días en un periódico de los de mayor circulación en la República.

Comentario: La metodología a seguir para dar publicidad a las declaraciones es arcaica y no garantiza la debida difusión de las mismas. Con los nuevos medios de información disponibles, deberían planificarse estrategias más puntuales para lograr el objetivo, además de ser proporcionadas por el Estado.

6. Artículo 876. Bis.—Para la titulación notarial de la adquisición por los legatarios instituidos en testamento público simplificado, se observará lo siguiente. [Omití copiar el procedimiento ya que no es necesario para fundamentar mi crítica]

Comentario: El testamento público simplificado, al igual que todas las formas de testar con excepción del testamento público abierto, fue derogado del

Código Civil. A diferencia del resto, el procedimiento para otorgarlo sigue contemplado en la ley adjetiva. No me explico esta irregularidad salvo por descuido de los legisladores.

LEY DEL NOTARIADO

1. Artículo 124.—Cuando en un testamento público abierto se otorguen cláusulas que conforme a las leyes sean irrevocables, el notario, sin revelar el contenido de dichas cláusulas, hará mención de ello en el aviso a que se refiere el artículo 121, lo cual asentará el Archivo en el registro a que se refiere el artículo 122. El Archivo, al contestar el informe que se solicite, deberá indicar el testamento o testamentos respecto de los cuales tenga asentado que existen dichas cláusulas irrevocables.

Comentario: El notario tiene la obligación de informar al Archivo General de Notarias de cada nuevo testamento que se dicta ante él, así como de advertir si el documento en cuestión contiene cláusulas irrevocables. La única cláusula irrevocable contemplada por nuestra legislación es el reconocimiento de un hijo y éste requiere de la aceptación, dependiendo el caso, del otro progenitor o de a quien se reconoce. Siendo que el testamento es un acto personalísimo, su misma naturaleza impide que incluya dentro de sí un reconocimiento, por lo que nunca habrá cláusulas irrevocables en su contenido.

2. Artículo 175.—El notario está obligado a dar a conocer las declaraciones de los herederos a que se refieren los artículos anteriores, mediante dos publicaciones que se harán en un diario de circulación nacional, de diez en diez días, con la mención del número de la publicación que corresponda. Estas publicaciones podrán ser suplidas por otra u otras publicaciones en medios electrónicos u otro medio de comunicación masiva que acuerden el Colegio y las autoridades competentes, salvaguardando siempre la debida publicidad y garantía de audiencia de los posibles interesados.

Comentario: El legislador asigna una carga económica a un particular para llevar a cabo un procedimiento obtuso que difícilmente cumple su finalidad.

Después de estos breves apuntes sobre una materia tan importante, reafirmo mi convicción de que los proyectos de ley deben ser revisados minuciosamente por especialistas antes de su aprobación. Si el presupuesto de egresos destina grandes sumas para el sostenimiento de la burocracia legislativa, resulta inconcebible que ésta falle en el cumplimiento de la razón que justifica su existencia.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y SUS CRITERIOS DE IMPUTABILIDAD

Jesús Casillas del Río



“Lógicamente, toda responsabilidad civil supone en primer término que se cause un daño; en segundo lugar, que alguien haya causado ese daño procediendo con dolo o con simple culpa y finalmente, que medie una relación de causalidad entre el hecho determinante del daño y este último...”¹

RAFAEL ROJINA VILLEGAS

RESUMEN

La “responsabilidad civil” es observada como un tropo científico de interés de la dogmática jurídica, que implica el deber jurídico disociado de la obligación con base en la doctrina alemana, por el que una persona o sujeto podrá ser resarcida o indemnizada por el daño causado siempre que exista una conducta imputable a otro sujeto, la cual puede consistir en el dolo, culpa o riesgo; por ello, resulta importante revisar los criterios de imputabilidad para determinar la manera en que deberá aplicarse lo anterior, según la regulación civil vigente en el Distrito Federal.

Durante muchos años, en las clases de derecho se ha impartido el tema de la “responsabilidad civil”, sin embargo, pasa inadvertida la existencia de los criterios de imputación por la mayoría de los estudiantes, dadas sendas clasificaciones, discusiones acerca de su naturaleza y elementos que la conforman. Así, la dogmática jurídica y la doctrina han pasado inadvertidas cuestiones acerca de su conformación y configuración en el derecho positivo mexicano. Por tanto, el objetivo del presente ensayo es conformar y con-

¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil III. Teoría General de las Obligaciones*, 21a. ed., Porrúa, 1998, p. 298.

figurar las ideas principales acerca de dicha figura jurídica, otorgando una amplitud en su estudio desde otro punto de vista para su mejor comprensión significativa, para que se pueda delimitar de forma argumentativa en el presente ensayo.

Este trabajo busca analizar, desde el ámbito dogmático y legal, una figura entendida en una manera ampliamente convencional, con un análisis sin la mayor pormenorización, pero que conlleva distintas clasificaciones teniendo que ajustarse su estudio al ámbito operacional, advirtiendo acerca de la importancia de sus distintos criterios de imputación,² los que a menudo resultan poco explorados desde el punto de vista de la idea de que una disposición legal puede imputar una conducta, lo que interviene incluso en el ámbito probatorio y en la determinación de una consecuencia por individualización; por lo que para el efecto de su mejor comprensión y de ampliar los horizontes en su aplicación es necesario abordar esto en una forma diferente en la que se analice cómo se ha conformado la comprensión por la dogmática, delimitando su extensión en su asociación mental con figuras erráticas dentro del campo del derecho civil.

Por ello, es menester mencionar que la analítica aplicada al presente trabajo es una de las aportaciones que se busca instaurar, para efecto de encontrar un significado lógico, en términos de relaciones de semejanza y diferencia léxica, más allá del lenguaje constitutivo que nos lleven al entendimiento de esta figura, así como a establecer constructos operacionales más eficaces.

De lo anterior, la búsqueda consiste en disminuir la parte de las fórmulas de intención en el lenguaje a manera de una comprensión exegetica o teleológica, que en realidad sólo afectan los sentidos creados, para minimizar los problemas de asociación mental que se conforman frente a las relaciones lingüísticas que provocan la polisemia de los términos bajo dichos esquemas; razón por la que se operará en el margen de la ambigüedad o anfibología léxica como relación semántica y la trasnominación como una figura retórica propia de una construcción de los tropos pre-científicos durante procesos históricos, para que nos brinden una mejor explicación al origen de la institución que será objeto del análisis, determinando que los sentidos nacen del uso de los términos y que han sido transformados en conceptos operativos más eficaces, que conocemos como tropos científicos.³

² Kelsen, Hans, *Introducción a la teoría pura del derecho*, 3a. ed., México, UNAM-III, 2002, pp. 31-35.

³ Derridá, Jaques, *Márgenes de la filosofía*, 2a. ed., Madrid, Ediciones Cátedra, 1994, pp. 193-208.

Lo anterior provoca que, para el análisis de los constructos, exista la necesidad de manejar ciertos métodos de investigación que son, a saber:

A) La deconstrucción,⁴ para revisar la posibilidad de existencia de los sistemas conceptuales en cortes de tiempo de referencia (teoría espacio-temporal), contravirtiendo contra la idea de un significado unificado e inalterable en términos históricos. De este modo se podrá demostrar la manera en que se ha construido el lenguaje debido a cambios de significación por designación (*tropos*) ocasionados por las figuras retóricas denominadas: metáfora,⁵ metonimia⁶ y sinécdoque.⁷

B) La lógica, para la conformación de definiciones operando por agrupación a través de: 1) relaciones de inferencia, 2) silogismo y 3) definición *per genus et differentia*.⁸

⁴ *Ibidem*, p. 271.

⁵ La metáfora proveniente del latín “*metaphōra*”, y tomado del griego “*μεταφορά*”; propiamente “traslado”, “desplazamiento”; es el desplazamiento de significado entre dos términos con una finalidad estética.

Véase. BERISTAÍN, Helena, *Diccionario de Retórica y Poética*, 7a. ed., Porrúa, 1995, pp. 308.

⁶ La metonimia proviene del griego “*μετ-ονομαζειν*”, significa “dar o poner un nuevo nombre”; también llamada trasnominación, es un fenómeno de cambio semántico que implica designar una cosa o idea con el nombre de otra, sirviéndose de su relación existencial causa-efecto, espacio-tiempo y todo-parte; y en su caso de alguna relación semántica como es meronimia-holonomia, sinonimia-antonimia, hiperonimia-hiponimia y grammema (categorías gramaticales).

BERISTAÍN, Helena, *op. cit.*, nota 5, p. 328.

⁷ La sinécdoque proviene del griego “*συνεκδοχή*” que significa “entendimiento simultáneo” que implica relaciones:

1. Todo-parte/parte-todo.
2. Forma-materia/materia-forma.
3. Género-especie/especie-género.
4. Espacio-tiempo/tiempo-espacio.
5. Proceso-producto /producto-proceso.
6. Causa-efecto/Efecto/causa.

7. Antonomasia proveniente del griego “*ἀντωνομασία*” que significa nombrar diferente, y consiste en la sustitución de un nombre propio por una expresión.

Es menester señalar que mientras para algunos autores es una modalidad de la metonimia, para otros es una cuestión aparte, y esto se basa en que algunos autores lo relacionan con lo que son las relaciones semánticas dentro de la metonimia y otros con el tema de las variaciones semánticas.

BERISTAÍN, Helena, *op. cit.*, nota 5, p. 464.

⁸ IRVING, Copy *et al.*, *Introducción a la lógica*, 2a. ed., Madrid, Ediciones Cátedra, 1994, p. 698.

Lo anterior se fundamentará en una terminología sencilla propia del ensayo para la mejor comprensión de sus lectores, restringiéndose a hacer únicamente un análisis de la legislación del Distrito Federal en lo que respecta a la institución de la responsabilidad civil, lo cual se realizará a la luz de la metodología propuesta.

1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA NEGACIÓN DE SU HERENCIA ROMANÍSTICA

El constructo “responsabilidad civil” es un tropo científico que se origina a la luz de la Teoría de las Obligaciones, por lo que claramente se ha desarrollado su estudio en el marco de la dogmática implementada sobre las discusiones originarias del término “obligación”, razón por lo que siempre ha permanecido a la sombra de dicha figura, misma que le ha restado senda importancia que tiene dentro de la Teoría del Derecho Civil.

Dado lo anterior, es importante señalar que en el derecho romano no existía propiamente el término, por lo que se hablaba más bien del “*nexum*”, que se maneja por la doctrina como una institución arcaica, poco conocida e incluso negada en cuanto a su existencia por algunos tratadistas de derecho romano, que consiste en la vinculación o atadura de la persona del *obligatus*, esto a través de una mancipación en garantía de una deuda propia o ajena; por lo que en caso de incumplimiento podía ejecutarse a través del procedimiento establecido por la *legis actio per manus iniectionem*, así bajo influencia de esta figura, el débito y la responsabilidad se disociaron al menos en su entendimiento y en la práctica.⁹ En este sentido, es menester señalar que el término “responsabilidad” no es etimológicamente una herencia romanística, sin embargo muchos autores y dogmáticos lo asocian por *transnominación* (designación de una idea con el nombre de otra) con el término “*spondeo*”, que fue una palabra solemne que indicaba la estipulación de una promesa, en lo que se conocía como esponsales y que históricamente se ha designado como fuente de las obligaciones en el derecho romano. Por tanto, resulta incongruente postular que en el origen de dicho término encontremos algún indicio que explique y desarrolle una explicación del concepto; esto en virtud de que no tiene relación con el tropo precientífico del que proviene, llevándonos a pensar que su desarrollo teórico fue posterior.

⁹ IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano*, 13a. ed., Ariel, 2001, pp. 232-235.

De lo anteriormente planteado, resulta importante mencionar que las discusiones acerca de la responsabilidad civil fueron objeto de las discusiones de la dogmática alemana a partir del siglo XIX, por lo que en realidad su estudio y explicación nacen a partir de dicha época, tal y como se abordará a continuación.

2. TESIS SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL: ASOCIATIVA, DISOCIATIVA Y ECLÉCTICA

2.1 *Tesis asociativa del débito y la responsabilidad civil*

Postulada y sostenida principalmente por Alois Ritter Von Brinz y Gotthold Julius Rudolph Sohm,¹⁰ ambos señalan una unión necesaria entre el débito (obligación) y la responsabilidad del deudor, lo anterior producto de acentuar el carácter patrimonial del vínculo, dejando de basar la explicación en el deber y entendiendo la obligación a partir del derecho del acreedor sobre los bienes o patrimonio del deudor, el cual, según dichos autores, está permanentemente sometido para la satisfacción del crédito, ante el incumplimiento de la prestación.¹¹

Sin embargo, la principal crítica que se ha realizado a dicha formulación es la señalización del reduccionismo explicativo, al tomar en cuenta sólo los derechos del acreedor sin el comportamiento del deudor, es decir, no existen criterios de imputación de la responsabilidad, por lo que únicamente se entiende como un deber legal por efecto del incumplimiento.

2.2 *Tesis disociativa del débito y la responsabilidad civil*

Postulada por diversos autores de la doctrina Alemana, pero principalmente por Josef Kohler, nos señala que debemos distinguir entre:

1. Obligación, que es “la necesidad de derecho en que se encuentra constituida una persona respecto de otra para el cumplimiento de una prestación que le es jurídicamente exigible”.

2. La responsabilidad, que es “una nueva obligación nacida del hecho ilícito previsto en la norma jurídica llamado incumplimiento. Así, consiste en la “necesidad de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados”.¹²

¹⁰ SAVIGNY, Friedrich Karl, *Le droit des obligations*, París, Thorin Editeur, 1963, Vol. I, Par. 2, pp. 385-566.

¹¹ RICO ÁLVAREZ, Fausto, *Teoría General de las Obligaciones*, 2a. ed., México, Porrúa, 2006, pp. 35-48.

¹² RICO ÁLVAREZ, Fausto, *op. cit.*, nota 12, pp. 35-48.

Sin embargo, debemos mencionar que se infiere que no considera la posibilidad de exigirse en determinados casos, ya que reduce la responsabilidad civil a una mera obligación de indemnizar por los daños y perjuicios, lo que no implica que deba ejecutarse y mucho menos que exista una manera de atribuirle al verse como una segunda obligación derivada de una primigenia, además debe señalarse que dicha naturaleza no es correcta en virtud de que ésta no nace de hechos o actos externos, sino que simplemente es producto del incumplimiento de una conducta exigida por la propia norma jurídica, y no una obligación nueva. Lo anterior también puede comprobarse en razón de que su origen no se da por la intervención de la voluntad de partes o sujetos, sino de lo que se señala como una consecuencia normativa por actuar en contravención con un precepto legal determinado.

2.3 Tesis ecléctica del débito y la responsabilidad civil

Von Amira y Gierke resumen las premisas históricas integrando los dos elementos hasta entonces independientes y autónomos, que son el débito (*shuld*) y la responsabilidad (*haftung*). Así, dicha visión ganó seguidores por ser una de las explicaciones más satisfactorias hasta el momento.

Para constituir la unidad llamada obligación se requieren dos elementos que son:

1. La relación del débito (*shuld*), que se traduce en determinado comportamiento denominado prestación.
2. La relación de responsabilidad (*haftung*), que se traduce en el estado o situación de sometimiento del patrimonio del deudor, el cual se actualiza con el incumplimiento.¹³

Sin embargo, dichos autores postulan que ambas relaciones pueden contraerse en forma separada e independiente; así nacen el caso de la obligación natural, en la que encontramos el débito sin la responsabilidad, y el de la fianza, donde la responsabilidad por el hecho ajeno se constituye sin el débito.

La principal crítica la formula Giorgianni, quien establece que no es dable escindir las relaciones de débito y responsabilidad como entes autónomos, ya que la obligación natural no es un caso de deuda sin compromiso

¹³ RICO ÁLVAREZ, Fausto, *Teoría General de las Obligaciones*, 2a. ed., México, Porrúa, 2006, pp. 35-48.

de cumplimiento, porque se traduce en un “deber moral o de conciencia”, por lo que no es una institución jurídica; en tanto que en la fianza no se sostiene que sólo el fiador es responsable, sino también el deudor quien incumplió el débito, tal como se desprende de las disposiciones legales (en este caso el Código Civil Italiano).¹⁴

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

3.1 *Doctrina Francesa: la responsabilidad civil como consecuencia jurídica*

La doctrina francesa establece que la responsabilidad civil es una consecuencia jurídica del incumplimiento de una obligación.

Sin embargo la crítica consiste en que no sólo el incumplimiento de las obligaciones acarrea responsabilidad civil, también el incumplimiento de algunos deberes postulados en el ordenamiento legal, además de que hacer mención de que su naturaleza es la de una simple consecuencia de derecho no imprime su carácter de exigibilidad.

3.2 *Doctrina Alemana: la responsabilidad civil como obligación*

La doctrina alemana, principalmente Kohler, establece que la responsabilidad es una nueva obligación¹⁵ nacida del hecho ilícito previsto en la norma jurídica llamado incumplimiento, así, consiste en la “necesidad de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados”.¹⁶

Sin embargo, la crítica consiste en que dicha doctrina ha sido seguida hasta hoy por los juristas. No obstante, debemos hacer la observación de que la responsabilidad no necesariamente nace de un hecho ilícito, sino de cualquier supuesto normativo en el cual se establezca, por tanto, dicha tesis es incongruente.

3.3 *La responsabilidad civil como deber jurídico*

De lo anteriormente señalado, postularemos que existe una distinción entre obligación y deber jurídico, la cual se hace patente de la siguiente manera:

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones civiles*, 19a. ed., México, Oxford, 1999, p. 207.

¹⁶ RICO ÁLVAREZ, Fausto, *op. cit.*, nota 12, pp. 35-48.

Caracteres	Obligación	Deber jurídico
Sujetos	Sujetos, ya sea determinados o indeterminables, llamados acreedor y deudor.	El sujeto activo y pasivo no están determinados, esto hasta la actualización de un precepto legal, por lo que son determinables por individualización.
Fuente	La realización de determinada conducta que consiste en un dar, hacer o no hacer, que repercute en el patrimonio de una persona, por lo que tiene contenido económico o pecuniario.	La restricción normativa a la libertad exterior, por medio de un mandato o prohibición respecto de supuestos legalmente previstos, que en sí mismos no tienen un contenido patrimonial, aunque su consecuencia jurídica puede tenerlo.
Objeto	Crear una relación jurídica en la cual se actualicen consecuencias de derecho.	Provocar determinada conducta general (<i>erga omnes</i>) o en las personas que se colocan en un supuesto normativo.

Por tanto, la responsabilidad civil constituye un deber jurídico (género próximo), ya que en México para cada fuente de las obligaciones existe un tipo específico de la misma, por tanto tenemos que a la realización de una conducta se le impone como consecuencia un supuesto señalado específicamente en una disposición legal;¹⁷ existiendo un supuesto por regla general, manteniendo una limitación de casos de excepción como son el enriquecimiento ilegítimo, la gestión de negocios y el daño moral, donde se justifican distinciones atendiendo a la buena o mala fe en el primer caso, de conocimiento y utilidad del acreedor para el segundo, o para la graduación por el juez en el tercero.

4. DEFINICIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Por tanto, la responsabilidad civil *per genus et differentia* denota el deber jurídico de resarcir o indemnizar los daños y perjuicios causados, proveniente de una conducta fundamentada en los criterios de imputación subjetivos (dolo o culpa) u objetivos (riesgo), lo anterior independientemente de su origen contractual o extracontractual.

¹⁷ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *op. cit.*, nota 16, pp. 206-219.

5. CLASIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

5.1 *Por los actos cuyo incumplimiento la generan*

La responsabilidad civil la ha clasificado la doctrina en razón de los actos cuyo incumplimiento la generan, siendo:

A. Contractual, que se refiere aquella proveniente de obligaciones contenidas en la fuente de las obligaciones conocida como contrato y cuyos elementos para su actualización son según la doctrina:

a) Incumplimiento de una obligación preexistente que cause daños y/o perjuicios.

b) La relación de causalidad directa entre el incumplimiento y el daño y/o perjuicios causados, esto en razón de algún criterio de imputación subjetivo u objetivo de la responsabilidad.

B. Extracontractual, que se refiere a aquella proveniente de alguna otra fuente de las obligaciones o de un deber jurídico diferente del contrato y cuyos elementos para su actualización son:

a) Un hecho o acto jurídico que cause daños y/o perjuicios.¹⁸

b) La relación de causalidad directa entre el hecho o acto jurídico y el daño y/o perjuicios causados, esto en razón de algún criterio de imputación subjetivo u objetivo de la responsabilidad.¹⁹

C. Precontractual, que se refiere a aquella según Ramón Sánchez MedaI proveniente de alguna negociación previa a la celebración del contrato, ya que existe una seria previsión de que éste se celebrará inminentemente, sin embargo ésta no la contempla la legislación mexicana, por lo que las reflexiones acerca de esto son eminentemente doctrinales y no constituyen parte del presente ensayo.²⁰

Debemos decir que en razón de lo expuesto acerca de su naturaleza jurídica, la única que genera responsabilidad civil es la ley, esto en razón de que depende de la actualización de un supuesto normativo por la imposición de un deber jurídico.

5.2 *Por los criterios de imputación*

Debemos distinguir entre:

a) La responsabilidad civil subjetiva, que se refiere al supuesto normativo en el cual, el deber jurídico de reparar o indemnizar, proviene de una conducta la

¹⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil III. Teoría General de las Obligaciones*, 21a. ed., Porrúa, 1998, p. 295.

¹⁹ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *op. cit.*, nota 16, pp. 179-182.

²⁰ Véase. SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos civiles*, 21a. ed., México, Porrúa, 2005, p. 29.

cual se imputa a su autor por individualización, ya sea por realizarla en forma dolosa (intencional o con conocimiento) o culposa (negligente o violando un deber de cuidado) produciendo con ello un resultado dañoso.

b) La responsabilidad civil objetiva, que es el deber jurídico de reparar o indemnizar, a la que se refiere al supuesto normativo en el cual, el deber jurídico de reparar o indemnizar, proviene de una conducta la cual se imputa a su autor por individualización, en el caso en que una conducta crea o produce un riesgo potencial siempre que origine resultados dañosos.²¹

6. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA: DOLO, CULPA Y RIESGO

6.1 Culpa

6.1.1 *Regulación de la culpa en la legislación civil para el Distrito Federal*

Es el criterio de imputación subjetiva de la responsabilidad del deudor, consistente en una conducta negligente o violación de un deber de cuidado.

En esta materia el Código Civil para el Distrito Federal, actualmente en vigor, ha continuado con una regulación asistemática, con excepción del siguiente artículo:

Artículo 2025.—Hay culpa o negligencia cuando el obligado ejecuta actos contrarios a la conservación de la cosa o deja de ejecutar los que son necesarios para ella.²²

Sin embargo, la crítica a la disposición legal es que solo se refiere al cuidado de las cosas, así, debiera ampliarse desde el punto de vista legal para dar una definición más completa, por lo que el concepto de culpa puede enfocarse a castigar la violación del deber de cuidar una cosa, sin embargo pudiese referirse a otros contenidos obligacionales, no solo los de dar, como son algunos de hacer o no hacer e incluso extenderse a cualquier circunstancia general necesaria para llevar a cabo el cumplimiento de la obligación.

Otro problema que encontramos es el de la graduación, ya que no se encuentra un fundamento que nos permita brindar una clara distinción de los grados de la culpa expuestos, sin embargo, a medida que se van reglamentando las instituciones en específico se hace referencia a grados diversos. De ello tenemos ejemplo como el del comodatario (artículo 2502 y 2504

²¹ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *op. cit.*, nota 16, pp. 187-194.

²² Código Civil para el Distrito Federal, México, Raúl Juárez Carró Editorial, 2015.

del CCDF) en el cual existe culpa levísima, el de la compraventa con mora del comprador (artículo 2292 del CCDF), y el del depósito gratuito (artículo 2522 del CCDF) donde existe culpa grave.

6.1.2 *Presunción legal de culpa en la legislación civil para el Distrito Federal*

Existe la presunción de culpabilidad general en contra del deudor y en favor del acreedor, así tenemos que:

A) En las obligaciones de dar, donde la pérdida de la cosa en poder del deudor se presume por culpa del deudor.

El Código Civil para el Distrito Federal establece:

Artículo 2018.—La pérdida de la cosa en poder del deudor se presume por culpa suya mientras no se pruebe lo contrario.²³

B) En las obligaciones de hacer, la no realización de la conducta o su realización en manera distinta a lo convenido se presume por culpa del deudor.

El Código Civil para el Distrito Federal establece:

Artículo 2027.—Si el obligado a prestar un hecho no lo hiciere, el acreedor tiene derecho de pedir que a costa de aquél se ejecute por otro, cuando la sustitución sea posible.²⁴

Esto mismo se observará si no lo hiciere de la manera convenida. En este caso el acreedor podrá pedir que se deshaga lo mal hecho.

C) En las obligaciones de no hacer, la realización de la conducta se presume por culpa del deudor.²⁵

El Código Civil para el Distrito Federal establece:

Artículo 2028.—El que estuviere obligado a no hacer alguna cosa, quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención. Si hubiere obra material, podrá exigir el acreedor que sea destruida a costa del obligado.²⁶

6.2 *Dolo*

6.2.1 *Regulación del dolo en la legislación civil para el Distrito Federal*

Es el criterio de imputación subjetiva de la responsabilidad del deudor, consistente en una conducta que se hace con conocimiento o intención de causar daño.

²³ Código Civil para el Distrito Federal, México, Raúl Juárez Carró Editorial, 2015.

²⁴ *Idem*.

²⁵ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *op. cit.*, nota 16, p. 191.

²⁶ Código Civil para el Distrito Federal, México, Raúl Juárez Carró Editorial, 2015.

Debemos señalar que existe irrenunciabilidad de la responsabilidad por dolo, por lo que tenemos:

Artículo 2106.—La responsabilidad procedente de dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de hacerla efectiva es nula.²⁷

Dicha irrenunciabilidad atiende a la naturaleza de la responsabilidad civil, ya que constituye un deber jurídico, por el principio que establece que nadie puede renunciar a la ley misma ante la imputación de una conducta prohibida a un sujeto determinado, es decir, del principio que señala la inobservancia de la ley no exime de su cumplimiento, el cual se contempla en el artículo 8 del Código Civil para el Distrito Federal.

7. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA: RIESGO

7.1 Origen histórico de la responsabilidad civil objetiva: riesgo

Está institución cobra importancia a partir de la Revolución Industrial, superando así el concepto tradicional de responsabilidad construido sobre las nociones de dolo y culpa (elementos subjetivos específicos). Así, la responsabilidad objetiva está fundamentada por definición en la creación de una situación de riesgo potencial que origina resultados dañosos, por lo que dicha institución está más orientada al resarcimiento de los daños sufridos.

Los sistemas jurídicos neorromanistas como el español y el francés han ampliado por la doctrina y jurisprudencia los alcances de la responsabilidad objetiva, sin embargo su desproporción es enorme si se compara con los *torts* o la *strict liability* del *Common Law*.²⁸

7.2 Regulación del riesgo en la legislación civil para el Distrito Federal

Es el criterio de imputación objetiva de la responsabilidad del deudor, que implica una conducta que genera una situación o estado de peligro produciendo un daño.²⁹

La teoría de la responsabilidad objetiva se le ha dado el nombre de “teoría de la responsabilidad por el riesgo creado.”³⁰

²⁷ *Idem*.

²⁸ RICO ÁLVAREZ, Fausto, *op. cit.*, nota 12, p. 267.

²⁹ Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael, *op. cit.*, nota 19, pp. 274-288.

³⁰ *Ibidem*, p. 275.

De ahí que el Código Civil para el Distrito Federal la contemple específicamente en los supuestos de los artículos 1913, 1929, 1932 y 1933.³¹

8. ANÁLISIS RESULTANTE DE LA DISTINCIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD POR SUS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN

De lo anterior, debemos observar los dos tipos de responsabilidad por lo que tenemos lo siguiente:

Características	Responsabilidad Subjetiva	Responsabilidad Objetiva
Criterios de imputación	Dolo o culpa, que son datos o elementos de imputación subjetivos provenientes de la conducta de un sujeto.	Riesgo, que es un dato aparente de imputación objetiva, que señala al sujeto por la situación o estado de peligro que genera.
Consecuencia fáctica	El daño que es un elemento esencial de la responsabilidad. ³²	
Consecuencia jurídica	Reparación del daño mediante indemnización o resarcimiento por daños y perjuicios. ³³	

En conclusión respecto de la responsabilidad civil tenemos los siguientes enunciados que en términos de inducción nos mencionan:

A. El término “responsabilidad” es una asociación por transnominación con el término “*spondeo*”, que era una palabra formal que indicaba que se contraía una promesa y la cual nació dentro de lo que se conocía como esponsales que fue históricamente una fuente de las obligaciones, por tanto, resulta incongruente postular que de su origen etimológico de dicho término se haya desarrollado su progresión hasta convertirse en un tropo científico.

B. El constructo “responsabilidad civil” es un tropo científico que fue objeto de las discusiones de la dogmática alemana a partir del siglo XIX, por lo que en realidad su estudio y explicación, así como las teorías que lo sustentan, provienen de dicha época.

C. La visión adecuada acerca de su naturaleza y origen es la Tesis disociativa del débito y la responsabilidad civil postulada por diversos autores de la doctrina alemana, pero principalmente por Josef Kohler, en el sentido que

³¹ RICO ÁLVAREZ, Fausto, *op. cit.*, nota 12, p. 271.

³² ROJINA VILLEGAS, Rafael, *op. cit.*, nota 19, pp. 299-301.

³³ *Ibidem*, pp. 301-306.

la responsabilidad civil no se origina de la obligación civil, sino de supuestos que encontramos en la ley.

D. Por lo anterior, la responsabilidad civil es un deber jurídico autónomo que consiste en resarcir o indemnizar los daños y perjuicios causados, proveniente de una conducta fundamentada en los criterios de imputación subjetivos (dolo o culpa) u objetivos (riesgo), lo anterior independientemente de su origen contractual o extracontractual.

E. Los criterios de imputación de la responsabilidad civil subjetiva se constituyen en la culpa y el dolo, donde el primero consistente en una conducta negligente o violación de un deber de cuidado, mientras la segunda es un supuesto donde existe conducta que se hace con conocimiento o intención de causar daño; ambas son imputables a un sujeto que se coloque en la hipótesis normativa generando el deber de resarcir.

F. El criterio de responsabilidad objetiva es el riesgo que imputa a un sujeto por generar una situación o estado de peligro produciendo un daño; y se da en virtud de que este se ha colocado en hipótesis legal.

BIBLIOGRAFÍA

- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones civiles*, 19a. ed., México, Oxford, 1999.
- BERISTAÍN, Helena, *Diccionario de Retórica y Poética*, 7a. ed., Porrúa, 1995.
- CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, México, Raúl Juárez Carró Editorial, 2015.
- DERRIDÁ, Jaques, *Márgenes de la filosofía*, 2a. ed., Madrid, Ediciones Cátedra, 1994.
- KELSEN, Hans, *Introducción a la teoría pura del derecho*, 3a. ed., México, UNAM-III, 2002.
- IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano*, 13a. ed., Ariel, 2001.
- IRVING, Copy y COHEN, Carl, *Introducción a la lógica*, 2a. ed., Madrid, Ediciones Cátedra, 1994.
- RICO ÁLVAREZ, Fausto, *Teoría General de las Obligaciones*, 2a. ed., México, Porrúa, 2006.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil III. Teoría General de las Obligaciones*, 21a. ed., Porrúa, 1998.
- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos civiles*, 21a. ed., México, Porrúa, 2005.
- SAVIGNY, Friedrich Karl, *Le droit des obligations*, París, Thorin Editeur, vol. I, Par. 2, 1963.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA FE PÚBLICA NOTARIAL

María Leoba Castañeda Rivas¹



1. INTRODUCCIÓN

Es para quien esto escribe sumamente valioso colaborar en esta obra, para rendir homenaje al Dr. Bernardo Pérez Fernández del Castillo, de quien se destaca su trayectoria como notario, como académico y su legado literario, que son un referente a nivel nacional e internacional para perfeccionar el Estado de Derecho y la cultura notarial del país.

En tal sentido, nos honra rendir homenaje a tan importante y valioso profesionista, con la presente colaboración, enfocada a la naturaleza jurídica de la fe pública notarial con la que cuentan los notarios derivada de su función, con base en la facultad que el Estado le brinda a dicho profesionista del derecho.

Toda vez que la función notarial tiene el carácter precautorio, es decir, el notario debe ayudar, atender, colaborar y auxiliar a aquellas personas que así lo soliciten en tanto se trate de cuestiones jurídicas, dando fe de los actos en los que interviene para dar seguridad jurídica, no obstante que no han sido percibidos sensorialmente por él, por ello la importancia de su actuar del notario.

¹ Es Doctora en Derecho por la UNAM, y Catedrática de Carrera de Tiempo Completo de la Facultad de Derecho y de la División de Estudios de Posgrado. Es Doctora Honoris Causa por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos. Es Miembro del Consejo Editorial de diversas y prestigiadas publicaciones jurídicas, tanto de México como del extranjero. Evaluadora Par de los Programas Nacionales de Posgrado de Calidad del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT). Investigadora Nacional Nivel I del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT). Primera mujer Directora de la Facultad de Derecho de la UNAM, en más de 459 años.

2. CONCEPTOS GENERALES

El notariado mexicano actualmente se encuentra plenamente justificado, y en el Distrito Federal se le reconoce como un ente socialmente útil, del que se exige preparación y entrega a su actividad.

De esta manera, el notario deberá mantenerse actualizado en las diversas ramas jurídicas para seguir cumpliendo con su función primordial, que es la de brindar seguridad jurídica en forma ágil, expedita y con plena conciencia social y de servicio. Es así que para entrar al estudio de la naturaleza jurídica de la fe pública, resulta necesario, desentrañar los conceptos de notario y fe pública.

2.1 NOTARIO

La palabra notario, desde el punto de vista gramatical, deriva del latín *Notarius*. De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, significa “el funcionario público autorizado para dar fe de los contratos, testamentos y otros actos extrajudiciales, conforme a las leyes”.²

En otras palabras, también es considerado como aquella persona que dejó testimonio de los acontecimientos de los que fue testigo. Anteriormente, el notario era la persona que desempeñaba la labor de escribano y daba fe de escritos y otros actos.

De acuerdo con Rafael De Pina, el notario “es el titular de la función pública consistente de manera esencial en dar fe de los actos jurídicos que ante él se celebran”.³

Siguiendo a la Unión Internacional del Notariado Latino, Bernardo Pérez explica que “el notario latino es el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confirmando su autenticidad, conservar los orígenes de éstos y expedir copias que dé su contenido”.⁴

La Ley del Notariado para el Distrito Federal, lo define de la siguiente manera:

² Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Segunda edición. México, Milenio, 2010, p. 379.

³ DE PINA VARA, Rafael, *Diccionario de Derecho*, 10a. ed., México, 2011, p. 383.

⁴ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Derecho Notarial*, 18a. ed., México, Porrúa, 2012, p. 167.

Artículo 42.—Notario es el profesional del Derecho investido de fe pública por el Estado, y que tiene a su cargo recibir, interpretar, redactar y dar forma legal a la voluntad de las personas que ante él acuden, y conferir autenticidad y certeza jurídicas a los actos y hechos pasados ante su fe, mediante la consignación de los mismos en instrumentos públicos de su autoría.

El notario conserva los instrumentos en el protocolo a su cargo, los reproduce y da fe de ellos. Actúa también como auxiliar de la administración de justicia, como consejero, árbitro o asesor internacional, en los términos que señalen las disposiciones legales relativas.⁵

Para nosotros, el Notario Público es el profesionista del derecho más próximo a la vida, es decir, ese contacto íntimo con los hechos hace que el notario sea el más indicado para la elaboración del derecho. Aunque parezca deleznable esta posición tan cerca de los hechos, lo cual parecería que impide al notario elevarse a los ámbitos de la juridicidad, por el contrario, lo convierte en un investigador al igual que un químico o un biólogo.

El notario del Distrito Federal es un particular profesional del Derecho que, después de sustentar diversos exámenes, tanto de aspirante como de oposición, ejerce la carrera u oficio notarial, brindando seguridad jurídica y certeza en las transacciones de las que da fe, siempre guardando un alto nivel de profesionalismo, de independencia frente al poder público y los particulares, una completa imparcialidad para sus clientes y una autonomía en sus decisiones, las cuales sólo tienen por límite el marco jurídico y el estado de derecho.

El notario público del Distrito Federal, como parte del notariado de corte latino, se encarga de interpretar la voluntad de las partes y plasmar ésta en un documento público y auténtico, que puede ser una escritura pública si se trata de dar fe de un acto jurídico, ejemplo: el contrato; o bien acta notarial, si se certifica un hecho jurídico o material, ejemplo: la notificación.

De tal suerte que el fin del notario es brindar seguridad jurídica, es decir, “el notario se justifica porque la sociedad requiere seguridad jurídica y ésta se obtiene gracias a la dación en fe”.⁶

En síntesis el notario tiene la función de dar fe pública, de tal suerte que los actos que realice se presuman verdaderos, ciertos y reales, con base en la seguridad jurídica que brinda.

⁵ Asamblea Legislativa del Distrito Federal. *Ley del notariado para el Distrito Federal*. p. 10 <<http://aldf.gob.mx/archivo-53c44a9d020e6e2bf9e7cca83fd59c38.pdf>> (página visitada en septiembre de 2015)

⁶ RÍOS HELLIG, Jorge, *La Práctica del Derecho Notarial*, 6a. ed., México, Mc Graw-Hill, 2005, p. 28.

2.2 FE PÚBLICA

De acuerdo al tema que nos ocupa, corresponderá en este apartado precisar el concepto actual de fe pública para vislumbrar la parte esencial de que se encuentra investido el notario, para ello, precisaremos su concepto gramatical, jurídico y la definición doctrinaria.

a) Gramatical

Desde el punto de vista gramatical, la palabra fe, deriva del latín “*fides*”, que en la religión católica es la primera de las tres virtudes teologales. Es un asentamiento a la revelación de Dios, propuesta por la iglesia”.⁷

También se concibe como un conjunto de creencias de cierta religión. De igual forma, se cataloga como un conjunto de creencias de alguien, de un grupo o de una multitud de personas.

b) Jurídico

El concepto de fe tiene diferentes acepciones que se refieren básicamente a un acto subjetivo de creencia o confianza por un lado, o a la seguridad que emana de un documento. Carral y de Teresa explica que “en el caso de la fe pública no estamos en presencia de un acto subjetivo de fe, sino de afirmaciones que objetivamente estamos obligados a aceptar como verdaderas los miembros de la sociedad civil, en acatamiento de los preceptos legales que así lo ordenan”.⁸

Dada la complejidad de las relaciones jurídicas en una sociedad, fue necesario crear todo un sistema a fin de que pudieran ser aceptados como ciertos, algunos negocios jurídicos, a pesar de no haberse presenciado su realización. Este sistema inicia con la investidura de determinadas personas con una función autenticadora a nombre del Estado, de tal manera que su dicho es una verdad oficial cuya creencia es obligatoria.

c) Doctrinal

Según Pedro Verdejo Reyes:

El fundamento de la fe pública notarial lo constituye la necesidad de certidumbre que deben tener los actos de los particulares, a fin de que el Estado pueda proteger los derechos dimanantes de éstos garantizándolos contra cualquier

⁷ Real Academia Española, *op. cit.*, pp. 707 y 708.

⁸ CARRAL Y DE TERESA, Luis, *Derecho Notarial y Registral*, 12a. ed., México, Porrúa, 1993, p. 52.

violación, y en tal sentido, la fe pública notarial llena una misión preventiva al construir los actos que ella ampara en una forma de prueba preconstituida suficiente para resolver e impedir posibles litigios.⁹

De dicho concepto se desprenden las siguientes ideas:

- Necesidad de certidumbre es la primera idea que sale de este concepto de Verdejo. El Estado mismo da la seguridad de que lo escrito en el instrumento se presume verdadero.
- Función preventiva. La función del notario latino es preventiva, lo que no tiene el notariado anglosajón. El notario latino busca prevenir un conflicto.
- Prueba preconstituida. Se hace un contrato válido, apegado a derecho, diseñado para que las partes eviten una controversia futura.

Cuando definimos al derecho notarial se habla de dar forma a la forma. La fe pública está dirigida a una colectividad y es obligatoria, debe constar siempre en forma documental, y el Estado la tiene y crea con el fin de brindar seguridad jurídica. Es por eso que debemos tener por cierto y verdadero lo que emana de ella.

“El fundamento de la fe pública notarial lo constituye la necesidad de certidumbre que deben tener los actos de los particulares, a fin de que el Estado pueda garantizarlos contra cualquier violación”.¹⁰

La fe estatal es obligatoria: no depende de la voluntad de los individuos, la sociedad tiene el deber de creer en ella y nace del Estado por su derecho a autodeterminarse de manera soberana; es así como determina la forma de otorgar seguridad jurídica.

3. REQUISITOS DE LA FE PÚBLICA

La fe pública tiene los requisitos siguientes:

a) Evidencia que recae en el autor del documento, quien deberá tener conocimiento del acto a fin de que éste produzca efectos para los destinatarios o terceros.

b) Solemnidad o rigor formal de la fe pública que no es más que la realización de un acto dentro de un procedimiento ritual establecido por la ley.

⁹ VERDEJO REYES, Pedro, *El Notario en América Latina*, 3a. ed., Argentina, De Palma, 2005, p. 125.

¹⁰ RÍOS HELIG, Jorge, *op. cit.*, p. 54.

c) Objetivación, momento en el que el hecho narrado adquiere cuerpo “mediante una ‘grafía’ sobre el papel, sin lo cual no habría documento, el cual exige corporeidad, o sea, una objetivación física”.¹¹

d) Coetaneidad, requisito referido a la producción simultánea de los tres anteriores en un solo acto y en la forma prevista por la ley.

e) Coordinación legal entre el autor y el destinatario.

Son características de la fe pública la exactitud y la integridad. La primera se refiere a la adecuación entre el hecho y la narración, y dota de eficacia probatoria *erga omnes* al instrumento. Y la segunda proyecta hacia el futuro esa actitud.

Existen dos tipos de fe pública originaria y derivada. La primera se da cuando el documento está integrado por la narración inmediata de los hechos percibidos por el funcionario; en la segunda se da cuando se actúa sobre documentos preexistentes.

4. LA DACIÓN DE FE

La dación de fe consiste en la narración que emite el notario a requerimiento de parte, rogación referida a hechos propios y comportamientos ajenos. En esto se materializa la evidencia, o bien, refiriéndose a acontecimientos de la naturaleza o hechos materiales es instrumentada por el notario al momento de percibirlos, y está destinada a dotarlos de fe pública.

“Es la forma en que se manifiesta la fe notarial, es decir, el modo en que el notario narra sus actos y los ajenos, misma que debe ser documental.

La forma de la dación de fe es escrita, bajo los aspectos de integridad y objetividad. La forma es un requisito de validez de los actos jurídicos, y la falta de la misma produce la nulidad relativa del acto, convalidable por el ejercicio de la acción *pro forma*”.¹² Sobre el particular podemos destacar los artículos 1795 y 2232 del Código Civil para el Distrito Federal, cuyo contenido es el siguiente:

Artículo 1795.—El contrato puede ser invalidado:

- I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;
- II. Por vicios del consentimiento;
- III. Por su objeto, o su motivo o fin sea ilícito;

¹¹ CARRAL Y DE TERESA, Luis, *Derecho Notarial y Registral*, op. cit., p. 54.

¹² RÍOS HELIG, Jorge, *La Práctica del Derecho Notarial*, op. cit., p. 67.

IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.¹³

Artículo 2232.—Cuando la falta de forma produzca nulidad del acto, si la voluntad de las partes ha quedado constante de una manera indubitable y no se trata de un acto revocable, cualquiera de los interesados puede exigir que el acto se otorgue en la forma prescrita por la ley.¹⁴

Además, el artículo 93 de la Ley de Concursos Mercantiles establece:

Artículo 93.—No podrá exigirse al vendedor la entrega de los bienes, muebles o inmuebles, que el comerciante hubiere adquirido, a no ser que se le pague el precio o se le garantice su pago.

El vendedor tendrá derecho a reivindicar los bienes si hizo la entrega en cumplimiento de un contrato definitivo que no se celebró en la forma exigida por la ley. No procederá la reivindicación si el contrato consta de manera fehaciente y el comerciante, con autorización del conciliador, exige que al contrato se le dé la forma legal o de cualquiera otra forma se extinga la acción de nulidad por falta de forma del contrato.¹⁵

4.1 FORMAS DE LA DACIÓN DE FE

Las formas de dar fe básicamente son de manera escrita, bajo la rúbrica de la integridad y objetividad. Es decir, la forma de dación de la fe, también puede ser de manera exacta y objetiva.

“La exactitud se refiere al hecho histórico presente, y exige la fidelidad, o sea, la adecuación de la narración al hecho; es la identidad entre ‘*actum*’ y ‘*dictum*’, es la verdad del espejo, de la fotografía: la imagen en su actualidad”.¹⁶

La exactitud puede ser:

1°. Exactitud natural.—Se refiere a la narración completa de un hecho confinado entre determinados límites de tiempo: unidad de acto formal o tiempo de presencia funcionalista.

2°. Exactitud funcional.—Debe ceñirse sólo a lo que del hecho interesa a un asunto (unidad negocial) o a la ley (circunstancias de un acto o de una inscripción).

¹³ Asamblea Legislativa del Distrito Federal. *Código Civil para el Distrito Federal*, p. 173 <<http://www.aldf.gob.mx/archivo-c9dc6843e50163a0d2628615e069b140.pdf>> (página visitada en septiembre de 2015)

¹⁴ *Ibidem*, p. 209.

¹⁵ Cámara de Diputados. *Ley de concursos mercantiles*, p. 27. <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/29.pdf>> (página visitada en septiembre de 2015)

¹⁶ CARRAL Y DE TERESA, Luis, *op. cit.*, p. 56.

3º. Efectos de la exactitud de la fe pública.—La fe pública tiene eficacia ‘*erga omnes*’, incluso contra tercero, o mejor ‘precisamente contra tercero’, pues no existe fe pública ‘interpartes’, ya que cuando se trata de que la fe pública autentique un negocio jurídico, las partes, con el notario, intervienen en el ‘hecho histórico’ que es plasmado en el instrumento.¹⁷

Es así que las partes que firman un documento pueden acudir ante el notario para que éste intervenga y de fe del mismo, de tal suerte que ninguna de las partes puede negar su autenticidad.

La integridad es la exactitud, pero no como verdad del espejo o fotografía instantánea, sino la verdad hecha piedra inmóvil en la escultura.¹⁸

De acuerdo con Jorge Ríos, la integridad “es el acto de materializar o estatizar el acto o hecho para el futuro, lo cual debe hacerse en un documento”.¹⁹ Es así que el notario hace la impresión original del instrumento en su protocolo para dar certeza jurídica de los hechos o actos de los que tiene conocimiento.

5. TIPOS DE FE PÚBLICA

De manera general, se puede decir que los tipos principales de fe pública son dos: la fe pública originaria y la derivada.

En relación a la originaria, podemos decir que este tipo de fe pública se presenta cuando el hecho o acto del que se debe dar fe, fue percibido por los sentidos del notario. (*Visu et auditioisusensibus*). Ésta se presenta, por ejemplo, cuando el notario asienta una certificación de hechos en su protocolo, o da fe del otorgamiento de un testamento.

Sobre la fe pública derivada, ésta consiste en dar fe de hechos o escritos de terceros. Aquí el notario no ha percibido sensorialmente el acaecer del hecho o el otorgamiento del acto que plasmará en su protocolo. Por ejemplo, cuando el notario protocoliza el acuerdo del consejo de administración de una S.A., otorgándole poderes a un tercero, o las diligencias de apeo y deslinde o de información *ad perpetuam* que se soliciten.

En otras palabras, la fe pública originaria se presenta cuando el hecho se traslada al papel en forma de narración, captado en forma directa y coetáneamente por la vista y oído del funcionario. La fe pública, se dice que es derivada cuando el funcionario no actúa sobre hechos, cosas o personas, sino, únicamente sobre otros documentos, como cuando se concuerda un documento de su original.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 56 y 57.

¹⁸ HIDALGO, Diego, *Un Notario Español en Rusia*, 9a. ed., España, Alianza, 2008, p. 103.

¹⁹ RÍOS HELIG, Jorge, *La Práctica del Derecho Notarial*, op. cit., p. 66.

6. CLASES DE FE PÚBLICA

Sin lugar a dudas existen varias clases de fe pública, dentro de estas encontramos las siguientes:

- Notarial
- Judicial
- Ministerial
- Mercantil
- Registral
- Consular
- Administrativa
- Marítima
- Del Registro Civil
- Agraria
- Legislativa
- De los Archivos Notariales
- Eclesiástica
- De particulares
- En materia de Derechos Humanos, y
- En materia de Desarrollo Urbano
- En materia de condominios

A continuación, explicaremos brevemente las clases de fe pública mencionadas.

La Fe Pública Notarial. Es la fe delegada a los notarios. El notario es el fedatario que más amplia gama de facultades tiene, debido a que casi la totalidad de las materias jurídicas requieren de su intervención. Actualmente, su actuación tiene una sola limitante que es la de intervenir en algún acto que esté reservado a otro funcionario, servidor o fedatario.

Fe Pública Judicial. La tienen los secretarios del juzgado (y no el Juez) para dar seguridad jurídica. Esta fe pública se tiene tanto al interior, es decir, como en el caso de expedición de copias certificadas o al dar fe de que el Juez decretó en tal o cual sentido como al exterior, al realizar diligencias diversas fuera del juzgado.

Fe Pública Ministerial. Ésta puede ser local o federal, también tiene fe pública en relación con las diligencias en que debe intervenir, no sólo como representante de la sociedad en su carácter civil de protección de los intereses de menores, sino también en materia penal para la configuración del cuerpo del delito y para ejercitar la acción penal.

Fe Pública Mercantil. Se encuentra depositada en los corredores públicos, los cuales tienen una función dual, ya que pueden intervenir en la inter-

mediación y consolidación de un acto jurídico mercantil o, bien, dar fe de manera imparcial de actos o hechos mercantiles, como el cotejo de un documento perteneciente a un comerciante, la constitución de sociedades mercantiles, su fusión, formalización de sus acuerdos, entre otros, sin poder intervenir según la Ley Federal de Correduría Pública, en estos actos, si con ello están relacionadas las transmisiones de bienes inmuebles, o el otorgamiento civil de poderes que son exclusivos del notario por el carácter local de la materia notarial.

Fe Pública Registral. Se deposita en los directores de los registros, tanto locales como federales; puesto que la esencia de los registros es dar publicidad a los actos, sus certificaciones tienen fe pública. El registrador no tiene fe pública ni le puede ser delegada en materia de propiedad.

Para fundamentar lo anterior, citamos a los artículos 6º, fracción I del Reglamento del Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal y 20-Bis del Código de Comercio, en los que se contemplan las funciones de depositario de la fe pública registral.

Fe Pública Consular. De acuerdo con los artículos 69, 70, 71 y 72 de la Ley Orgánica del Servicio Exterior Mexicano, la tienen los cónsules en los casos en que la ley les permite dar fe pública como notarios respecto a actos que pueden tener efectos en territorio nacional (legalización de firmas puestas en documentos públicos extranjeros, otorgamiento de poderes, testamentos públicos abiertos, repudio de herencias, consentimiento en ejercicio de la patria potestad). Tienen facultad de actuar en protocolos abiertos (sin previa encuadernación). La ley supletoria en esta materia es la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

El embajador no tiene la fe pública, la tiene el cónsul; según el artículo 44, fracción IV de la Ley Orgánica del Servicio Exterior Mexicano (LSEM), pese a lo anterior, cabe mencionar que existen Legaciones Diplomáticas sin la figura del cónsul y quien ejerce sus funciones es el propio embajador, de acuerdo con el artículo 60, fracción II de la Ley Orgánica del Servicio Exterior Mexicano.

Fe Pública Administrativa. Es aquella atribuida al Poder Ejecutivo, que ejerce a través de las secretarías de Estado, y que por técnica legislativa se les concede habitualmente a los oficiales mayores de cada una de ellas.

Fe Pública Marítima. Este tipo de fe pública se deposita en el capitán del buque para casos especiales, que se den a bordo de una embarcación, y sólo puede ejercerse en alta mar, como nacimiento, matrimonio, testamentos, entre otros.

Fe Pública del Registro Civil. Se deposita en cada uno de los Jueces del Registro Civil, para los actos en que por ley tienen que intervenir, que son

los referentes al estado civil de las personas, por ejemplo: Nacimiento, matrimonio, adopción, entre otros (artículo 25 del Código Civil para el Distrito Federal).

Fe Pública Agraria. En la nueva Ley Agraria se atribuyen funciones de certificación en algunos actos a ciertas autoridades agrarias, como lo son: procurador agrario, fedatarios, el Registro Agrario Nacional y el de Crédito Rural.

Fe Pública Legislativa. Aquí se debe atribuir al Poder Legislativo de manera intrínseca en su ámbito de competencia, la cual, surte efecto en los actos de publicación y promulgación de las leyes. Es decir, el texto de estas disposiciones contenidas en el Diario Oficial de la Federación y en las gacetas o periódicos oficiales de las Entidades Federativas deberá tenerse por cierto, verdadero y obligatorio.

Al respecto, el artículo 14 de la Ley Federal del Derecho de Autor establece en lo conducente que los textos legislativos no son objeto de la protección como derecho de autor, y que para el caso de ser publicados deberán sujetarse al texto oficial.

De los Archivos Notariales, en donde existe un Archivo General de Notarías (como es el caso del Distrito Federal), su titular cuenta con fe pública para regularizar instrumentos incompletos que ya estén en su poder, autorizarlos y reproducirlos como si fuera el propio notario, además de reproducirlas de igual forma que lo haría éste.

Fe Pública Eclesiástica. El Código de Derecho Canónico también se encuentra prevista la figura del fedatario con funciones notariales, pero con la limitación de dichas atribuciones para asuntos internos de la Iglesia romana.

El Derecho Mexicano no reconoce este tipo de fe pública; por esa razón si un notario no tuviera que cotejar un documento parroquial, tendría que acudir a compulsar los originales a las parroquias como cotejo especial o certificación de hechos ante su fe; los párrocos dan testimonio de las partidas parroquiales, que aunque carecen de valor en materia civil, sí lo tienen para efectos de la materia eclesiástica. Existen notarios de la Curia Diocesana, sus funciones están previstas en los cánones 482, 483, 484, 485 y 474, en cuanto a la materia judicial se encargan de intervenir en procesos, levantamiento de actas, validación de pruebas, etc., de acuerdo con los cánones 1437, 1473, 1474, 1475, 1503, 1567 a 1569, 1605 y 1630.²⁰

²⁰ HUBER OLEA Y REYNOSO, Francisco, *Derecho Canónico Matrimonial*, 3a. ed., México, Porrúa, 2005, p. 56.

Fe Pública de Particulares. En algunas ocasiones, la legislación puede atribuir efectos fedatarios a particulares que no ejercen una función pública.

En México existe una figura que recae sobre un particular, quien no es nombrado por el Estado y que puede realizar ciertas actividades fedatarias, así se desprende de los artículos 68 y 100 de la Ley de Instituciones de Crédito:

Artículo 68.—Los contratos o las pólizas en los que, en su caso, se hagan constar los créditos que otorguen las instituciones de crédito, junto con los estados de cuenta certificados por el contador facultado por la institución de crédito acreedora, serán títulos ejecutivos, sin necesidad de reconocimiento de firma ni de otro requisito.

El estado de cuenta certificado por el contador a que se refiere este artículo, hará fe, salvo prueba en contrario, en los juicios respectivos para la fijación de los saldos resultantes a cargo de los acreditados o de los mutuatrios.

El estado de cuenta certificado antes citado deberá contener nombre del acreditado; fecha del contrato; notario y número de escritura, en su caso; importe del crédito concedido; capital dispuesto; fecha hasta la que se calculó el adeudo; capital y demás obligaciones de pago vencidas a la fecha del corte; las disposiciones subsecuentes que se hicieron del crédito, en su caso; tasas de intereses ordinarios que aplicaron por cada periodo; pagos hechos sobre los intereses, especificando las tasas aplicadas de intereses y las amortizaciones hechas al capital; intereses moratorios aplicados y tasa aplicable por intereses moratorios. Para los contratos de crédito a que se refiere el primer párrafo de este artículo, el estado de cuenta certificado que expida el contador sólo comprenderá los movimientos realizados desde un año anterior contado a partir del momento en el que se verifique el último incumplimiento de pago.²¹

El estado de cuenta certificado por el contador a que se refiere este artículo, hará fe, salvo prueba en contrario, en los juicios respectivos para la fijación de los saldos resultantes a cargo de los acreditados o de los mutuatrios, en todos los casos en que por establecerse así en el contrato:

Artículo 100.—Las instituciones de crédito podrán microfilmear o grabar en discos ópticos, o en cualquier otro medio que les autorice la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, todos aquellos libros, registros y documentos en general, que obren en su poder, relacionados con los actos de la propia institución, que mediante disposiciones de carácter general señale la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, de acuerdo a las bases técnicas que para la microfilmación o la grabación en discos ópticos, su manejo y conservación establezca la misma.

²¹ Cámara de Diputados. *Ley de instituciones de crédito*. pp. 81 y 82. <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/43.pdf>> (página visitada en septiembre de 2015)

Los negativos originales de cámara obtenidos por el sistema de microfilmación y las imágenes grabadas por el sistema de discos ópticos o cualquier otro medio autorizado por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, a que se refiere el párrafo anterior, así como las impresiones obtenidas de dichos sistemas o medios, debidamente certificadas por el funcionario autorizado de la institución de crédito, tendrán en juicio el mismo valor probatorio que los libros, registros y documentos microfilmados o grabados en discos ópticos, o conservados a través de cualquier otro medio autorizado...²²

La fe pública en materia de Derechos Humanos, precisa el artículo 25 de la Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, lo siguiente:

Artículo 25.—La o el Presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, las o los Visitadores Generales, la o el Director General de Quejas y Orientación, y las o los Visitadores Adjuntos, tendrán en sus actuaciones fe pública para certificar la veracidad de los hechos en relación con las quejas o denuncias presentadas ante dicha Comisión.

Para los efectos de esta Ley, la fe pública consistirá en la facultad de autenticar documentos preexistentes o declaraciones y hechos que tengan lugar o estén aconteciendo en presencia de dichos funcionarios, sin perjuicio del valor probatorio que en definitiva se les atribuya en términos del artículo 43 de esta Ley.

Las declaraciones y hechos a que se refiere el párrafo anterior, se harán constar en el acta circunstanciada que al efecto levantará el funcionario correspondiente.²³

Finalmente, la fe Pública en materia de Desarrollo Urbano. Debido a las complejas formas de regulación territorial que imperan en la Ciudad de México, el 4 de junio de 1997 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, el Reglamento de la Ley de Desarrollo Urbano,²⁴ que en materia certificadora y registral dispone lo siguiente:

Artículo 9.—El titular del Registro, los registradores y los certificadores deberán tener una experiencia mínima de tres años en materia de desarrollo urbano y ordenamiento territorial y estarán investidos de fe pública en dicha materia.²⁵

²² *Ibidem*, p. 101.

²³ Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. *Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal*. <<http://cdhdfbeta.cd hdf.org.mx/ley-de-la-cdhdf/>> (página visitada en septiembre de 2015)

²⁴ Cfr. RÍOS HELLIG, Jorge, *La Práctica del Derecho Notarial*, op. cit., pp. 71-89.

²⁵ Diario Oficial de la Federación. *Reglamento de la Ley de desarrollo urbano del Distrito Federal*. <http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4882350&fecha=04/06/1997> (página visitada en septiembre de 2015)

Artículo 11.—El Registro llevará los libros que se requieran para hacer las inscripciones de los documentos a que se refiere el artículo anterior y almacenará la información documental y gráfica en medios magnéticos. La forma de hacer constar esta información será por medio de actas que contendrán:

[...]

II. La relación de las memorias, testimonios, planos, diagramas, fotografías y demás anexos que se acompañen al documento o resolución, mismos que se identificarán, compilarán y archivarán debidamente, como apéndices del documento registrado y deberán estar sellados y se hará mención del lugar en donde obre su original; [...]²⁶

Fe Pública en materia de Condominios. La Ley de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal, publicada en la Gaceta del Distrito Federal el 27 de enero de 2011, confiere facultades de Certificación a la Procuraduría Social del Distrito Federal en materia de estados de liquidación de adeudos, de acuerdo con lo siguiente:

Artículo 59.—Las cuotas para gastos comunes que se generen a cargo de cada unidad de propiedad privativa y que los condóminos y poseedores no cubran oportunamente en las fechas y bajo las formalidades establecidas en Asamblea General o en el Reglamento Interno del condominio que se trate, causarán intereses moratorios al tipo legal previstos en la fracción V del artículo 33 de esta ley, que se hayan fijado en la Asamblea General o en el Reglamento Interno.

Lo anterior, independientemente de las sanciones a que se hagan acreedores los condóminos o poseedores por motivo de su incumplimiento en el pago.

Trae aparejada ejecución en la vía ejecutiva civil, el estado de liquidación de adeudos, intereses moratorios y/o pena convencional que se haya estipulado en Asamblea General o en el Reglamento Interno, si va suscrita por el Administrador y el presidente del Comité de Vigilancia, acompañada de los correspondientes recibos de pago, así como de copia certificada por Notario Público o por la Procuraduría, del acta de Asamblea General relativa y/o del Reglamento Interno en su caso en que se hayan determinado las cuotas a cargo de los condóminos para los fondos de mantenimiento y administración y de reserva, intereses y demás obligaciones de los condóminos o poseedores, constituye el título que lleva aparejada ejecución en términos de lo dispuesto por el artículo 443 fracción IX del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Está acción podrá ejercerse cuando existan dos cuotas ordinarias o una extraordinaria pendiente de pago, con excepción de los condóminos o poseedores que hayan consignado la totalidad de sus adeudos y quedado al corriente de los mismos ante la Dirección General de Consignaciones del Tribunal Su-

²⁶ *Idem.*

perior de Justicia del Distrito Federal, y se haya notificado por escrito al Administrador.

El Administrador, en todos los casos, antes de iniciar un procedimiento ante la Procuraduría Social, deberá acreditar ante ésta haber concluido un procedimiento interno previo de mediación conciliación, en el cual demuestre haber realizado requerimientos, pláticas, notificaciones, exhortos, invitaciones y/o propuestas de convenio.²⁷

De lo anterior, se puede concluir en base a lo expuesto, que según el origen de la autoridad, la fe, puede ser religiosa o humana. La primera proviene de Dios, la segunda, deriva o emana de afirmaciones hechas por el hombre. Asimismo, si la fe humana proviene de la autoridad privada, es decir, común, se le denominará fe privada, a la cual, pertenecen los documentos privados, es decir, los firmados por particulares que no cuentan con fe pública ni son reconocidos legalmente por alguna autoridad. Cuando el documento lo emita o provenga de una autoridad pública, se estará en presencia de un documento público que trae aparejada la fe pública.

7. NATURALEZA JURÍDICA DE LA FE PÚBLICA NOTARIAL EN MÉXICO

El Derecho Notarial y la fe pública del notario en México, tienen autonomía legislativa, lo que significa que es una rama del derecho que no depende ni se aglutina en otros cuerpos jurídicos.

El Derecho Notarial goza de esta cualidad a partir de 1865, año en que Maximiliano expide la Ley Orgánica del Notariado y del Oficio de Escribano. Durante esta época, y principalmente con las leyes Juaristas (1867), se da un parteaguas en lo que se refiere a la autonomía legislativa del derecho notarial y a una autonomía didáctica del mismo, convirtiéndose así en una materia independiente del Derecho Civil o del Derecho Mercantil, que da lugar a una cátedra específica del Derecho Notarial; es a partir de entonces que adquiere vida propia.

Cabe mencionar que en la actualidad se imparte el Derecho Notarial en estudios universitarios, junto con el derecho registral, con el cual, guarda una relación simbiótica, ya que ambas disciplinas están íntimamente vinculadas y aun entrelazadas; lo que explica, pues, que la fe pública notarial y la fe pública registral se complementan.

²⁷ Asamblea Legislativa del Distrito Federal. *Ley de propiedad en condominio de inmuebles para el Distrito Federal*. pp. 25 y 26 <<http://aldf.gob.mx/archivo-3223181a4f10f5c62ce-bfaf6a86eab7f.pdf>> (página visitada en septiembre de 2015)

Algunos autores y teorías explican, que la fe pública y el notario en México, se le considera como: Delegado del Estado en la función notarial como parte de la administración pública, como perito en Derecho, como creativo del Derecho y de la veracidad, como controlador de la legalidad de los actos y como redactor del instrumento público notarial.

Sin lugar a dudas, la fe pública y el Derecho Notaria, son dos figuras jurídicas que están interrelacionadas, razón por la cual, podemos definir al derecho notarial como aquella rama autónoma del Derecho Público que se encarga de estudiar la institución del notariado y la teoría general del instrumento público notarial.

El Derecho Notarial estudia la forma de la forma, es decir, la forma como elemento de validez de los actos, de esta manera, el contenido del Derecho Notarial es dual:

- Cuando se avoca al estudio de la institución del notariado, es porque existe interés en la regulación de las relaciones jurídicas que hay entre el notario y el Estado, la sociedad y su gremio, en la importancia del Colegio de Notario y en la vigilancia del Estado sobre el notario como delegado de la fe pública.
- Cuando estudia al instrumento público notarial, establece reglas o principios que deben regir a lo que se ha denominado forma de la forma, es decir, le interesa el estudio de la teoría necesaria para elaborar el documento que contendrá al acto o hecho jurídico, así como su contenido.

Es importante precisar que el notario está obligado a procurar que la forma de los actos jurídicos sea válida, de este modo, no debemos confundir la nulidad del instrumento con la nulidad del acto jurídico, es decir, si el acto jurídico es intrínsecamente válido por contar con los elementos esenciales y de validez, aunque éste se contenga en un instrumento nulo, seguirá surtiendo todos sus efectos entre quienes lo celebraron, pudiéndole dar la forma que se requiere con la confirmación de su celebración; sin embargo, si el acto ha nacido nulo, éste será incapaz de producir sus efectos aun encontrándose en un instrumento válido de manera formal.

8. CONCLUSIONES

Primera: El notariado mexicano, es reconocido como un ente socialmente útil, del que se exige preparación y entrega a su actividad. Es el notario el profesional del derecho encargado de una función pública consistente

en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confirmando su autenticidad. El fundamento de la fe pública notarial lo constituye la necesidad de certidumbre que deben tener los actos de los particulares, a fin de que el Estado pueda garantizarlos la seguridad jurídica de los mismos.

Segunda: La fe pública reviste ciertos requisitos a saber: la evidencia, de que existe un documento, la solemnidad del procedimiento, objetivación es decir, que el hecho quede plasmado en el papel, coetaneidad, coordinación legal entre el autor y el destinatario.

Tercera: La dación de fe, es la manifestación de la fe notarial, es decir, el modo en que el notario narra sus actos y los ajenos, misma que debe ser documental, es decir, se materializa la evidencia, o bien, refiriéndose a acontecimientos de la naturaleza o hechos materiales y es instrumentada por el notario al momento de percibirlos, y está destinada a dotarlos de fe pública.

Cuarta: La forma de dar fe será de manera exacta y de manera íntegra, es decir, que se refiera al hecho histórico presente, exigiéndose la adecuación de la narración, la cual puede ser natural, funcional y debe revestir la fe pública, a través de la integridad del acto materializado en un documento. Es así que el notario, hace la impresión original del instrumento en su protocolo para dar certeza jurídica de los hechos o actos de los que tiene conocimiento.

Quinta: Existen dos tipos de fe pública la originaria y la derivada, la primera se presenta cuando el hecho o acto del que se debe dar fe, fue percibido por los sentidos del notario, la segunda consiste en dar fe de hechos o escritos de terceros, aquí el notario no ha percibido sensorialmente el acaecer del hecho o el otorgamiento del acto que plasmará en su protocolo.

Sexta: Existen varias clases de fe pública, entre las que encontramos las siguientes: Notarial, Judicial, Ministerial, Mercantil, Registral, Consular, Administrativa, Marítima, Del Registro Civil, Agraria, Legislativa, De los Archivos Notariales, Eclesiástica, De particulares, En materia de Derechos Humanos, y En materia de Desarrollo Urbano, En materia de condominios.

Séptima: El notario es considerado como un delegado del Estado, perito en Derecho, creativo del Derecho y de la veracidad, como controlador de la legalidad de los actos y como redactor del instrumento público notarial. El notario está obligado a procurar que la forma de los actos jurídicos sea válida, de este modo, no debemos confundir la nulidad del instrumento con la nulidad del acto jurídico, ya que a través del derecho notarial se estudia la forma de la forma.

9. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- DE PINA VARA, Rafael, *Diccionario de Derecho*, 10a. ed., México, 2011.
- CARRAL Y DE TERESA, Luis, *Derecho Notarial y Registral*, 12a. ed., México, Porrúa, 1993.
- HIDALGO, Diego, *Un Notario Español en Rusia*, 9a. ed., España, Alianza, 2008.
- HUBER OLEA Y REYNOSO, Francisco, *Derecho Canónico Matrimonial*, 3a. ed., México, Porrúa, 2005.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Derecho Notarial*, 18a. ed., México, Porrúa, 2012.
- RÍOS HELLIG, Jorge, *La Práctica del Derecho Notarial*, 6a. ed., México, Mc Graw-Hill, 2005.
- VERDEJO REYES, Pedro, *El Notario en América Latina*, 3a. ed., Argentina, De Palma, 2005.

Legislación

- Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Código Civil para el Distrito Federal. <<http://www.aldf.gob.mx/archivo-c9dc6843e50163a0d2628615e069b140.pdf>>
- Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Ley del notariado para el Distrito Federal. <<http://aldf.gob.mx/archivo-53c44a9d020e6e2bf9e7cca83fd59c38.pdf>>
- Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Ley de propiedad en condominio de inmuebles para el Distrito Federal. <<http://aldf.gob.mx/archivo-3223181a4f10f5c-62cebfa6a86eab7f.pdf>>
- Cámara de Diputados. Ley de concursos mercantiles. <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/29.pdf>>
- Cámara de Diputados. Ley de instituciones de crédito. <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/43.pdf>>

Diccionario

- Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 2a. ed., México, Milenio, 2010.

Referencias electrónicas

- Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. <<http://cdhdfbeta.cdhdf.org.mx/ley-de-la-cdhdf/>>
- Diario Oficial de la Federación. Reglamento de la Ley de desarrollo urbano del Distrito Federal. <http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4882350&fecha=04/06/1997>

NATURALEZA JURÍDICA Y FINES DEL ACTUAL MATRIMONIO CIVIL

Joel Chirino Castillo



INTRODUCCIÓN

Las Leyes Mexicanas secularizaron el matrimonio en la Ley del Matrimonio Civil del 23 de Julio de 1859, ley que negó validez al matrimonio religioso frente al matrimonio civil. Más tarde el artículo 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, decretó en el párrafo tercero que:

...El matrimonio es un contrato civil. Éste y los demás actos del estado civil de las personas, son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos previstos por las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan...

En el año de 1992 fue reformado este Artículo, eliminando el carácter contractualista del matrimonio al señalar que:

los actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de las autoridades administrativas en los términos que establezcan las leyes, y tendrá la fuerza y validez que la mismas le atribuyan.

El artículo cuarto de la misma constitución prescribe que:

El varón y la mujer son iguales ante la Ley. Ésta protegerá la organización y desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

En los términos del párrafo del transcrito artículo 130 constitucional, independientemente de que se haya eliminado el concepto jurídico de que el matrimonio es un contrato civil, resulta evidente que el matrimonio es un acto jurídico solemne, dado el imperativo de que éste nace por la declaración expresa de su existencia por parte del Juez del Registro Civil.

Tanto en el texto actual del artículo 130 constitucional, así como las reformas que se relacionan con este precepto, no se prohíbe la celebración de los matrimonios religiosos. Sin embargo, si bien es cierto que las llamadas Leyes de Reforma decretaron la separación radical de la Iglesia y del Estado, no se rompió con la concatenación de uno y otro, ya que estas leyes no prohibieron, en modo alguno, la práctica de los actos y sacramentos religiosos. Con la mencionada reforma del artículo 130 constitucional se eliminó la figura específica de que el matrimonio era un contrato civil, pero en la actualidad, le atribuye a las Iglesias y a las agrupaciones religiosas personalidad jurídica cuando éstas adquieren su registro. Bajo estas circunstancias, la celebración de los matrimonios religiosos produce efectos jurídicos, tanto por la certeza de su celebración como por la validez de los actos que rigen el orden jurídico de la Asociación Religiosa.

ACTO JURÍDICO SOLEMNE

El carácter contractualista solemne del matrimonio, tiene su esencia en el concurso de voluntades de los contrayentes, pero esta figura contractual se rige por una norma de excepción consistente en la inaplicabilidad de las normas que rigen a los otros contratos regulados en el Código Civil. La naturaleza del matrimonio justifica el carácter de excepción con relación a las otras normas de los Contratos, que se distinguen por la calidad de los efectos que intervienen en él, así como los derechos y obligaciones que regulan las relaciones de familia, a diferencia de otros contratos cuyos fines quedan circunscritos a la interdependencia de las obligaciones en los contratos onerosos, así como a los fines unilaterales de los contratantes o a una finalidad común de ellos. Por tal motivo, el matrimonio, aun regulado en el Código Civil, las normas aplicables, se consideran normas de excepción por sustraerse a los principios generales de la mayoría de los contratos cuyas reglas no pueden aplicarse a las relaciones de familia, de ahí que en el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el matrimonio tienen sanciones que llegan al extremo de pena pública o a publicidad, como es el caso de los acreedores que incumplen con las obligaciones alimentarias.

La inaplicabilidad de las reglas del derecho común a las relaciones jurídicas del matrimonio, ha sido causa para negar a ese acto jurídico su carácter contractual, al sustentar que el matrimonio deba considerarse como una institución fundada por los cónyuges que acuerdan llevar una vida común, constituyen un hogar y crean una familia, es decir, se constituye una Institución con fines precisos.

Sin embargo, cabe destacar que la connotación gramatical “*Institución*” está considerada como el establecimiento o fundación de una cosa. Por tal motivo, para que esta figura tenga una connotación jurídica, deberá precisarse el fin de la Institución, ya se refiera a la familia o matrimonio en sí. Pero en ambos casos, la fuente generadora es el contrato y la Ley que lo regula.

Como se ha mencionado, la figura contractualista sostenida en el Derecho Mexicano, en principio tuvo su fundamento en la Constitución Política y su parte reglamentaria en el Código Civil. Pero en la actualidad, el Código Civil para el Distrito Federal se ha reformado el artículo 146 que señala lo siguiente: “*Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente Código*”.

El texto de este artículo se aparta del concepto anterior que consideraba al matrimonio como la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida.

En la actualidad el matrimonio en el Distrito Federal y en algunas entidades federativas, consideran que éste está considerado como la unión libre de dos personas, es decir, pueden celebrar el matrimonio libremente un hombre y una mujer o dos personas del mismo sexo.

Esta unión libre de dos personas para realizar una comunidad de vida, independientemente de su sexo, tiene su fuente generadora en el acuerdo de voluntades entre los sujetos contrayentes, cuya existencia jurídica la debe decretar el Juez del Registro Civil, como acto solemne, cuya finalidad consiste en procurar respeto entre ellos, igualdad y ayuda mutua, pero siempre la expresión de estas voluntades se formalizarán ante el Juez del Registro Civil con las formalidades que estipule el mismo Código. Este acto jurídico es un acto solemne cuya solemnidad consiste en que la existencia jurídica del matrimonio depende de la declaración que hace el Juez del Registro Civil, al decretar su existencia.

Ante esta situación jurídica, las reformas recientes en el Código Civil para el Distrito Federal sobre el concepto de matrimonio, hace necesario distinguir los supuestos de estas relaciones jurídicas que se distinguen por los fines que buscan cada uno de sus integrantes, de tal manera, que podemos señalar dos especies del matrimonio dentro del mismo género: Matrimonio de personas del mismo sexo y Matrimonio entre personas heterosexuales. Esta falta de distinción ha motivado las discrepancias jurídicas de interpretación sobre los fines del matrimonio al grado en que se da una confusión notoria por el criterio reciente que a continuación se relaciona:

MATRIMONIO. EL ARTÍCULO 143, PÁRRAFO PRIMERO, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE OAXACA, EN LA PORCIÓN NORMATIVA QUE PRESCRIBE “PERPETUAR LA ESPECIE”, COMO UNA DE LAS FINALIDADES DE ESA INSTITUCIÓN, ES CONTRARIO A LOS ARTÍCULOS 1o. Y 4o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.—El precepto legal citado define la institución del matrimonio a partir de cuatro elementos: a) es un contrato civil; b) celebrado entre un solo hombre y una sola mujer; c) que se unen para perpetuar la especie; y, d) dentro de sus objetivos también está la ayuda mutua que debe proporcionarse la pareja en la vida. Ahora bien, en relación con el tercero de esos componentes, si bien es cierto que históricamente la procreación ha tenido, en determinado momento, un papel importante para la definición del matrimonio y, sin desconocer, por ello, que procrear siga siendo parte importante de las uniones humanas, también lo es que en virtud de la dinámica jurídica, los cambios sociales y culturales, así como la existencia de diversas reformas legales, se ha puesto en evidencia la separación del binomio matrimonio-procreación, pues la decisión de todo individuo de unirse a otro y proyectar una vida en común deriva de la autodeterminación y del derecho al libre desarrollo de la personalidad de cada persona para la conformación de una familia, sin que tal decisión implique necesariamente el acuerdo de tener hijos en común. Por tanto, la porción normativa del artículo 143, párrafo primero, del Código Civil para el Estado de Oaxaca, que prescribe “perpetuar la especie” como una de las finalidades del matrimonio, atenta contra la autodeterminación de las personas, el derecho al libre desarrollo de la personalidad de cada individuo, sean éstas parejas homosexuales o heterosexuales pues, en ese tema, confluyen tanto aspectos genéticos, biológicos y otros inherentes a la naturaleza humana que llegan a impedir la procreación y, por otra parte, implícitamente genera una violación al principio de igualdad, porque a partir de ese propósito se da un trato diferenciado a parejas homosexuales respecto de las parejas heterosexuales, al excluir de la posibilidad de contraer matrimonio a personas del mismo sexo (so pretexto de la imposibilidad biológica de cumplir con el propósito de procreación); de ahí que si se considera que la función reproductiva “potencial” del matrimonio civil y, por ende, la formación de una “familia con hijos”, no es la finalidad del matrimonio, debe declararse que dicha porción normativa es contraria a los artículos 1o. y 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos...

Tesis de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación contenida en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro seis, Mayo del 2014, Tomo Uno, Tesis primera CCXV/2014 (10a página 548) Tesis publicada el viernes 30 de mayo de 2014.

Para efecto de analizar el criterio mencionado, se toman en consideración las características de las especies mencionadas dentro del género del matrimonio y que son las siguientes:

Matrimonio de personas del mismo sexo.—El matrimonio de personas del mismo sexo tiene como fin la comunidad de vida, procurarse respeto, igualdad y ayuda mutua y estarán obligados además a contribuir cada

uno por su parte a los fines de su convivencia y a socorrerse mutuamente. Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal, y contribuirán económicamente al sostenimiento de ellos y a su alimentación, cuyos derechos y obligaciones serán siempre iguales entre los cónyuges, independientemente de su aportación económica al sostenimiento del hogar; resolverán de común acuerdo lo conducente al manejo del hogar.

Matrimonio Heterosexual sin fines de procreación.—Puede darse el caso de que exista un matrimonio heterosexual sin fines de procreación, pero en el caso, los fines serán de interés individual de cada uno de los cónyuges bajo los mismos principios mencionados, es decir, tendrán comunidad de vida, procurarse respeto, igualdad y ayuda mutua y estarán obligados además a contribuir cada uno por su parte a los fines de su convivencia y a socorrerse mutuamente. Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal, y contribuirán económicamente al sostenimiento de ellos y a su alimentación, cuyos derechos y obligaciones serán siempre iguales entre los cónyuges, independientemente de su aportación económica al sostenimiento del hogar y resolverán de común acuerdo lo conducente al manejo del hogar.

En este supuesto jurídico, los cónyuges heterosexuales, que por cualquier circunstancia biológica, edad o convencional, no puedan procrear, y que sin recurrir a una figura de convivencia prefieran formalizar su relación mediante el matrimonio, sin que por ello se les discrimine, ya que el fin como causa impulsiva del origen de su matrimonio no será la procreación de la especie sino únicamente la convivencia entre ellos con los derechos y obligaciones inherentes al matrimonio.

Matrimonio heterosexual con fines de procreación.—El matrimonio heterosexual es aquella unión de hombre y mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Los fines, derechos y obligaciones de este matrimonio tienen reglas distintas acordes al artículo cuarto constitucional que señala que:

El varón y la mujer son iguales ante la Ley. Ésta protegerá la organización y desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Algunas reglas se relacionan con los fines de la procreación, por ejemplo, cuando se trata de los requisitos para contraer matrimonio por menores de edad heterosexuales, podrán contraer matrimonio siempre que hayan cumplido 16 años y con el consentimiento de uno o de ambos progenitores, del tutor, o del Juez de lo Familiar, en el cual el permiso puede otorgarse atendiendo a circunstancias especiales.

En estos presupuestos jurídicos se encuentra una notoria distinción de fondo, al considerar como circunstancia especial para caso de que la contrayente se encuentre en estado de gravidez para dispensar por ministerio de Ley el consentimiento mencionado de cualquiera de los progenitores, del tutor o del Juez de lo Familiar. Circunstancia que no se puede dar en el supuesto de los menores de edad del mismo sexo que quisieran contraer matrimonio, y aún en los mayores de edad, que están impedidos para procrear y que estarían en circunstancias parecidas.

Los impedimentos para celebrar el matrimonio, en muchas de las fracciones referidas por el Código Civil, resultan inaplicables para los matrimonios de las personas del mismo sexo, o de las personas que no pueden procrear, pues, como se ha mencionado, esta especie de matrimonios no tienen como fin la procreación de la especie por la propia naturaleza biológica de los cónyuges,

En cuanto a los derechos y obligaciones del matrimonio heterosexual, ambos cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y esparcimiento de sus hijos, así como emplear, bajo las mismas circunstancias, cualquier método de reproducción asistida para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo entre los cónyuges.

Además, los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos, en los términos que la ley establece. Los cónyuges resolverán de común acuerdo lo conducente en la formación y educación de sus hijos, así como los bienes de éstos.

Estos principios que se relacionan con la conducta de los padres entre sí y su relación con los hijos así como los bienes de estos, este matrimonio no está desprovisto de un valor moral por tener su origen en una fuente convencional, pues las normas jurídicas que regulan estas relaciones entre los cónyuges y sus hijos no se apartan de los valores morales como es el respeto recíproco entre ascendientes y descendientes, igualdad y ayuda mutua, y convivir en el domicilio conyugal, al sostenimiento de éste y la obligación de proporcionar alimentos tanto de los cónyuges como para los hijos, destacando la obligación de la educación conveniente de estos, obligaciones que tienen su fundamento en conceptos valorativos por el respeto a la persona humana y a los deberes de justicia.

Fines económicos.—Los fines económicos del matrimonio no quedan reducidos al régimen patrimonial de los cónyuges, sino a la importancia económica de su acrecentamiento y disposición que garantizan la convivencia entre los cónyuges y en la familia que formen. La idea de estos fines es la

disposición racional de los bienes y, en todo caso, de acrecentarlos. Ya sea que ellos formen parte de la comunidad de la Sociedad Conyugal o del patrimonio individual por el régimen de Separación de Bienes, cuando cada uno de los cónyuges conserve la titularidad de sus bienes, es decir, los fines económicos del matrimonio son independientes del régimen económico pactado por los cónyuges, ya sea de Sociedad Conyugal o de Separación de Bienes.

Fines Jurídicos.—Los fines jurídicos del matrimonio se sustentan en las normas específicas que garantizan el cumplimiento de las obligaciones aun en ejecución forzosa de ellos a través de las reglas específicas, llegando en algunos casos al de la pena pública. Es de tal manera eficaz la tutela de esos derechos que para su cumplimiento se puede recurrir a la acción, en justicia, ante los Tribunales Familiares, independientemente de que no se apliquen las reglas generales de contratación para el cumplimiento forzoso de las obligaciones en caso de la omisión de ellas.

Fines políticos-sociales.—El Estado, por esencia, pugna por la existencia de los matrimonios para lograr una mayor estabilidad social. Por otra parte, la natalidad en los matrimonios heterosexuales con fines de procreación produce un índice de natalidad controlada por los mismos cónyuges, pero la libre unión que sustituye al matrimonio, no incide en el crecimiento de la población, aunque es evidente la notoria natalidad de las llamadas “*madres solteras*”.

No se ha desconocido la unión libre, pero a ésta se le han dado efectos jurídicos bajo la figura del concubinato, por efecto de una realidad social o de los hijos nacidos en esta figura *sui generis*, aunque, por otra parte, no existe una regla que tutele específicamente las relaciones esporádicas que tengan efectos de procreación de la especie.

El Estado, a través de las leyes, ha tratado de proteger el concubinato regulando derechos para los concubinos, pero resulta evidente la tendencia de la política social del Estado para equiparar gradualmente el matrimonio con el concubinato. Por esta razón, las recientes reformas del año de 2014 del Código Civil para el Distrito Federal, entre otras, adiciona al artículo 291 la tendencia de reglamentar formalmente el concubinato al señalar que las concubinas y los concubinarios tienen derechos y obligaciones recíprocas, siempre que hayan vivido en común en forma constante y permanente por un periodo mínimo de dos años, a menos que tengan un hijo en común.

Con el fin de formalizar el concubinato mediante la certeza de su constitución y de sus efectos jurídicos, el propio artículo adicionado, bajo un principio de equiparación, sin llegar a constituir un matrimonio, los Jueces

del Registro Civil, podrán recibir la declaración de los concubinos tanto para la existencia o cesación de la cohabitación ante el Juez del Registro Civil, declaraciones que emitan las personas mediante los formatos establecidos para ello, por lo que la Dirección General del Registro Civil estará obligada a expedir las constancias de estas declaraciones.

A su vez, el mismo reglamento del Registro Civil en concordancia con el Código Civil establece las atribuciones y las inscripciones para el caso del incumplimiento de las obligaciones alimentarias en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos.

Estas tendencias justifican la necesidad de tutelar los fines políticos-sociales de la organización familiar, aunque hasta ahora se ha omitido reglamentar con precisión las relaciones esporádicas que motivan el nacimiento de los hijos.

Régimen Económico del Matrimonio.—El régimen económico del matrimonio puede pactarse bajo la modalidad de Sociedad Conyugal o de Separación de Bienes. El propio Código determina que las capitulaciones matrimoniales son pactos que los otorgantes celebran para constituir el régimen patrimonial de su matrimonio y reglamentar la administración de sus bienes que corresponde a los propios cónyuges, salvo pacto en contrario, éstas se otorgarán antes de la celebración del matrimonio y durante éste, y podrán modificarse ante el Juez de lo Familiar o ante Notario.

La omisión de las capitulaciones matrimoniales se subsana mediante su otorgamiento mientras dure el matrimonio, de tal manera que los bienes y utilidades obtenidos por alguno de los cónyuges se presumirán que formarán parte de la Sociedad Conyugal, salvo pacto en contrario, excluyéndose los bienes que no formarán parte de la sociedad conyugal por ministerio de ley, los propios de cada cónyuge, salvo pacto en contrario, que posean antes de la celebración del matrimonio o si los adquiere por prescripción durante el matrimonio, debiéndose entender que la temporalidad de la prescripción se inicia antes del matrimonio. Así, también quedan excluidos de la Sociedad Conyugal todos los bienes que se obtengan durante el matrimonio cuando estos provienen por herencia, legado, donación o don de la fortuna, así como los bienes que se adquieran con el producto de la venta o permuta de sus bienes propios.

En iguales circunstancias, los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de la celebración del matrimonio tendrán el carácter de privativo cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero propio del cónyuge, pero en este supuesto, se exceptúa la vivienda enseres y menaje de casa cuando se adquiera a plazos, crédito o en abonos, así como

la vivienda que se considere hogar de los cónyuges, estos derechos entran a la comunidad de bienes de la Sociedad Conyugal.

Por otra parte, las capitulaciones matrimoniales requieren de un inventario pormenorizado de los activos y pasivos y lo que se aporte a la Sociedad Conyugal para hacer las anotaciones respectivas.

La Sociedad Conyugal se extingue por las siguientes causas:

A) **Durante el matrimonio.** Si convienen los cónyuges en cambiar el régimen de sociedad conyugal a separación de bienes, en cuyo caso los bienes que formen parte la comunidad de éste, deberán aplicarse en los términos de los porcentajes que les correspondan con efecto de gananciales, aplicando en la disolución a cada uno de los cónyuges los bienes que le corresponda en su parte proporcional. Cuando se trata de bienes inmuebles, la disolución y aplicación de los bienes de la sociedad conyugal, deberá formalizarse ante Notario y en el caso, previamente deberá inscribirse en el Registro Público de la Propiedad el régimen económico del matrimonio para acreditar la cotitularidad de la comunidad de bienes.

B) **Por divorcio.** En los casos de divorcio, cuando se hayan adquirido bienes durante el matrimonio bajo el régimen de Sociedad Conyugal, deberá convenirse la liquidación de la Sociedad Conyugal y la aplicación de bienes para asignar las gananciales a cada uno de ellos, cuyo convenio no debe tener ventajas que rompan el equilibrio económico de las gananciales.

C) **A causa de muerte.** La muerte extingue el matrimonio y consecuentemente la Sociedad Conyugal deberá liquidarse aplicándose los bienes en favor del cónyuge supérstite por la parte que le corresponda y al acervo hereditario de la sucesión por lo que le corresponda al cónyuge fallecido.

DISCREPANCIAS JURÍDICAS SOBRE LOS FINES DEL MATRIMONIO

Las discrepancias sobre los fines del Matrimonio han motivado una serie de interpretaciones erróneas sobre estos. Como se ha señalado, se debe distinguir entre los fines personales de los cónyuges para precisar las normas jurídicas aplicables a cada una de estas especies dentro del género del matrimonio. Como se ha señalado, el matrimonio de personas del mismo sexo o de personas heterosexuales que no quieren o no puedan procrear para perpetuar la especie no es motivo para considerar que se modifique el concepto de matrimonio, ya que en uno u otro caso, existen reglas específicas para cada una de las especies mencionadas. Pero de ninguna manera se deben conculcar las normas trascendentes que se vinculan a la procreación

de los hijos o a la perpetuación de la especie como una de las finalidades del matrimonio, por esta razón resulta extraña la tesis mencionada de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por las consideraciones siguientes:

Atendiendo al texto del artículo cuarto Constitucional, en su parte conducente transcrita, ésta se refiere a que el varón y la mujer son iguales ante la ley, y ésta protegerá la organización y desarrollo de la familia y que toda persona decida de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos, lo que no impide que las personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio civil, pero es claro que la propia naturaleza biológica de los cónyuges, hasta ahora, están impedidos para procrear, y como se ha señalado, el matrimonio civil no es una Institución matrimonial, sino un acto jurídico solemne, y la falta de procreación no es discriminatoria sino efecto de la naturaleza, pero la procreación de la especie es por esencia una de las finalidades del matrimonio, que por excepción puede no serlo.

Resulta extraño que sin distinguir las especies posibles del matrimonio por las personas que intervienen en él se considere que “...*Está prohibida cualquier norma discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna **norma, decisión o práctica de derecho interno**, tanto por parte de **autoridades estatales** como de particulares, pueden disminuir o restringir los derechos de una persona a partir de su orientación sexual...*”

Este criterio de que ninguna norma de derecho Interno restrinja el derecho de las personas del mismo sexo es vinculatoria para el caso concreto, pero no será obligatoria para la soberanía legislativa de las entidades federativas, por lo que es necesario analizar cuando se considera obligatoria la Jurisprudencia, pues el sentido del artículo 94 Constitucional, en el párrafo décimo, señala lo siguiente: “... *La Ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación y los Plenos de Circuito sobre la interpretación de la Constitución y normas generales así como los requisitos para su interrupción y sustitución...*” (párrafo reformado publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio del año 2011).

El texto original del párrafo correspondiente al artículo 94 señalaba que: “...*La Ley fijará los términos en que sea obligada la Jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre la interpretación de la Constitución, Leyes y Reglamentos Federales o Locales y Tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano, así como los requisitos para su interrupción y modificación...*”

En la especie, resulta evidente que el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación invade la soberanía de las Legislaturas de los Estados y consecuentemente hacer nugatorio el concepto del matrimonio que regulan los Códigos Civiles.

No debe generalizarse la inconstitucionalidad de las normas contenidas en los distintos Códigos civiles de las entidades federativas por regular el matrimonio de personas del mismo sexo, si se toma en consideración la naturaleza original de los fines del matrimonio, así como los fines jurídicos, económicos, y políticos-sociales; tutelados por la Constitución. Máxime que las reglas del matrimonio civil concordantes con el artículo cuarto y ciento treinta Constitucionales, por ser Derecho positivo vigente, no deben calificarse retroactivamente como inconstitucionales, textos que han regulado el matrimonio bajo esos principios constitucionales. La unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, cuyos fines, entre otros, se han vinculado a la naturaleza biológica de la procreación de la especie, la lealtad entre los cónyuges, la subsistencia y educación de los hijos, así como la asistencia económica mutua y fundamentalmente la subsistencia de la familia.

En la actualidad ante una realidad social de excepción de matrimonios de personas del mismo sexo, no es motivo para trastocar la esencia del matrimonio y sus fines de ese acto jurídico, negar las razones de política social que motivan su reglamentación, si se generaliza la inconstitucionalidad de todas las normas que regulan el matrimonio, como se induce del criterio transcrito, con el fin de proteger el matrimonio de las personas del mismo sexo es atentar a su vez al derecho humano de los matrimonios de las personas heterosexuales que tienen las obligaciones y los derechos, entre otros, de procrear a su conveniencia, asistir a los hijos en su educación y subsistencia, normas que no lesionan en modo alguno a las personas que por naturaleza o por circunstancias especiales no puedan procrear. Es necesario entender la realidad social pero lo más importante es tutelar por la certeza jurídica que es el orden normativo de coordinación jurídica de los particulares entre sí y su relación jurídica de los gobernantes y los gobernados en base a la defensa de la célula social, y en última instancia a los fines del Estado.

En los términos del párrafo décimo del artículo noventa y cuatro Constitucional la Jurisprudencia no obliga a la soberanía legislativa de las Entidades Federativas legislar acorde al criterio jurisprudencial señalado, es decir, las legislaturas estatales no estarán obligadas a legislar como consecuencia del criterio transcrito, por falta de sustento constitucional, aceptar lo contrario, es romper con el equilibrio de los Poderes y que la Suprema Corte de Justicia legisle a través de la Jurisprudencia.

LA PRUEBA INDICIARIA

Raquel S. Contreras López



INTRODUCCIÓN

Se dice, con razón, que el Derecho sustantivo es fundamental para alcanzar la armonía en la vida de los conglomerados sociales, pero también debe entenderse, aunque no sea común decirlo, que el puro Derecho sustantivo, sin la posibilidad de su aplicación, en la mayoría de los casos es nada.

Es tanto como tener herramientas muy bellas y no saber ni poder aplicarlas. Así, el Derecho sustantivo se limitaría a ser una declaración lírica las más de las veces, si no existiera hubiera el Derecho adjetivo o procesal que permite su aplicación cuando hay un hecho controvertido.

Pero aun dentro del Derecho adjetivo estaríamos en la misma situación de inutilidad, si no existiera la parte del mismo que se encarga de la forma y manera de probarlo. Ése es precisamente el Derecho probatorio, que si bien se desprende del Derecho procesal, es de suma importancia para poder acreditar la existencia de un derecho sustantivo y aun procesal.

En la actualidad se discute si el tema relativo a la prueba pertenece sólo al campo del Derecho adjetivo o procesal o si bien constituye una rama autónoma del mismo. Con base en ello, ha surgido la interrogante de si existen o no criterios académicos, legislativos o judiciales, para determinar la existencia de una Teoría de la Prueba.

Así, en el vasto campo del Derecho, la Teoría de la Prueba cobra una importancia capital no solo en el ámbito del Derecho adjetivo, sino también en el del Derecho sustantivo, dando como resultado que la misma rijan en ambos campos.

De lo anterior resulta que el tópico de la prueba indiciaria o por indicios, que desarrollo en el presente ensayo, resulte crucial para una propuesta de Teoría de la Prueba no sólo en los entretejidos relativos a su estudio dogmático, sino por el desconocimiento de su operatividad de los propios operadores jurídicos, particularmente en el campo del Derecho procesal civil.

Muchas veces se tiene un derecho sustantivo, pero es como si no se le tuviera por la dificultad que entraña probar su existencia. Siendo alumna del Maestro Ernesto Gutiérrez y González, en la Especialidad en Derecho Civil, en la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, en la asignatura de Responsabilidad Civil, le escuché comentar que de nada sirve tener un derecho si no se puede probar su existencia por los medios que establece la ley en su ámbito, ya procesal, ya sustantivo, por lo que era como nunca haberlo tenido.

Por ello, ha sido para mí por demás interesante y útil haber cursado en la maestría la materia “Derecho probatorio”, que aparentemente se circunscribe al Derecho procesal penal, pero cuando el estudioso se adentra en ella encuentra un rico filón del Derecho, que ha sido poco explorado por quienes deben aplicarlo, como son los litigantes y los funcionarios judiciales, jueces, magistrados y hasta ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. También es cierto que en pocas ocasiones se menciona a la prueba indiciaria como un medio para acreditar un determinado Derecho, o bien una determinada situación jurídica.

Si bien la mencionada prueba por indicios se menciona muy pocas veces en el Código Civil para el Distrito Federal, su importancia resulta capital para el reconocimiento de descendientes y para acreditar el estado civil de las personas físicas cuando éstas no fueron reconocidas o no cuentan con una acta o atestado del Registro civil, por medio del cual acreditarlo, o cuando tienen éstas, pero las mismas resultan ser defectuosas, incompletas o falsas. Si además no cuentan a su favor con la apariencia de posesión del estado civil que dicen tener y gozar, la única salida sería acudir al resto de las pruebas autorizadas por el legislador de cada época y lugar, entre otras, aquellas ofrecidas por el avance de los conocimientos científicos, como la prueba de ADN, o bien, las testimoniales, pero éstas no serán admisibles si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren suficientemente graves como para determinar su admisión. Para un análisis de la prueba indiciaria con el tema antes citado, consúltese al respecto la obra *Teoría Integral de la Apariencia Jurídica*¹ y *Derecho Civil para la Familia, Temas Selectos*,² de la misma autora de este trabajo.

¹ CONTRERAS LÓPEZ, Raquel Sandra, *Teoría Integral de la Apariencia Jurídica. Su efecto frente a diversas figuras jurídicas*, México, Porrúa, 2006.

² CONTRERAS LÓPEZ, Raquel Sandra, *Derecho Civil para la Familia. Temas Selectos. La Filiación, la Maternidad Sustituta y los Derechos de la Personalidad, en el Marco de la Teoría Integral de la Apariencia Jurídica*, México, Porrúa, 2014.

Por lo anterior, resulta necesario conocer la prueba indiciaria y si la misma es una expresión equivalente o sinónima a la llamada prueba presuncional, o si ésta es en sí misma un medio de prueba.

A. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL INDICIO

CAPÍTULO I

Temas fundamentales con relación a la prueba indiciaria

En el Derecho Romano no existían reglas ciertas y precisas en relación con los medios de prueba como las contienen las legislaciones procesales modernas, sin embargo, se admitían los indicios, con tal de que éstos diesen al caso concreto la certidumbre requerida.³

C.J.A. Mittermaier,⁴ en su obra clásica *Prueba en Materia Criminal*, señala que en la época romana, autores clásicos como Cicerón y Quintiliano, hacían mérito de ellos aplicándolos a sus investigaciones, ya que concluían que de dicha prueba se podían deducir los modos de proceder más conformes con los hábitos de la vida cotidiana. Agrega además que en multitud de textos de aquella época se hace referencia a la importancia que los jurisconsultos le daban a los llamados *argumenta, indicia y signa*.

Durante la época del Derecho Canónico, según el autor citado, son pocos los documentos en los que se les menciona; situación distinta a la que prevaleció durante la Edad Media, en la que se le dio gran difusión a la fuerza probatoria de los indicios. Proliferaron en esta época clasificaciones de los mismos, entre las que sobresalió la llamada indicia indubitada, que era un conjunto de indicios de carácter vehemente o grave, pero también se les clasificó⁵ en próximos o remotos; violentos o equívocos; claros o indubitables; oscuros o dudosos, antecedentes concomitantes y consiguientes, etcétera.

Mittermaier,⁶ en la obra comentada, hace referencia a las prescripciones contenidas en la Carolina, que era una legislación bávara impregnada del espíritu metódico de la escuela de los antiguos lógicos, en la cual se les daba a los jueces instrucciones completas sobre cómo debían averiguar los indicios y qué partido debían sacar de ellos; sin embargo, los mismos, por muy numerosos y

³ MORENO CORA, Silvestre, *Tratado de las Pruebas Judiciales*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, (Colección "Clásicos del Derecho Mexicano"), Edición Facsimilar, Lito Impresiones Macabsa, México, 1992, p. 507.

⁴ MITTERMAIER, C. J. A., *Tratado de la Prueba en materia Criminal*, (Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, por D. Primitivo González del Alba, Presidente de la Sala de la Audiencia de Madrid), 6a. ed., España. Hijos de Reus, 1906, pp. 363-364.

⁵ MORENO CORA, Silvestre, *op. cit.*, pp. 508-509.

⁶ MITTERMAIER, C. J. A., *op. cit.*, p. 364.

Otro aspecto que es interesante comentar es el relativo al hecho de que la mayoría de los Tratadistas de la materia procesal, que estudian el tema de los indicios, opinan que el proceso lógico se realiza para obtener de un hecho conocido, un hecho desconocido, cuando en realidad en la práctica procesal, todos los hechos son conocidos, pero no todos ellos están comprobados.¹⁸

Por lo anterior, en el caso de la definición propuesta por el autor Devis Echandía, para definir al indicio es necesario acotar que para el efecto de proponer una definición acorde con la realidad de la práctica procesal, es conveniente considerar los dos puntos antes señalados, y proponer como una posible definición de "indicio",¹⁹ la siguiente:

Un hecho conocido por medio del cual se conduce a otro hecho conocido pero no comprobado, mediante un argumento probatorio que de aquél se obtiene, en virtud de una operación lógica-crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos.

Ahora bien, en el indicio la fuente de prueba se identifica con el medio probatorio, debido a que la fuente de prueba se manifiesta por sí misma, ya que el hecho indicador es su propio medio de expresión, aunque deba ser probado por otros medios, como la inspección o los testimonios, medios probatorios que no privan al indicio de su propia individualidad, como medio probatorio.

En cambio, como apunta el propio Devis Echandía,²⁰ tratándose de las pruebas históricas o directas, como las pruebas: confesional, testimonial, documental y pericial, no ocurre igual, ya que la fuente de prueba y el medio probatorio no se asimilan, porque son distintos, toda vez que lo confesado por la parte, declarado por el testigo, lo narrado en el documento o lo expuesto por el perito en su dictamen, **constituyen la fuente de prueba**, mientras que la confesión de la parte, la declaración del testigo, el documento y el dictamen del perito **vienen a ser el medio probatorio**.

De las anteriores definiciones de indicio ofrecidas por los autores, se desprende que es difícil distinguir entre la fuente de prueba (hecho comprobado) y el medio probatorio, ya que el hecho comprobado o indicador del indicio es la propia expresión del indicio.

El hecho indiciario o hecho indicador y comprobado **puede ser cualquier hecho**, ya sea que trate de una cosa o conducta humana (el autor

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ También lo anterior, es tomado de las consideraciones llevadas a cabo, durante la exposición del presente tema, en la Cátedra del Doctor Flavio Galván Rivera.

²⁰ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *op. cit.*, p. 602.

Devis Echandía los denomina hechos materiales o humanos, pero considero que es más preciso hablar de la cosa o de la conducta humana que puede servir de indicio), ya sea que el hecho se refiera al aspecto externo o interno de la conducta humana, (a lo que el autor citado denomina hecho físico o psíquico), o bien, se trate de un hecho simple o compuesto.

Se puede concluir que la prueba por indicios, desde el ámbito de la teoría general de la prueba, **es el medio probatorio, de naturaleza indirecta, atípica, fragmentaria, de carácter artificial o lógica, y de segundo grado, que permite a quien realiza el proceso lógico (inductivo-deductivo, y demás métodos de investigación) de obtener de un hecho comprobado, un hecho conocido pero no comprobado, la certeza sobre la existencia o inexistencia de ese hecho conocido, que viene a ser precisamente el resultado de la prueba.**

Es un punto controvertido si los indicios son o no un medio de prueba. Entre los que dicen que no lo son, y sólo los consideran objeto de prueba, están: Florian²¹ y Schönke. Pero estos autores, como apunta el autor Devis Echandía,²² están equivocado; opinión que comparto, ya que separan el hecho indiciario o indicador del proceso lógico-crítico, lo cual no es posible, ya que el hecho indiciario por sí no dice nada, ya que siguiendo a Cernelutti,²³ un hecho no es un indicio en sí, y por ello, como hecho tampoco prueba nada, ya que es parte de la esencia del indicio el que se realice un examen crítico lógico de los hechos indiciarios, del cual, mediante los principios de la causalidad e identidad y de las reglas de la experiencia y de las reglas técnicas, se obtenga un argumento probatorio que será precisamente la existencia del hecho conocido pero no probado.

Otros, como Rosenberg,²⁴ opinan que los indicios no son prueba, sino argumentos obtenidos de las afirmaciones de las partes o de las pruebas. Pero como apunta también Devis Echandía, decir eso es aislar el hecho o hechos indiciarios del argumento probatorio que lo contiene e identificar a los indicios, que son los hechos probados, con los argumentos probatorios que todo prueba contiene.

C. NATURALEZA JURÍDICA DEL INDICIO

A la prueba por indicios se le han dado diversas denominaciones a lo largo de su historia, se le ha denominado como prueba indirecta, más o

²¹ FLORIAN, Eugenio, *De las pruebas penales*, Colombia, Temis, 1990, p. 381.

²² DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *op. cit.*, p. 603.

²³ CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, Edición facsimilar por el Distrito Federal, por conducto de su Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, p. 104.

²⁴ *Ibidem*, p. 604.

menos compleja,²⁵ circunstancial²⁶ y objetiva, ya que la misma se basa sobre los hechos, pero también se le ha considerado como subjetiva, en el sentido de que tales hechos, cuando son psíquicos, deben ser apreciados e interpretados no sólo por la lógica sino también por la intuición del juzgador, de ahí que también a la prueba indiciaria se le denomine prueba artificial y que a las pruebas llamadas directas se les denomine pruebas no artificiales.²⁷

También se le considera una prueba de segundo grado, ya que se apoya sobre los datos de otras pruebas, por medio de las cuales puede ser conocido el hecho indiciario o circunstancial como lo denomina Bentham cuando se trata de pruebas confesionales, testimoniales, periciales o comprobaciones, de ahí también su carácter complejo y fragmentario.²⁸

Ahora bien, la prueba indiciaria ha sido considerada en forma especial en el derecho penal, donde ha encontrado sus más amplias aplicaciones. **Sin embargo esta prueba es de aplicación general, como lo apunta Gorphe²⁹ en su obra *De la apreciación de las pruebas*.** El mismo autor,³⁰ citando a su vez a P. Ellero, en relación con la aplicación general que se le puede dar a esta prueba, transcribe la siguiente cita:

Ha sido un error —observa ELLERO— considerar los indicios como si solamente tendieran a demostrar el delito y la culpabilidad, cuando conciernen a cualquier cosa, a todo acontecimiento, a cualquier objeto de la verificación judicial.

Al respecto, el autor Sentís Melendo,³¹ al hablar sobre la prueba por indicios, dice que:

Por eso, los indicios nos los encontramos siempre en el proceso penal, y cuando se nos aparecen en el proceso civil es relación a un hecho con caracteres de delito: así, en el artículo 449 del nuevo código sobre falso testimonio u otro delito.

Ahora bien, toda vez que las pruebas en el ilícito penal se compenetran de tal manera que llegan a confundirse las que tienen por objeto las relativas

²⁵ GORPHE, Francois, *De la apreciación de las pruebas*, (Colección Ciencia del Derecho por H. Alsina, E. J. Couture y A. Velez Mariconde.), Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, p. 251.

²⁶ BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las Pruebas Judiciales*, Trad. del francés, Manuel Osorio Florit. (Colección “Clásicos del Derecho Procesal” por Santiago Sentís Melendo), Argentina, Ediciones Jurídicas Europea-América, 1959, vol. I, p. 292.

²⁷ DEI MALATESTA, Nicola Framarino, *Lógica de las Pruebas en materia criminal*, Colombia, Temis, 1997, t. I, pp. 180, 182.

²⁸ GORPHE, Francois, *op. cit.*, pp. 250-251.

²⁹ *Ibidem*, p. 249, citada en el pie de página (1).

³⁰ *Idem*.

³¹ SENTÍS MELENDO, Santiago, *op. cit.*, p. 107.

al acto delictuoso con las que tienen por objeto la persona de su autor, lo que ocasiona tal complejidad que es difícil decir cuáles atañen a uno y otro objeto.³²

De lo anterior, resulta que el juez, para llegar al convencimiento de la culpabilidad del reo, debe hacerlo de una manera natural y razonada, esto es:

...que las razones que lo han determinado deben ser tales, que se consideren capaces de engendrar igual convencimiento en otros hombres razonables y libres de preocupaciones.³³

De la dificultad que se presenta en el proceso penal, para distinguir la existencia del hecho delictuoso de la persona del delincuente, es que el autor Nicola Framarino dei Malatesta³⁴ clasificó a las pruebas en relación con el objeto como directas e indirectas, y en relación con el sujeto como personales y reales.

De la anterior clasificación resulta que las pruebas pueden ser personales directas y personales indirectas, y las pruebas reales pueden a su vez clasificarse como reales directas y reales indirectas.

Podría pensarse que la confesión, el testimonio, los documentos, son pruebas directas por esencia, y que los indicios son pruebas indirectas por esencia, sin embargo no sería exacto ya que:

...la confesión, el testimonio y la prueba documental, no son más que formas que la prueba reviste, pero no atañen a la esencia de ella; **la confesión misma puede ser directa cuando recae sobre el hecho que constituye el delito, e indirecta si sólo se refiere a un hecho, del cual el delito puede deducirse.** Igual cosa debe decirse del testimonio, oral o escrito, pues, en realidad, la prueba por medio de documentos no es más que una forma de la prueba testimonial.³⁵

Al respecto, Framarino de Malatesta,³⁶ en relación con la clasificación tajante de la prueba hecha por algunos estudiosos, como directas o indirectas, dice que:

... en consecuencia, no han pensado que la prueba, sea en forma testimonial o en forma documental, puede presentar tanto el contenido de prueba directa, como el de indicio.

³² MORENO CORA, Silvestre, *op. cit.*, p. 476.

³³ *Ibidem*, p. 478.

³⁴ DEI MALATESTA, Nicola Framarino, *op. cit.*, p. 179.

³⁵ MORENO CORA, Silvestre, *op. cit.*, p. 485.

³⁶ DEI MALATESTA, Nicola Framarino, *op. cit.*, p. 182.

Es necesario precisar que una prueba histórica como lo son la prueba confesional, la testimonial, la documental y la pericial, pruebas a las que también se les denomina, como ya apunté antes, pruebas directas, cuando es plena no puede como tal ser indicio de un hecho distinto al investigado, pero será diferente si dichas pruebas contienen hechos distintos de los probados mediante esas pruebas; de tal manera que el hecho narrado por el testigo, la parte o el perito, o referido en el documento, puede ser indicio de otro u otros hechos diferentes, pero no de los hechos contenidos en el testimonio, la confesión o el dictamen.

En el caso de que se tratara de una prueba histórica incompleta, esto es, que se tratara de una prueba deficiente con la que no se alcanzara a probar la certeza de los hechos que con ella se trata probar, tampoco será esta prueba indicio de esos hechos, ya que en este caso se estaría ante una prueba histórica incompleta o imperfecta, con un valor probatorio discutible, pero no ante una prueba indiciaria de esos hechos, de tal suerte que en el caso del testimonio dado por un incapaz, o bien con una documental ofrecida como pública, pero a la que no le fue reconocido ese carácter, no tendrán valor probatorio pleno, sin embargo, dichas pruebas no pueden ser indicios de esos hechos ya que ello sería:

...desnaturalizar totalmente el concepto de la prueba indiciaria que consiste, siempre, en hechos plenamente comprobados por cualquier medio conducente. Sólo en este sentido puede decirse que los demás medios de prueba pueden ser fuente de indicios, es decir en cuanto prueben hechos indiciarios. El indicio no es una prueba de segunda clase, ni un principio de prueba; como cualquier otro medio, puede tener o no el carácter de prueba plena, de acuerdo con sus condiciones intrínsecas y extrínsecas, pero es un medio autónomo, en el sentido de que no se trata de otro medio que por sus deficiencias pierda categoría, sino de hechos que por sí mismos tienen significación probatoria, en virtud de la conexión lógica que presentan con el hecho investigado.³⁷

En complemento de lo anterior está lo sostenido por Enrique Paillas Peña,³⁸ quien sostiene que:

El indicio se puede encontrar en una declaración testifical, en una confesión judicial, en una prueba pericial; no es sino “la caracterización de un medio de prueba cualquiera”.

Tampoco puede ser el indicio una prueba directa, ya que la función probatoria de éste es el suministrarle al juzgador una base cierta, de hecho, de

³⁷ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *op. cit.*, p. 606.

³⁸ PAILLAS PEÑA, Enrique, *Estudios de Derecho Probatorio*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 115.

la cual pueda inducir indirectamente y mediante razonamientos lógicos y críticos, basados en las reglas generales de la experiencia o en conocimientos científicos o técnicos especializados, otro hecho conocido pero no comprobado, cuya existencia se quiere comprobar.

En la prueba indiciaria, como prueba indirecta que es, el juzgador nunca percibe el hecho que constituye su objeto, ni tampoco otro hecho que lo represente de manera directa y expresa, sino sólo hechos que deben ser relacionados indirectamente con el hecho objeto de la prueba, esto es el hecho conocido, cuya existencia se trata de probar mediante una operación lógica-crítica del juzgador.

En cambio, en las llamadas pruebas directas, cualquiera que sea el criterio que se tome para definir las, es decir, ya se tome como criterio la fuente de la prueba, esto es, la que pone directamente el hecho por probar en contacto con el juzgador, concepto que limita a esta clase de pruebas sólo a la inspección judicial, o bien, a la que toma como criterio a la que versa expresamente sobre el mismo hecho investigado, concepto que incluye, además de la inspección judicial, a las pruebas denominadas históricas, el conocimiento que tiene el juzgador es directo, sin necesidad de que para que existan como tal, se tenga necesariamente, para conocer el hecho controvertido, realizar como ocurre con la prueba indiciaria, un proceso lógico-crítico para poder obtener un argumento probatorio y comprobar la existencia de un hecho conocido, pero que no ha sido probado.

Lo que hace que un hecho tenga el carácter de un indicio es que no le dé al juzgador, el conocimiento del hecho que se trata de probar, de manera inmediata, sino que fije un hecho relevante para el juicio y a través de un proceso lógico llegue al conocimiento que se busca.³⁹

De ahí que el testimonio de un testigo, la confesión de la parte, lo asentado en un documento o en un dictamen de perito, puede tener el valor probatorio de dicha prueba y además, en su caso, ser indicio de otros hechos distintos de los que se tratan de probar con dichas pruebas.

D. CLASIFICACIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA

A la prueba indiciaria se le ha clasificado de muchas formas. Su número es prácticamente ilimitado y ninguna de las clasificaciones hechas por los diferentes autores ha comprendido a todas las clases de indicios.

Los autores modernos están de acuerdo en que la mayoría de las clasificaciones hechas por los antiguos juristas son artificiales e inútiles, toda vez

³⁹ *Idem.*

que en la actualidad el moderno juzgador goza de la libertad para apreciar la fuerza probatoria de las pruebas.

1. El autor alemán Mittermaier⁴⁰ los clasificó de acuerdo con la teoría y sistema jurídico alemán de su época como:

A. *Mediatos*.—En esta clase de indicios a fin de probar el hecho, es necesario recorrer una serie de deducciones intermedias.

B. *Inmediatos*.—En cambio en los indicios inmediatos, éstos dan lugar a una conclusión directa en cuanto al objeto que ha de probarse.

C. *Anteriores*.—Si se llevaron a cabo antes de la realización del hecho principal.

D. *Concomitantes*.—Si se llevaron a cabo al momento de realizarse el hecho principal.

E. *Posteriores*.—Si sucedieron después de realizado el hecho principal.

Estas dos últimas clasificaciones las critica el propio autor, ya que opina que en realidad carece de base sólida, toda vez que en muchas ocasiones en forma arbitraria se colocaría el hecho entre los indicios posteriores, concomitantes o posteriores.⁴¹

F. *Generales*.—Son aquellos que pueden existir en todo delito

G. *Particulares*.—Son aquellos que se dan sólo respecto de ciertos delitos especiales.

Esta clasificación también la critica el autor citado, en vista de su poca utilidad en la práctica forense.

Próximos: Son aquellos que tienen la fuerza suficiente para deducir de él, el hecho desconocido.

Remotos: Aquellos que no suministran materia para deducir el hecho desconocido y que llevan por ello a conclusiones fácilmente engañosas.

Esta clasificación también la critica el propio autor citado, ya que opina que en la práctica es puramente arbitraria y que en todo caso el llamado indicio próximo que para tener valor probatorio pleno requiere como cualquier otro del concurso de varios indicios o circunstancias, como los denominó Bentham.

- Legales.
- No legales.

Clasificación a la que Mittermaier no le prestó ninguna importancia, por no tener en la práctica ninguna utilidad.

⁴⁰ MITTERMAIER, C. J. A., *op. cit.*, pp. 369-371.

⁴¹ *Ibidem*, p. 370.

2. Por su parte, el autor Devis Echandía,⁴² tomando en consideración, la clasificación hecha por los antiguos juristas, aporta la siguiente clasificación:

A. Indicios anteriores, concomitantes y posteriores al hecho desconocido que se trata de verificar.

B. Indicios personales o subjetivos y reales o materiales, según se refieran a condiciones y modo de ser de una persona (como la capacidad intelectual, física y moral para el acto delictivo o el hecho de significación civil) o a cosas, huellas, rastros y similares.

C. En indicios necesarios, cuando uno solo baste para producir el convencimiento en razón de que supone indispensablemente el hecho indicado, por corresponder a una ley física inmutable, de causalidad necesaria; o contingentes si apenas constituye una inferencia de probabilidad.

A su vez, el autor comentado, subclasificó los indicios contingentes como:

- a) Graves y leves
- b) Inmediatos o próximos
- c) Mediatos y remotos

Con relación a la subclasificación que hizo el autor según su valor probatorio y la proximidad de la conexión entre los hechos, se tiene la siguiente:

D. Indicios positivos y negativos, según que concurren a indicar la existencia o inexistencia del hecho investigado o de la responsabilidad del sindicado o del imputado.

E. Indicios causales y de efectos, según que concurren al acaecimiento del hecho o signifiquen efectos del mismo.

A. ADMISIÓN Y EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA

CAPÍTULO II

Carácter universal de la prueba indiciaria

Bentham⁴³ señala dos reglas que deben seguirse según su opinión del autor respecto a la admisión y exclusión de las llamadas por él pruebas circunstanciales:

1ª regla.—Esta regla se refiere a que, como en el caso aplicable a todas las demás pruebas, las pruebas circunstanciales (o por indicios) no deben ser requeridas ni admitidas en caso de que éstas significaran un detrimento para cumplir con el fin colateral de la justicia, que significara que a través de este tipo de pruebas se busca aplazar los procesos o procedimientos, vejámenes para alguna de las partes, y en consecuencia gastos, que una útiles al fin directo de

⁴² DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *op. cit.*, pp. 616-617.

⁴³ BENTHAM, Jeremías, *op. cit.*, p. 363.

la justicia, como el contribuir a una decisión acertadas, o bien el que estuvieran conformes con la ley.

2ª regla.—Esta consiste en que, exceptuados esos casos, no se debe nunca excluir ni rechazar aquello que pueda servir o que se pueda ofrecer con el carácter de pruebas circunstanciales (o por indicios).

Agrega el autor citado que⁴⁴ el establecer reglas rígidas para la admisión o exclusión de este tipo de pruebas es temerario, porque se va en contra de la naturaleza infinita de hechos que pudieran resultar un indicio de otro conocido pero no probada su existencia y de la naturaleza misma de las cosas.

Se ha tomado en materia de admisión o exclusión de las pruebas por indicios, circunstanciales o artificiales como se les ha dado en llamar por los doctrinarios estudiosos de la materia, posturas extremas. Sin embargo, debe tomarse una postura equilibrada tanto por los legisladores como por los juzgadores que han de valorarlas y evitar su subestimación, o bien su sobrestimación en la contribución que aportan para lograr la certeza respecto a la existencia o inexistencia de los hechos desconocidos.

En materia de derecho vigente en México en materia procesal, la gran mayoría de los Códigos de Procedimientos Civiles incluyen en su texto a los indicios como medio de prueba, pero confundiéndolos de manera desafortunada con la presunción judicial o humana.

Así, resulta que el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal incluye a los indicios como medio de prueba, pero los confunde con las presunciones judiciales o del hombre, y así en su artículo 37 dispone que:

Artículo 379.—Presunción es la consecuencia que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido; la primera se llama legal y la segunda humana.

Por su parte, el Código Federal de procedimientos Civiles, en su artículo 79, al regular los aspectos generales de la prueba, dispone que:

Para conocer la verdad, puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquiera cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, sin más limitaciones que las de que las pruebas estén reconocidas por la ley y tengan relación inmediata con los hechos controvertidos.

Los tribunales no tienen límites temporales para ordenar la aportación de las pruebas que juzguen indispensables para formar su convicción respecto del contenido de la litis, ni rigen para ellos las limitaciones y prohibiciones, en materia de prueba, establecidas en relación con las partes.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 363-364.

Y más adelante, en su artículo 191, al regular la materia de la presunción, presupone a la prueba indiciaria al disponer que:

Las presunciones, sean legales o humanas, admiten prueba en contrario, salvo cuando, para las primeras, exista prohibición expresa de la ley.

A diferencia de los anteriores Ordenamientos Procesales, el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Morelos hace distingo entre la presunción y el indicio y determina en su artículo 499 que:

Artículo 499.—Deducción judicial de las presunciones e indicios.

Las presunciones y los indicios podrán deducirse de oficio por el juzgador, aunque las partes no las invoquen.

Por indicio se entiende la deducción indirecta de una circunstancia de tiempo, de lugar o de modo, que en relación con un hecho o acto controvertido o dudoso, permite racionalmente fundar su existencia o veracidad.

De la anterior transcripción, se evidencia cómo el legislador del Código adjetivo del Estado de Morelos, distinguió correctamente al o los indicios de la presunción. A UNOS COMO MEDIO PROBATORIO Y A LA OTRA COMO UNA ARGUMENTACIÓN DE LA PRUEBA, como ya lo traté al desarrollar el punto en el que hablé de la naturaleza jurídica de los indicios.

En cuanto al resto de los Ordenamientos de carácter administrativo, como la Ley Federal de Procedimiento Administrativo contempla en el Capítulo Noveno, relativo a la tramitación de los recursos administrativos que se regularan bajo las disposiciones de dicha ley, en sus artículos 50 al 52, lo relativo a la materia de pruebas. Así, en su artículo 50 dispone que:

Artículo 50.—En los procedimientos administrativos se admitirán toda clase de pruebas, excepto la confesional de las autoridades. No se considerará comprendida en esta prohibición la petición de informes a las autoridades administrativas, respecto de hechos que consten en sus expedientes o de documentos agregados a ellos.

La autoridad podrá allegarse de los medios de prueba que considere necesarios, sin más limitación que las establecidas en la ley.

El órgano o autoridad de la Administración Pública Federal ante quien se tramite un procedimiento administrativo, acordará sobre la admisibilidad de las pruebas ofrecidas. Sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando no fuesen ofrecidas conforme a derecho, no tengan relación con el fondo del asunto, sean improcedentes e innecesarias o contrarias a la moral y al derecho. Tal resolución deberá estar debidamente fundada y motivada.

De la transcripción de la normatividad en materia administrativa se desprende que no se rechaza la admisión de este tipo de prueba, ya que los

ordenamientos administrativos que resuelven en este tipo de materias, admiten toda clase de pruebas, a excepción específicamente de la prueba confesional a cargo de las autoridades.

B. RELACIÓN DE LOS INDICIOS CON LA PRUEBA CONFESIONAL, DOCUMENTAL, TESTIMONIAL, Y PERICIAL

La prueba indiciaria tiene, respecto al resto de las pruebas, una relación íntima. En todas ellas se requiere del “artificio de la razón” del juzgador⁴⁵ para darles a todas valor y fuerza probatoria. Sin embargo, unas y otras son apreciadas por el juzgador de manera diferente.

En el caso de las llamadas pruebas directas, como vienen a ser: la confesional, la documental, la testimonial y la pericial, éstas constituyen la prueba en sí en el caso de la prueba confesional, la confesión de los hechos es la prueba en sí; en el caso de la prueba testimonial, la prueba la constituye la declaración o testimonio del testigo; en el caso de la documental, es lo plasmado en el documento; en cambio, en el caso de las pruebas indirectas, como en el caso del hecho indiciario, éste no constituye la prueba en sí, ya que para que lo sea es necesario un procedimiento lógico de inducción, que parte del hecho indiciario, conocido y comprobado, a un hecho conocido pero no probado. De tal suerte, que es necesario, para conformar válidamente a la prueba indiciaria, establecer la relación que hay entre el hecho indiciario y el hecho delictuoso, o bien entre los indicios y los hechos controvertidos, ya se trate del proceso penal o del civil respectivamente o de cualquier otro proceso o procedimiento.

Como mencioné en el capítulo anterior, las pruebas no son esencialmente directas o indirectas; serán directas cuando recaen sobre el hecho que constituye el delito,⁴⁶ o los hechos controvertidos que integran la *litis* ya se trate de materia penal o civil o de cualquier otra respectivamente; serán indirectas cuando se refiere a un hecho diferente al hecho delictuoso, o bien a hechos diferentes a los controvertidos en los que es necesario la lógica y la experiencia del juzgador para deducir la relación que hay entre éste o estos con el hecho delictuoso, o bien los hechos controvertidos en cada caso.

Sin embargo, tanto las pruebas directas como las indirectas, necesitan ser apreciadas por la razón para poder engendrar el convencimiento en el juzgador, esto es, debe haber una relación lógica entre las pruebas y el hecho delictuoso o los hechos que forman la *litis*, pero los dos tipos de prueba, como ya dije, son apreciadas de manera diferente por el juzgador.

⁴⁵ DEI MALATESTA, Nicola Framarino, *op. cit.*, pp. 182-184.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 181.

La eficacia probatoria de la prueba indirecta sólo se logra mediante un trabajo intelectual, en el que es indispensable la labor lógica y la experiencia del juzgador.

Mientras que en la prueba directa la eficacia probatoria se desprende de lo confesado por la parte o de lo declarado por el testigo, o bien de lo que consta en el documento, o en el dictamen del perito.

La vinculación entre la prueba indiciaria con el resto de los medios probatorios resulta patente en la parte relativa a las máximas de la experiencia y a los conocimientos científicos y técnicos que el juzgador debe tener para poder realizar la conexión lógica entre el hecho conocido comprobado y el hecho conocido no probado, en especial con la prueba pericial. Al respecto, es interesante lo que Stein⁴⁷ opina:

El juez necesita las máximas de la experiencia y, por consiguiente, el dictamen de un perito, en tres ocasiones: en la valoración de los medios de prueba, en la valoración de los indicios y en la subsunción de los hechos bajo el precepto jurídico.

Si bien, a partir de lo ya dicho, las máximas de la experiencia del juzgador constituyen un elemento fundamental, a fin de que éste pueda obtener de un hecho conocido comprobado, la certeza sobre la existencia de otro hecho conocido pero no probado mediante un argumento probatorio, hay algunos autores como Martínez Pineda⁴⁸ que privan a ésta de todo valor jurídico al opinar que:

Las máximas de la experiencia nada tienen de jurídico y, por lo tanto, carecen de aptitud para la valoración de la prueba, ya que debe entenderse que la experiencia es un conjunto de aciertos y de fracasos, empíricamente considerados.

La experiencia es el resultado de la observación reiterada de todo cuanto acontece en el mundo que nos rodea.

La experiencia, acumula repeticiones de fenómenos de evidente enlace entre sí, sin que esto sea cuestionable, pero sin aptitud intrínseca para la demostración de un hecho controvertido, por medio de argumentos que no pueden sacar de la nada el órgano jurisdiccional.

Pero al opinar lo anterior el autor pierde de vista que la experiencia del juzgador es vital, no sólo en el caso de la prueba por indicios, sino en la

⁴⁷ STEIN, Friedrich, *El conocimiento privado del juez*, Trad. de Andrés de la Oliva Santos, España, Ediciones Universidad de Navarra, S/F, p. 84.

⁴⁸ MARTÍNEZ PINEDA, Ángel, *Filosofía Jurídica de la Prueba*, México, Porrúa, 1995, p. 100.

valoración de todos los medios probatorios que las partes hayan ofrecido o que el mismo juzgador haya ordenado.

La experiencia, por sí, no tiene aptitud intrínseca para la demostración de los hechos controvertidos. Es necesario que el juzgador realice un proceso lógico para obtener de su experiencia los conocimientos necesarios y aplicarlos al caso en concreto.

A. PRESUNCIÓN HUMANA O JUDICIAL

CAPÍTULO III

Diferencias y semejanzas entre la prueba indiciaria y la presunción humana o judicial

Durante mucho tiempo, a los indicios se les ha confundido con las presunciones humanas o también llamadas legales, porque son el juicio inductivo que realiza el juzgador para el efecto de valorar el alcance probatorio de los medios aportados al proceso y que le llevan a tener o no, certeza sobre los hechos controvertidos.

El autor alemán Mittermaier,⁴⁹ al referirse a la prueba por indicios, también denominada artificial, dice que:

La prueba artificial se establece por medio de las consecuencias que sucesivamente se deducen de los hechos; los indicios o las presunciones son los medios de hacerla funcionar. Un indicio es un hecho que está en relación tan íntima con otro hecho, que un Juez llega del uno al otro por medio de una conclusión muy natural.

y en un pie de página⁵⁰ el mismo autor agrega, refiriéndose a los indicios y a las presunciones, que:

Estas expresiones son sinónimas en el fondo: los prácticos y el legislador las emplean indiferentemente.

De las anteriores transcripciones, resulta claro cómo los teóricos del siglo pasado confundían a la prueba indiciaria; entre ellos se encuentran los autores antes citados y también Bonnier, Gianturco, Lessona, Leone, Guasp, De Pina,⁵¹ Planiol y Ripert, Rocha, Lino Enrique Palacio, Martínez Silva y Cardoso,⁵² con las presunciones legales o humanas.

⁴⁹ MITTERMAIER, C. J. A., *op. cit.*, p. 366.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 366. Nota de pie de página (2).

⁵¹ DE PINA, Rafael, *Tratado de las pruebas civiles*, 3a. ed., México, Porrúa, 1981, p. 234.

⁵² DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *op. cit.*, p. 607.

Y así, Martínez Silva,⁵³ al tratar el tema de las presunciones, propone la definición dada por Escriche,

Es la conjetura o indicio que sacamos, ya de modo que, generalmente, tienen los hombres de conducirse, ya de las leyes ordinarias de la naturaleza; o bien, la consecuencia que saca la ley o el magistrado de un hecho conocido para averiguar la verdad de un hecho desconocido o incierto.

Lessona⁵⁴ por su parte, opina que:

Las palabras presunción, indicio, conjetura, signo, sospecha, adminículo, se deben considerar como equivalentes...

Los autores comentados confundieron la prueba indiciaria con las presunciones judiciales o humanas, porque perdieron de vista los dos momentos de la prueba indiciaria, el relativo a su propia existencia como medio probatorio y la valoración de su fuerza probatoria por el juzgador al momento de dictar su sentencia.

En el primer momento de la prueba por indicios, como prueba indirecta que es, para ser un medio probatorio necesita de un proceso lógico de inducción a fin de obtener a través del hecho indiciario comprobado un hecho diferente a éste, ya que el indicio, como hecho material que es, nada prueba si no se le vincula a una regla de experiencia, ya sea científica o técnica, para obtener de ese examen lógico-crítico un argumento probatorio.

El segundo momento de la prueba indiciaria, —y una vez que por medio de ésta se ha obtenido un hecho nuevo y diferente al hecho indiciario—, es el de la valoración de su fuerza probatoria que se realiza por medio de otra operación lógica de inducción o de deducción y demás métodos de investigación por parte del juzgador, quien aprecia y valora la prueba por indicios para lograr o no su certeza respecto a la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos en el proceso al momento de dictar su sentencia.

Con base en lo anterior, la presunción legal o judicial será aquel razonamiento jurídico de carácter inductivo o deductivo, sistemático, etc., llevado a cabo por el juzgador con base en sus principios de experiencia y a sus conocimientos científicos o técnicos respecto de los hechos conocidos, aportados por las partes al proceso, para formar su convencimiento fundado en relación con la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos en el proceso.

⁵³ MARTÍNEZ SILVA, Carlos, *Tratado de Pruebas Judiciales*, España, Ediciones Ariel, 1968, p. 191.

⁵⁴ LESSONA, Carlos, *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*, España, Reus, 1957, vol. I, p. 47.

Este proceso de valoración de toda prueba, incluyendo a la indiciaria, se llevará al cabo por el juzgador al momento de valorar los medios probatorios ofrecidos por las partes al proceso, o aportados por el juzgador oficiosamente. Lo anterior en caso de tratarse de un sistema inquisitivo o de una etapa socializante en el derecho procesal al momento de dictar sentencia.

La prueba indiciaria y la presunción se asemejan en que en ambas se lleva a cabo un proceso lógico y crítico realizado por el juzgador, mediante principios de causalidad e identidad, así como de experiencia ya sea científica o técnica. Pero en el caso de la presunción, el juzgador aplica la regla de experiencia al indicio y al resto de las pruebas aportadas por las partes al proceso para determinar su valor probatorio y para deducir el hecho conocido, pero no probado. Por lo anterior es que tanto una como la otra no pueden identificarse, ya que la presunción que realiza el juzgador es la base del argumento de prueba que el juzgador encuentra en el indicio, mediante el proceso lógico crítico **que valora el alcance probatorio de éste**. El indicio es la prueba mientras que la presunción judicial es la consecuencia de la regla de la experiencia o técnica que permite valorarla, y que por ello no es prueba, ni objeto de prueba, sino que es argumentación de la prueba.

Otra diferencia entre el indicio y la presunción es que mientras el primero puede ser anterior, coetáneo o posterior al hecho desconocido que se investiga, la presunción surge necesariamente después de que el hecho investigado ha ocurrido y de que se haya producido la prueba con la cual se pretende verificarlo, y se aplica a tal prueba la regla general de experiencia o técnica que los expertos suministran para apreciar su mérito o eficacia.⁵⁵

Además de lo anterior, está el hecho de que en el caso del indicio, se requiere, para que conforme una prueba indiciaria, que se parta, para realizar el examen lógico-crítico de inducción o deducción o de ambos y demás métodos de investigación, de hechos indiciarios comprobados, mientras que en el caso de la presunción el proceso lógico inductivo-deductivo y demás métodos propios de la investigación, lo realiza el juzgador para determinar el alcance probatorio de todas las pruebas aportadas al proceso, aun de las que resulten imperfectas, incluyendo en éstas a la indiciaria.

De ahí que se tome en cuenta que una presunción humana es una regla de experiencia, como la de que todos los seres humanos son ordinariamente inocentes, y que aislada nada prueba, pues constituye simple y sencillamente una regla de experiencia, pero que unida a un indicio, como la comprobación de la fuga del inculpado, ya que, una regla de experiencia indica que

⁵⁵ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *op. cit.*, p. 613.

cuando un procesado se fuga tiene la conciencia de ser culpable del delito, de la que resulta que si esa presunción humana se aplica al hecho indiciario, consistente en el hecho comprobado de la fuga del indiciado, se podrá concluir el argumento probatorio que de él se desprende, esto es, si está comprobada la fuga del indiciado hay un indicio de su responsabilidad, pero este hecho conocido no comprobado o argumento probatorio no se confunde con la presunción judicial o del hombre.

Tampoco hay que olvidar que la presunción judicial o humana, entendida en su estricto contexto jurídico, se utiliza para determinar el argumento probatorio, la eficacia y la fuerza de convicción de todos los medios de prueba que el juzgador debe apreciar, y como dije antes, el alcance probatorio de las pruebas aportadas al proceso, incluyéndose en éstas, a la prueba por indicios.

En relación con la distinción entre indicios y presunciones *hominis* o *facti*, Micheli⁵⁶ opina que:

...al respecto, se ha distinguido últimamente la prueba indiciaria de la prueba de presunciones, en cuanto la primera se funda sobre un complejo de elementos de los cuales el juez, a base de una regla de la experiencia libremente valorable, deduce la existencia de un determinado hecho, relevante para el proceso concreto, y la segunda, en cambio, se basa sobre una regla de experiencia a fin de vincular dos hechos, la existencia de uno de los cuales es deducida de la prueba del otro en cuanto vincula la presunción al resultado de la valoración de las pruebas, mientras que el indicio sería un elemento lógico singular, que representaría un fundamento de prueba en relación directa con el tema de prueba.

De lo anterior se puede concluir que el indicio es:⁵⁷

...el hecho conocido, del cual se obtiene, mediante una operación lógica crítica, un argumento probatorio que permite concluir de aquél, otro hecho conocido pero no probado.

En cambio, la presunción judicial o del hombre es:

... un principio lógico, basado en las máximas generales de la experiencia o en conocimientos especializados (que suministran los peritos), que le sirven al juez para determinar el valor probatorio del indicio o de otra prueba cualquiera.

O bien es el razonamiento jurídico (inductivo, deductivo, sistemático, etc.) que realiza el juzgador, a partir de los hechos conocidos, aportados por

⁵⁶ MICHELI, Gian Antonio, *La carga de la prueba*, Trad. Santiago Sentís Melendo, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 202, en nota de pie de página (85).

⁵⁷ *Idem*.

las partes u oficiosamente por éste, tomando como base sus principios de la experiencia y conocimientos científicos y técnicos para ir formando su convencimiento fundado respecto a la certeza de la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos en el proceso.⁵⁸

Entre los autores que defienden la tesis de la separación del indicio y las presunciones se tiene, entre otros, a Framarino Dei Malatesta, Gorphe, Federico Eisner, Santiago Sentís Melendo.⁵⁹

Gorphe,⁶⁰ al hablar sobre el concurso de indicios, dice que:

En la aproximación de los indicios ha de cuidarse de no contar como signos diferentes los hechos parecidos que arrojen las mismas presunciones. Así varias impresiones digitales recogidas en cierto número de objetos se refuerzan entre sí sin duda, como hemos observado; pero si son semejantes, se limitan a repetir la misma presunción de presencia, sin que su número deje de avanzar más.

B. SOSPECHAS

En este apartado analizo la vinculación del indicio con la simple sospecha, por ello, partiendo lo que se dice en el Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia,⁶¹ de la última mencionada, se entiende por sospecha:

El recelo que se forma sobre la verdad o falsedad de alguna cosa o hecho.

En la obra histórica de Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio,⁶² respecto a la sospecha se dice que:

Criminal pleyto que sea movido contra alguno en manera de acusación ó de riepto debe ser probado abiertamente por testigos, o por cartas o por conoscenza del acusado, et non por sospechas tan solamente; ca derecha cosa es que el pleyto que es movido contra la persona del home o contra su fama, que sea probado et averiguado por pruebas claras como la luz en que non venga ninguna dubda. Et por ende fablando los sabios antiguos en tal razon como esta dixieron que mas santa cosa era de quitar al home culpado contra quien non puede fallar el judgador prueba cierta et manfiesta, que dar juicio contra el que es sin culpa, maguer fallasen por señales alguna sospecha contra él. Pero cosas

⁵⁸ Nota tomada en la clase de Derecho Probatorio, 1999.

⁵⁹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *op. cit.*, p. 614.

⁶⁰ GORPHE, Francois, *op. cit.*, p. 349.

⁶¹ ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Colombia, Temis, 1977, t. IV. M-Z, p. 554.

⁶² REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA, *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio*, (cotejadas con varios códices antiguos), España, Madrid en la imprenta Real, 1807, t. II, Partida Segunda y Tercera, p. 509.

señaladas hi ha en que el pleyto criminal se prueba por sospechas maguer non se averigue por otras pruebas...

En ocasiones, un indicio no llega a ser tal porque se queda sólo a nivel o con carácter de sospecha.

Por ser el indicio una prueba de carácter fragmentario, esto es, que difícilmente uno de ellos hace prueba plena en relación con la existencia o inexistencia del hecho investigado, requiere del auxilio de otras pruebas en el mismo sentido.

A excepción de los indicios necesarios, los de naturaleza contingente, como dije, no hacen prueba plena, y por ello, para que esta prueba por indicios tenga fuerza probatoria, se requiere que haya una pluralidad de ellos, y que los mismos sean graves, precisos y concordantes. Al respecto Gorphe⁶³ dice:

La indiciaria es una prueba mediante una pluralidad más o menos grande de indicio; "está dirigida —dice RITTLER— hacia una multitud de cosas indiciarias."

Sin embargo, cuando se presenta sólo un indicio y no tiene el carácter de necesario, de éste:

...no suele resultar más que una indicación o, a lo sumo, una sospecha; pero de una serie convergente nace la prueba.⁶⁴

Al respecto Bentham,⁶⁵ manifiesta que:

Si la existencia del hecho principal, únicamente está apoyada en pruebas circunstanciales, me parece que se encontrarían pocos casos en Inglaterra donde una sola prueba de esa naturaleza haya parecido suficiente para considerar probado el hecho.

En el caso de reunirse varias pruebas circunstanciales, su conjunto podría permitir que el hecho principal se considerase como probado, aun cuando contemplada cada una de ellas separadamente no representen sino una probabilidad.

Por todo lo anterior es que cuando se presentan un solo indicio, o bien un conjunto de indicios contingentes aislados, estos aportaran solamente, como apunta Gorphe, una indicación o, a lo sumo, una sospecha, pero el mismo no formará una prueba indiciaria.

Es importante señalar que en el caso de presentarse un solo indicio o un conjunto de indicios contingentes asilados, como ocurre con el resto de los

⁶³ GORPHE, Francois, *op. cit.*, p. 348.

⁶⁴ *Idem.*

⁶⁵ BENTHAM, Jeremías, *op. cit.*, p. 294.

medios probatorios, se tratará de una prueba indiciaria imperfecta, y no una sospecha, ya que la sospecha⁶⁶ es aquel dato contingente del que no se desprende ninguna posibilidad o probabilidad de certidumbre sobre la existencia o no, del hecho conocido pero no probado. En el caso de una prueba indiciaria imperfecta existe una probabilidad de que exista el hecho investigado, pero en la sospecha no.

A. EL AZAR

CAPÍTULO IV

Prueba por concurso de indicios

Son varios los requisitos que se requieren para que los indicios tengan fuerza probatoria, esto es, que a través de ellos se declare la existencia o inexistencia del hecho desconocido.

Todo indicio tiene alguna significación probatoria, esto es, con base en la necesaria relación lógica que lo relaciona con el hecho desconocido. Sin embargo, ese valor probatorio varía respecto a cada uno y al conjunto de varios de ellos, a excepción de los llamados indicios necesarios que hacen prueba plena.

Es necesario, para que a través de los indicios se logre certidumbre sobre la existencia o inexistencia del hecho desconocido, que reúna, entre otros, el requisito de que se haya descartado la posibilidad de que la conexión entre el hecho indicador y el investigado sea aparente, por obra de la casualidad o el azar.

Si se toma en cuenta que la fuerza probatoria de los indicios depende de la mayor o menor firmeza de la conexión causal entre los hechos y el hecho desconocido que se investiga, es indispensable dejar descartada la posibilidad de que se trate de una falsa conexión creada por obra del azar, ya que en ese caso el juzgador no podría fundar sólo en ellos su certeza sobre la existencia o inexistencia de los hechos investigados, ya que no harían prueba plena.

El azar consiste en que, a pesar de la aparente conexión de causalidad entre el hecho probado y el investigado, en realidad tiene causas separadas e independientes entre sí.⁶⁷

Es en los indicios de naturaleza contingente, en los que la posibilidad de que intervenga el azar resulta más probable, por ello, y a fin de desvirtuar

⁶⁶ Nota tomada a partir de los comentarios y observaciones del Maestro, Flavio Galván Rivera, en la clase del 18 de noviembre de 1999, en la que se expuso el presente tema.

⁶⁷ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *op. cit.*, p. 642.

esta posible aparente conexión entre un hecho probado y el investigado, es necesario que existan otras pruebas que conduzcan a la misma o a las mismas conclusiones que resultan de esta clase de indicios, o bien que de la pluralidad de los indicios contingentes en el mismo sentido sea casi imposible que haya intervenido el azar, para dar esa aparente conexión lógica crítica entre ellos y los hechos conocidos, no probados.

Es precisamente la posibilidad de la intervención del azar en la aparente conexión lógica-crítica la que motivó que los Ordenamientos, que regulan a la prueba de indicios, como el Código de procedimientos civiles y penales de Colombia, el Código Civil Venezolano, los Códigos Civiles italianos, francés y español, sí contemplen la norma legal y principio que exigen la pluralidad de indicios cuando éstos sean contingentes, situación que no se aplica a los indicios necesarios por su propia naturaleza.

Dellepiane⁶⁸ señala tres causas que pueden dar origen a indicios concordantes e inferentes:

- a) La realidad del acto señalado por los indicios.
- b) La falsificación de la prueba, esto es, dice el autor citado, que de manera premeditada se produzcan y combinen un sistema de indicios, ya sea por el culpable o perjudicado con el argumento probatorio, para desvirtuar la justicia o por inocente; ya por un tercero interesado en perjudicar a otro.
- c) Por la reunión y combinación casual o producida por el azar, de circunstancias coincidentes que aparentan otros tantos indicios reveladores de un hecho no sucedido.

Son interesantes estas tres causas señaladas por el autor comentado, toda vez que el presente apartado se refiere precisamente a la importancia de que el juzgador al realizar el proceso lógico inductivo, desprenda el correcto argumento probatorio y no se deje llevar sólo por una aparente conexión entre el o los indicios y el hecho desconocido.

En algunas ocasiones, sobre todo en materia criminal, gracias a la presentación casual o al azar de los indicios, pareciera que el inculpado es efectivamente culpable del delito que se le imputa cuando no lo es, ya que el inculpado mismo, sin mala intención y sin quererlo, pudo haber dado margen a que se sospeche contra él, o bien que un tercero lo haya hecho así para alejar de sí toda sospecha.

Al respecto Gorphe,⁶⁹ en al tratar el tema relativo al concurso de los indicios, dice:

⁶⁸ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *op. cit.*, p. 643.

⁶⁹ GORPHE, Francois, *op. cit.*, p. 353.

Por desgracia, tras aparentes concordancias se ocultan a veces fortuitas coincidencias; nada más engañoso; hay que pensar siempre en esta posible fuente de error. Eso demuestra que en cualquier caso resulta peligroso atenerse a las apariencias y que nunca se ha profundizado bastante en el examen de la prueba.

Es en estos casos cuando el juzgador en el proceso de valoración de los indicios de cargo o inculpativos debe hacer una comparación con los indicios contrarios o de descargo, los cuales pueden ser de dos especies:⁷⁰

A. Los indicios de la inocencia, que Mattermaier denominó contra-presunciones, por confundirlos como comenté antes. Este tipo de indicios son de tal fuerza que impiden de manera absoluta, o difícilmente permiten, que al acusado se le atribuya el delito en cuestión.

B. Los llamados contra-indicios, que son aquellos hechos que, por vía de conclusión, hacen ver poderosamente debilitados los indicios de cargo, en cuanto de ellos resulta, a favor del inculcado, una explicación enteramente favorable de los hechos que parecían correlativos al delito que se le imputa, y que daban importancia a las sospechas.

La diferencia⁷¹ entre los indicios de inocencia o contrapresunciones y los contra indicios, estriba, principalmente, en que los primeros se dirigen a probar que no puede creerse al acusado capaz de haber cometido el delito; o también los hechos en que se funda la culpabilidad. Resulta improcedente toda vez que dicha persona no tiene la facultad (el acusado carece de fuerza física necesaria para consumir el delito); o no tiene la capacidad (para cometer el delito era necesaria cierta aptitud técnica que no posee el acusado) suficiente para cometerle.

O también que sus intereses personales le forzaban a obrar en sentido contrario (el acusado vivía a expensas de aquel que se encuentra asesinado); o que no tenía fuerzas suficientes para superar los obstáculos para cometer el delito (en el caso de un delito de violación); o en otras ocasiones, de hechos que se desprendan de hechos personales del acusado y que difícilmente se concilien con la idea de culpabilidad.

B. LA FALSIFICACIÓN DE LA PRUEBA

Otro de los requisitos para la eficacia probatoria de los indicios es el que se haya descartado en su realización la posibilidad de falsificación del hecho o hechos indiciarios por obra de terceros o de las partes.

La posibilidad de falsificar uno o varios indicios es más común que la intervención del azar o de la casualidad en su aparente realización; esta si-

⁷⁰ MITTERMAIER, C. J. A., *op. cit.*, p. 372.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 372-373.

tuación se da, sobre todo, en materia penal, ya que la gama de falsificaciones posibles es ilimitada, verbigracia:⁷² el traslado del cadáver de la víctima del delito a un lugar diferente; huellas de sangre estratégicamente colocadas; utilización de armas diferentes a las que se encontraron o su colocación en donde se incrimine a un inocente; alteración de las mojoneras o señales de lindero; plantación de árboles ya crecidos para simular una posesión anterior; falsificación de contratos, cartas, telegramas, etc. Estos tres últimos ejemplos, se dan con mucha frecuencia en materia civil.

Es más, esta posibilidad de falsificación de los hechos indiciarios, aun respecto de los llamados necesarios, como cuando se finge un embarazo o un parto, para poder suponer necesariamente, la concepción,⁷³ o bien las relaciones sexuales.

La autenticidad del hecho indiciario se puede inducir de las circunstancias que lo rodean, o bien de otros indicios o de otras pruebas.

La carga de probar un hecho indiciario corresponderá a quien lo alega en su favor o aquella parte que se perjudica con un falso indicio. Sin embargo, en este último caso, el juzgador, en caso de tener una sospecha razonable sobre su autenticidad, debe desecharlo, porque no le será posible basar en él su convencimiento o certeza sobre los hechos controvertidos.

En caso contrario, y de estar seguro el juzgador sobre la autenticidad del hecho indiciario, deberá considerarlo como cierto, sin esperar a que se produzcan pruebas en ese sentido.⁷⁴

Al contrario de lo que sucede con el azar, el mayor número de hechos indiciarios no disminuye la posibilidad de su falsificación y puede falsificarse desde el hecho indiciario hasta la conexión lógica-crítica entre éste y el hecho desconocido.

Es en este punto en que cobra importancia la prueba pericial, ya que abre la necesidad de aportarle al juzgador los conocimientos técnicos necesarios para la valoración de los indicios, y así evitar toda posibilidad de que intervenga el azar, o bien éstos sean falsificados. También es importante que en la valoración de los indicios se tomen en cuenta los llamados indicios de inocencia o contraindicios a los que ya he hecho referencia.

Respecto, a la falsificación de las cosas, Gorphe,⁷⁵ dice que:

Si las cosas no pueden ser falsas por sí mismas, cabe alterarlas o falsificarlas por la acción del hombre y con propósito engañador. Resulta preciso siempre exa-

⁷² DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *op. cit.*, p. 644.

⁷³ *Idem.*

⁷⁴ *Ibidem*, p. 645.

⁷⁵ GORPHE, Francois, *op. cit.*, p. 170.

minar si las condiciones en las cuales se presenta la cosa permita tal posibilidad y, en ese supuesto, verificarla; constituye el objeto de lo que MALATESTA denomina la valoración subjetiva de la prueba material. Este examen no es menos indispensable que el otro y lo completa. Incluso antes de examinar si la mancha de sangre de la chaqueta encontrada en el domicilio del sospechoso se relaciona con el delito imputado, y no con otra causa, interesa averiguar si no ha sido preparada por la malicia de un enemigo o por la precaución del verdadero culpable, para despistar a la justicia.

Bentham,⁷⁶ por su parte, habla de cuatro hipótesis en la falsificación de la prueba material:

A. Falsificación de prueba real como justificación propia: Es la hipótesis en que la cosa material del indicio ha sido puesta en el estado en que se encuentra por aquella persona que, habiendo cometido ese u otro delito, arregla las cosas de tal manera que las sospechas no recaigan sobre ella o le permitan disculparse.

B. Falsificación de la prueba real en precaución por parte de una persona inocente. Esta hipótesis se da cuando una persona que es inocente, temiendo ser acusada de sospechosa de un delito que no cometió, altera la apariencia de la cosa, trata de ocultarla o desnaturalizarla con la intención de destruir los indicios que habrían podido proporcionar si hubieren continuado en su estado natural.

C. Falsificación de pruebas reales por un tercero con intención calumniosa. Este caso se da cuando un tercero, ajeno al hecho principal, altera la cosa con la intención de culpar a un inocente de la comisión de un delito, por enemistad con la persona inocente o para encubrir su propio delito.

D. Falsificación de pruebas reales en broma o por juego. Esta hipótesis se da cuando un tercero, sin tratar de exponer a otra persona al peligro de una pena legal, ha querido someterlo a una alarma momentánea.

C. CONCURSO DE INDICIOS

Si se toma en cuenta que este tipo de prueba se basa en principios de causalidad e identidad, obedeciendo a formas ordinarias y corrientes, como suceden los hechos físicos o actúan los seres humanos (ya se trate de fenómenos materiales, morales y psíquicos), que no responde a procesos de naturaleza constante e ineludible, como sería en el caso de los indicios necesarios, como son las leyes de la naturaleza, se entiende que un solo indicio sólo significa un argumento de probabilidad, con mayor o menor valor probatorio, y que por los mismo no descarta la posibilidad del azar o de la casualidad.

De lo anterior se explica que en la doctrina y la mayoría de las legislaciones le nieguen al indicio contingente único.

⁷⁶ BENTHAM, Jeremías, *op. cit.*, pp. 302-303.

Por ello es que el legislador ha determinado que, en caso de tratarse de indicios de naturaleza contingente, estos deben presentarse en una pluralidad real, con una autonomía y separación real y no aparente, esto en virtud de que hay ocasiones en que varios indicios son en realidad un solo indicio; que son apenas sucesivos momentos o partes integrantes de una sola circunstancia o del mismo acontecimiento, como sería cuando se prueba que el inculcado odiaba a la víctima, porque en alguna ocasión lo había agredido, y en otra más lo había amenazado de muerte.⁷⁷

De ahí que la mayoría de las legislaciones, al regular la materia de las presunciones que se confunden con la prueba indiciaria, disponen que éstas deberán reunir los requisitos de ser indicios graves, concurrentes y concordantes.

Y se desprende de los requisitos señalados por las legislaciones en la materia, —ya hablen correctamente de indicios o se refieran en forma incorrecta a las presunciones—, al decir que éstos deberán reunir los requisitos de gravedad, concurrencia y concordancia, que, aunque no se diga, en las legislaciones no se le da valor probatorio pleno a un solo indicio contingente —a excepción de los necesarios—, siendo por ello necesario, para que éstos hagan prueba plena, el que se presente un concurso o pluralidad de ellos reuniendo los requisitos mencionados.

El requisito de gravedad significa que los indicios concurren armónicamente a indicar el mismo hecho y suministren presunciones que converjan a formar el convencimiento en el mismo sentido.⁷⁸

Para que se satisfaga el requisito de gravedad es necesario que concurren, cuando menos, dos indicios graves con otros leves, para que hagan prueba plena.

La concurrencia significa que los hechos indicadores deben concordar entre sí, que no se excluyan sino que se ensamblen en forma armoniosa, de tal forma manera que formen un conjunto coherente.⁷⁹

La convergencia se refiere a que toda vez que las inferencias que se desprenden de los hechos indiciarios o indicadores son obtenidos con la ayuda de la lógica, de principios de experiencia, y principios de causalidad y analogía, deben todas ellas conducir a la misma conclusión, ya que:

...no basta con que los varios indicios concurren a formar un todo armónico, sino es indispensable que de cada uno de ellos pueda obtenerse la misma inferencia sobre el hecho o la responsabilidad que se investigue.⁸⁰

⁷⁷ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *op. cit.*, p. 652.

⁷⁸ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *op. cit.*, p. 656.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 657.

⁸⁰ *Idem*.

Por todo ello, es que:

...la concurrencia o concordancia y la convergencia de los varios indicios, le da calidad probatoria a su pluralidad; es el requisito complementario obvio del anterior.⁸¹

Al respecto, Bentham⁸² dice que así como hay hechos circunstanciales que hacen más probable la existencia del hecho principal, hay otros que lo hacen menos probable. Al que aumenta la probabilidad lo llamó hecho *infirmativo* y al que la disminuye, hecho *corroborativo*.

Hay casos, dice el autor citado, en que existe una conexión necesaria entre el hecho principal y el hecho probatorio, y al probarse éste último se prueba el primero. Sin embargo, exceptuados esos casos, la generalidad es que todo testimonio tenga algún hecho infirmativo que lo haga menos probable.

Agrega Bentham que son varias las circunstancias que hacen más o menos probable el valor probatorio de las pruebas, entre esas circunstancias está el azar o la casualidad, y la falsificación de la prueba.

El autor citado,⁸³ que denominó a la prueba por indicios prueba circunstancial,⁸⁴ explica cómo en la Inglaterra de su tiempo, existían pocos casos, en los que se pudiera probar la existencia del hecho principal, apoyándose en una sola prueba circunstancial. Sin embargo, agrega, en caso de reunirse un conjunto de ellas, podría permitir probar la existencia del hecho principal, ya que, cada una de las pruebas circunstanciales contempladas en forma separada, no representa, según el autor, más que una probabilidad.

D. VALORACIÓN DE LOS INDICIOS

En relación con la valoración de la prueba por indicios, aun en los sistemas de tarifa legal, el juzgador la hace en forma libre, a fin de determinar si la pluralidad de los indicios contingentes cumplen con los requisitos de gravedad, concurrencia y concordancia, y determinar así cuál es el valor probatorio que debe atribuirles para determinar su certeza sobre la existencia o inexistencia de los hechos investigados.

De ahí que, para darles a los indicios contingentes el valor probatorio que les corresponde, sea indispensable una apreciación adecuada y completa. Para ello el juzgador deberá:⁸⁵

⁸¹ *Ibidem*, p. 659.

⁸² BENTHAM, Jeremías, *op. cit.*, pp. 294, 301-303.

⁸³ *Ibidem*, pp. 294, 301-303.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 292.

⁸⁵ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *op. cit.*, pp. 687-691.

A. Apreciar en su análisis y en forma individual, a los distintos indicios y contraindicios y para ello deberá:

a) Verificar que los hechos que se consideran fuente de indicio, están debidamente comprobados. Si no es así no necesita seguir analizándolos, porque sin este elemento no existen como tales. En caso de que estén comprobados, el juzgador deberá verificar que no exista ningún motivo de nulidad.

b) Una vez confirmado que el hecho indiciario está debidamente comprobado, deberá el juzgador examinar el nexo causal que une al hecho indiciario con el hecho desconocido.

c) Descartar la posibilidad de que los indicios hubieran sido falsificados, o fueran el resultado de la casualidad o el azar.

d) Una vez hecho lo anterior, el juzgador deberá apreciar la importancia de los argumentos probatorios adversos a la conclusión que de aquél pueden inducirse, esto es, apreciar los motivos “infirmantes” de los que habla Bentham, o los contraindicios a los que se refiere Mattermaier, que puedan desvirtuarlo o demeritar la inferencia lógica que suministran los indicios. De ahí deberá obtener una conclusión final respecto a la calidad o valor probatorio de cada indicio, respecto a su gravedad o levedad.

e) Deberá el juzgador examinar si no existen otros medios de prueba que puedan afirmar el resultado obtenido del análisis previo de cada uno de ellos.

B. Deberá el juzgador hacer una crítica global o de conjunto de los indicios y contra indicios. Lo anterior significa que a excepción de los indicios necesarios, para que los demás indicios hagan prueba plena deberán cumplir con los requisitos ya mencionados, de gravedad, concurrencia y concordancia, y que las inferencias o argumentos probatorios obtenidos de ellos converjan hacia una misma conclusión, de tal manera que, en conjunto, hagan prueba plena y, por merecer absoluta credibilidad, lleven al juzgador al absoluto convencimiento sobre el hecho o hechos investigados.

C. Conclusión final.—Una vez hecha la crítica individual y global de los indicios y contraindicios, el juzgador deberá, fundado en el principio de experiencia común, y en los conocimientos científicos y técnicos, aportados por los peritos, adoptar una conclusión final acerca de si ese conjunto de indicios y contraindicios son suficientes para llegar a la certeza que sustente su resolución final. En caso contrario, apenas merecerá el calificativo de prueba incompleta.

Respecto, al valor probatorio de la prueba indiciaria, y del carácter indiciario de todo elemento probatorio, Sentís Melendo opina que:

El indicio, si tiene un menor valor probatorio, ello se debe precisamente a su carácter indirecto; a que no recae directamente sobre el hecho objeto de la afirmación que queremos probar; a que la distancia entre el factum probandum y

el *factum probans* es mucho mayor que en las pruebas que no se consideran indiciarias. En realidad y por la mera existencia, al menos conceptual, del *factum probandum* y del *factum probans*, ya estamos señalando el carácter indirecto de todas las pruebas; pero se lo afirma totalmente cuando distinguimos entre verdad y certeza, y decimos que sólo podemos llegar a ésta y nunca a aquélla, porque la verdad está en las cosas y la certeza en nosotros; entonces estamos afirmando el carácter indiciario de todo elemento probatorio.⁸⁶

CAPÍTULO V

*Tesis jurisprudenciales emitidas por los Estados Unidos Mexicanos,
por conducto de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y Magistrados Federales, en materia de indicios, pero referidos
como presunciones*

Respecto al tema de este Capítulo, sólo transcribo unos cuantos pronunciamientos por parte del Poder Judicial Federal, de los que se desprende la indebida referencia a la “prueba” presuncional, cuando se hace mención a la prueba indiciaria, y la confusión que existe entre los partidarios de justicia al respecto, como se desprende de la primera tesis; de las tres últimas, si bien no se utilizan las figuras de la presunción y los indicios como sinónimas, no se refieren a estos últimos como integrantes de la prueba por indicios o indiciaria.

PATERNIDAD, PRUEBA PRESUNCIONAL SUFICIENTE PARA ACREDITARLA, CUANDO EXISTEN HECHOS BASTANTES QUE LLEVEN A SU DEMOSTRACION.—Para apreciar la prueba presuncional es necesario someterse a dos reglas esenciales: primera, **que se encuentren probados ciertos hechos, de los cuales se deriven las presunciones** y, segunda, **que exista un enlace natural, más o menos necesario, entre la verdad conocida y la que se busca**. Es decir, que **la prueba de presunciones, que está compuesta de indicios**, requiere, para que éstos lleguen a constituir prueba suficiente en relación a un hecho determinado, **que sean varios, que provengan de diversas fuentes y que concurran a probar el hecho ignorado**. Así, si en un caso, haciendo un análisis profundo de las pruebas aportadas por las partes, se tiene que el hecho sujeto a comprobación es la paternidad de un menor, para llegar a su demostración, es menester analizar los **hechos que se tienen como verdaderos**, como pueden ser: que el demandado conoció a la actora, que fueron novios, que la actora vivió durante año y medio, aproximadamente, en casa de los padres del demandado, que la actora durante su estancia en esa casa, tuvo un hijo; que los padres del demandado sostuvieron a la actora, y posteriormente también a su hijo, que costearon a la actora sus estudios y cubrieron los gastos médicos del alumbramiento; que,

⁸⁶ SENTÍS MELENDO, Santiago, *op. cit.*, p. 108.

tomando como fecha de la concepción el día en que afirma la madre del menor que fue violada, al día que consta en el acta de nacimiento como fecha en que dio a luz la representante del menor, transcurrieron nueve meses seis días. Asimismo, es necesario tomar en cuenta las constancias consistentes en la averiguación previa, ya que, si bien deben tenerse como **meros indicios de verdad**, pueden dar lugar a presunciones, ya que, conjuntamente con las demás pruebas aportadas al juicio, se corrobora la **certeza de los hechos**. En tales condiciones, una vez analizadas y valoradas todas y cada una de las pruebas desahogadas en el juicio, sobre todo la presuncional en su doble aspecto, las cuales tienen valor probatorio pleno, de no haber sido objetadas por las partes, **se llega a la conclusión de estimar que el demandado es el padre del menor cuyo reconocimiento se pretende**.

Amparo directo 1123/81. Marco Antonio Ruiz Arteaga (menor). 18 de febrero de 1982. 4 votos. Ponente: Raúl Lozano Ramírez.

Séptima Época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: 157-162 Cuarta Parte. Página: 118.

ACTUACIONES PROVENIENTES DE AVERIGUACION PREVIA, PRACTICADAS POR EL REPRESENTANTE SOCIAL. VALOR PROBATORIO EN JUICIOS CIVILES.—Las actuaciones practicadas por el representante social aportadas como prueba en juicio civil, no son actuaciones judiciales y, por lo tanto, carecen de valor probatorio pleno; **tales elementos probatorios por sí solos únicamente constituyen indicios que deben de ser valorados en relación con los demás elementos de convicción traídos a juicio**.

Amparo directo 6824/80. José Jiménez Taracena. 25 de septiembre de 1981. Mayoría de 4 votos. Ponente: Gloria León Orantes. Disidente: Raúl Lozano Ramírez. Secretario: Raúl Ponce Fariás.

Séptima Época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: 151-156 Cuarta Parte. Página: 10.

MAGISTRADOS, IMPEDIMENTOS DE LOS. ENEMISTAD MANIFIESTA.—Debe aceptarse que, para declarar la legalidad de un impedimento con apoyo en la fracción VI del artículo 66 de la Ley de Amparo, **es necesario que la enemistad manifiesta a que dicho precepto se refiere, se exprese mediante hechos o actitudes precisamente del funcionario, que demuestre objetivamente que existe la causa que motiva el impedimento**, sin que pueda admitirse que sea posible deducirlo de la actitud o de la actividad desarrollada por las partes en el juicio, sus abogados o representantes. En consecuencia, no se comparte el criterio contenido en la ejecutoria anterior pronunciada por esta Sala (impedimento 32/73), ya que en ella se acepta que, por la participación de un particular en la formulación de una acusación penal en contra de un Magistrado, este último está impedido para resolver los negocios en los que el postulante que intervino en la denuncia, figure como parte, representante o abogado de ella. Lo que no es posible admitir, pues se dejaría no a la actitud del funcionario que es la que debe calificarse, sino a la actividad que desarrollen las partes, sus representantes o abogados, la constitución del motivo para calificar la

legalidad de un impedimento. Así, si en el caso no queda evidenciada la existencia de hechos o actitudes de un Magistrado, que permita calificar que existe enemistad entre dicho funcionario y el representante de una de las partes, procede declarar ilegal el impedimento planteado.

Impedimento 62/78. Martín Antonio Ríos. 13 de febrero de 1980. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: L. Alfonso Abitia Arzapalo.

Séptima Época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: 133-138 Cuarta Parte. Página: 149.

CONCLUSIONES

Primera: El proceso lógico que debe realizar el juzgador, para obtener de un hecho conocido y comprobado la certeza sobre la existencia de un hecho conocido no probado, es no sólo de carácter inductivo, sino también deductivo, histórico y sistemático, etcétera.

Segunda: A diferencia de lo que se ha sostenido, no sólo por los doctri-
narios y legisladores, la conexión lógica que realiza el juzgador, entre un
hecho conocido comprobado, la lleva al cabo para obtener la certeza sobre
la existencia de un hecho conocido y no probado, y no como siempre se ha
sustentado, sobre la existencia de un hecho desconocido.

Tercera: El indicio es un medio probatorio, mientras que la presunción
humana es una argumentación probatoria de todos los medios de prueba
aportados por las partes o por el juzgador, inclusive de los indicios que se
desprendan de la *litis* planteada mediante la adminiculación de todas ellas.

Cuarta: En la actualidad, tanto en la doctrina como en la legislación
adjetiva del Estado de Morelos, ya se hace una distinción entre la prueba
indiciaria y las presunciones humanas, pero no así en la legislación procesal
civil y administrativa local y federal, considerando el manejo que de dichas
figuras se hace en las resoluciones emitidas por los Tribunales Colegiados.

BIBLIOGRAFÍA

- BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las Pruebas Judiciales*, Trad. del francés, Manuel
Ossorio Florit, (Colección “Clásicos del Derecho Procesal” por Santiago Sentís
Melendo), Argentina, Ediciones Jurídicas Europea-América, Vol. I, 1959.
- CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, Edición facsimilar por el Distrito Federal,
por conducto de su Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.
- CONTRERAS LÓPEZ, Raquel Sandra, *Teoría Integral de la Apariencia Jurídica. Su
efecto frente a diversas figuras jurídicas*, México, Porrúa, 2006.
- , *Derecho Civil para la Familia. Temas Selectos. La Filiación, la Maternidad Sus-
tituta y los Derechos de la Personalidad, en el Marco de la Teoría Integral de la
Apariencia Jurídica*, México, Porrúa, 2014.

- DEI MALATESTA, Nicola Framarino, *Lógica de las Pruebas en materia criminal*, Colombia, Temis, t. I. 1997.
- DE PINA, Rafael, *Tratado de las pruebas civiles*, 3a. ed., México, Porrúa, 1981.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, 5a. ed., Víctor P. de Zavalía-Editor, Argentina, T. II, 1981.
- EISNER, Isidoro, *La prueba en el proceso civil*, 2a. ed., Argentina, Abeledo-Perrot, 1992.
- ELLERO, Pietro, *De la certidumbre de los juicios criminales*, España, Reus.
- FLORIAN, Eugenio, *De las pruebas penales*, Colombia, Temis, 1990.
- GORPHE, Francois, *De la apreciación de las pruebas*, (Colección Ciencia del Derecho por H. Alsina, E.J. Couture y A. Velez Mariconde.), Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955.
- IRAGORRI DIEZ, Benjamín, *Curso de pruebas penales*, Colombia, Temis, 1983.
- LESSONA, Carlos, *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*, España, Reus, vol. I, 1957.
- MARTÍNEZ PINEDA, Ángel, *Filosofía Jurídica de la Prueba*, México, Porrúa, 1995.
- MARTÍNEZ SILVA, Carlos, *Tratado de Pruebas Judiciales*, España, Ediciones Ariel, 1968.
- MATEOS ALARCÓN, Manuel, *Las pruebas en materia civil, mercantil y federal*, "Actualizado y con Jurisprudencia", (Actualizado por Víctor Manuel Canales Pichardo), 5a. ed., México, Cárdenas Editor Distribuidor, 1998.
- MICHELÍ, Gian Antonio, *La carga de la prueba*, Trad. Santiago Sentís Melendo, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.
- MITTERMAIER, C. J. A., *Tratado de la Prueba en materia Criminal*, (Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, por D. Primitivo González del Alba, Presidente de la Sala de la Audiencia de Madrid), 6a. ed., España, Hijos de Reus, Editores, 1906.
- MORENO CORA, Silvestre, *Tratado de las Pruebas Judiciales*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, (Colección "Clásicos del Derecho Mexicano"), México, Edición Facsimilar. Lito Impresiones Macabsa, 1992.
- PAILLAS PEÑA, Enrique, *Estudios de Derecho Probatorio*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1991.
- SENTIS MELENDO, Santiago, *La Prueba: los grandes temas del Derecho Probatorio*, Argentina, Editorial EJE, 1979.
- SPINELLI, Michele, *Las pruebas civiles*, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973.
- STEIN, Friedrich, *El conocimiento privado del juez*, Trad. de Andrés de la Oliva Santos, España, Ediciones Universidad de Navarra, S/F.

Ordenamientos

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Morelos.
Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
Ley Federal de Procedimiento Administrativo.
Código Federal de Procedimientos Civiles.

Diccionarios

ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Colombia, Temis, Tomo IV. M-Z, 1977.

Otras fuentes bibliográficas

REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA, *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio*, (cotejadas con varios códigos antiguos), Partida Segunda y Tercera, España, Madrid en la imprenta Real, t. II, 1807.

IMPLEMENTACIÓN DE LAS OFICINAS DEL REGISTRO PÚBLICO EN EL DISTRITO FEDERAL

Carlos Correa Rojo



Las siguientes notas alusivas al Registro Público de la Propiedad las hacemos con el objeto de recordar brevemente el devenir de ésta Institución en nuestro País y en el Distrito Federal.

Iniciamos en el México Independiente y concluimos en la implementación de las oficinas del Registro Público en 1871.

En el México Independiente se continuó aplicando la legislación española. Ya que aun con la Independencia y la creación del Estado Mexicano, no fue posible que de inmediato se redactaran leyes que abarcaran todas las necesidades del pueblo; por lo mismo se tuvo que seguir utilizando las antiguas disposiciones en tanto no chocaran con las ideas de soberanía. Para lo que la Junta Nacional Instituyente creada en noviembre de 1822 por el emperador Agustín de Iturbide emite el 18 de diciembre de 1822 el **Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano**.

Estuvo compuesto por 8 Secciones y 100 artículos. Del cual citaremos la justificación que hacen de él la junta instituyente y sus dos primeros artículos que nos aclaran que la actividad notarial y registral continúa actuando dentro del marco legal de la administración independiente.

“Proyecto de Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano”

Porque la constitución española es un código peculiar de la nación de que nos hemos emancipado: porque aun respecto de ella ha sido el origen y fomento de horribles turbulencias y agitaciones políticas en que de presente se halla envuelta: porque la experiencia ha demostrado que sus disposiciones en general son inadaptables a nuestros intereses y costumbres y especialmente a nuestras circunstancias: y porque con tan sólidos fundamentos. El Emperador ha manifestado la urgentísima necesidad que tenemos de un reglamento propio para la administración, buen orden y seguridad interna y externa del estado, mientras que se forma y sanciona la constitución política que ha de ser la base fundamental de nuestra felicidad, y la suma de

nuestros derechos sociales: La Junta nacional instituyente acuerda sustituir a la expresada constitución española el reglamento que sigue:

SECCIÓN PRIMERA

Disposiciones Generales

CAPÍTULO ÚNICO

Artículo 1.—Desde la fecha en que se publique el presente reglamento, queda abolida la constitución española en toda la extensión del imperio.

Artículo 2.—Quedan, sin embargo, en su fuerza y su vigor las leyes, órdenes y decretos promulgados anteriormente en el territorio del imperio hasta el 24 de febrero de 1821, en cuanto no pugnen con el presente reglamento, y con las leyes, órdenes y decretos expedidos, o que se expidieren en consecuencia de nuestra independencia.

Y porque entre estas leyes dictadas por las cortes españolas hay muchas tan inadaptables como la constitución, que aquí sería embarazoso expresar, se nombrará una comisión de dentro ó fuera de la junta que las redacte y haciendo sobre ellas las observaciones que le ocurran, las presente a la misma Junta ó al futuro Congreso, para que se desechen las que tengan por inoportunas.

En 1829 en el Proyecto de Código Civil de Zacatecas se encuentra el capítulo denominado “Del Registro de Hipotecas”, si bien el Congreso no lo aprobó se inició el vínculo moderno que existe entre los Códigos Civiles actuales y las Leyes y Reglamentos del Registro Público de la Propiedad.

En 1832 se estableció un Registro General de Hipotecas, once años más tarde se derogó mediante Decreto de 24 de noviembre de 1843.

Dicho Decreto (que contiene 4 artículos) fue firmado por el presidente en turno Valentín Canalizo. En su artículo 1 como se señaló se derogó en todas sus partes el decreto de congreso del extinguido Estado de Zacatecas de 9 de Diciembre de 1832, que mandó establecer un registro general de hipotecas en la secretaria de aquel superior tribunal de justicia; el artículo segundo estableció que en consecuencia, todos los registros de hipotecas que hayan de hacerse en lo sucesivo en aquel Departamento, se verificarán en el modo y términos que se practicaba antes de la fecha del citado decreto y conforme a las leyes comunes y el artículo tercero se dijo que todas las escrituras que hayan dejado de registrarse al tenor del mismo decreto, podrán registrarse donde corresponda dentro de los términos que prescriben las leyes y autos acordados de la materia, contados aquellos desde el día de la publicación de este decreto.

En 1853 un hecho importante para conocer el desarrollo de lo que más tarde sería el Registro Público se da durante una de las administraciones de

Santa Anna ya que en ese año Antonio López de Santa Anna dictó una ley y arancel sobre el Oficio de Hipotecas haciéndolo vendible y enajenable. Dicho Decreto de 20 de octubre del citado año, dice que el oficio de hipotecas de esta capital se beneficiará para el erario público, rematándolo en almoneda a favor del mejor postor, que antes de sacarse a la almoneda deberá valuarse y el remate se efectuará conforme a las leyes y reglas establecidas para los oficios vendibles y renunciabiles y que los derechos del oficio de hipotecas se cobraban conforme al arancel que se publicó en el mismo documento.

Posteriormente el presidente Juárez expidió el 4 de febrero de 1861, el “Decreto del Gobierno sobre contribución predial y otras”.

Señala el registro y arancel de las hipotecas, éste decreto está conformado por seis secciones con 129 artículos. De las cuales en la Sección Segunda se establece el “Derechos sobre Hipotecas”.

El artículo 1 señala la contribución directa sobre predios rústicos continuará cobrándose en el Distrito, bajo las mismas reglas establecidas, uniformándose su cuota desde 1º de Enero de 1862 a razón de cuatro al millar.

Como señalamos la sección segunda regula de los artículos 36 al 68.

Aquí podríamos destacar que el artículo 47 ordena que el oficio de hipotecas quede bajo el mando y supervisión de la “Dirección de Contribuciones directas”

Esto nos dice que El estado tiene una mayor vigilancia sobre este oficio de hipotecas.

Por su parte los artículos 53, 54, 55 y 56 ordenan la forma de registrar las hipotecas

En el 53 ordena las fechas de apertura y cierre del libro de registro de las hipotecas, las firmas que le dan validez oficial las anotaciones que debe contener así como el sello.

En el 54 ordena que no debe llenar enmendaduras, la forma de salvar los datos, muy parecido a que no se lleva en el protocolo del notario.

En el 55 fija como debe llevarse el registro de cada hipoteca, como podemos ver de una forma bastante completa.

En el 56 ordena la creación de un índice para facilitar la consulta de los asientos.

Maximiliano de Habsburgo

Un personaje importante de la época es Fernando Maximiliano de Habsburgo.

Maximiliano de Habsburgo llega al puerto de Veracruz en mayo de 1864, terminando el denominado “segundo imperio” en mayo de 1867.

Durante su breve gobierno Maximiliano decidió que debían ocuparse grandes extensiones del territorio, para éste fin estableció por decreto “la junta de colonización” el 28 de marzo de 1865, que transcribimos en lo que creemos interesa al tema, ya que el artículo segundo establece que la Junta tiene por objeto estudiar y proponer los proyectos de ley y de reglamentos, en lo relativo a colonización, libre y a costa de los inmigrantes, o por cuenta del Tesoro Imperial, y en lo tocante al descubrimiento, **deslinde** y distribución de los terrenos baldíos.

Sus resoluciones dice el Decreto deberán dar solución a los **medios prácticos para llegar a conocer cierta y prontamente en cada Departamento, las propiedades de dominio público y los terrenos nacionales**, para recobrar los terrenos ocupados indebidamente por personas que no tienen sobre ellos derecho alguno y la manera en que pueda lograrse que los legítimos propietarios cedan en venta para los colonos la parte inculta de sus tierras, adoptando de preferencia el sistema Farnier.

En este Decreto de Colonización podemos apreciar que Maximiliano al fundar esta “Junta de colonización” con su Reglamento en los últimos días de marzo de 1865 se encuentra con la necesidad de registrar los terrenos y dueños de una gran superficie que componía a México, creemos que podríamos sostener la hipótesis que este proyecto es el inicio de la idea de contar con un registro de la propiedad en nuestro país, ya que hasta esa fecha sólo se refería al oficio de hipotecas.

Continuando con el breve gobierno de Maximiliano otra fecha importante es el 21 de diciembre de 1865 fecha en que Maximiliano emitió la “Ley Orgánica del Notariado y del Oficio de Escribano” que tuvo muy corta duración (2 años) donde se toca lo relativo al registro de hipotecas.

En su Artículo 22, establece que el oficio de hipotecas debe estar a cargo de alguno de los Notarios públicos que hubiere en el Distrito.

Continúa estableciendo que en donde las circunstancias lo requieran, habría un Notario exclusivamente dedicado a ese objeto.

Por su parte el artículo 23 establece que en los Distritos en que no hubiere Notario, el registro de hipotecas debe estar a cargo del Juez de primera instancia, o de instrucción.

Este artículo 23 tiene similitud al artículo 13 de la ley del 29 de septiembre de 1853 citado arriba.

En el artículo 60 de la Ley dice que la Notaria a cuyo cargo se encontrase el oficio de hipotecas debía estar en el local que para ello debe proporcionar, en la misma casa municipal, el Ayuntamiento del lugar respectivo.

Presidente Don Benito Juárez García

Una vez restablecida la República el Presidente Don Benito Juárez García emite la “Ley Orgánica de Notarios y Actuarios del Distrito Federal” el 29 de noviembre de 1867.

En su artículo 60 se establece que la oficina de hipotecas de México debe seguir situada en las casas municipales, y continuar despachándose en los mismos términos en que se venía llevando a cabo, hasta en tanto se expidiese una ley especial sobre arreglo de los oficios de hipotecas.

Aquí debemos recordar lo que establece el Decreto del Gobierno sobre Contribución Predial y Otras que expidió el presidente Juárez el 4 de febrero de 1861.

En dicho decreto en su artículo 47, establece que el oficio de hipotecas dependerá inmediatamente de la Dirección de Contribuciones Directas; y sigue diciendo que como depósitos dichos oficios de los actos que en ellos hayan de registrarse, estarán sujetos a la inspección de la autoridad judicial correspondiente.

Por su parte el artículo 49 del Decreto del Presidente Juárez, establece la forma en que los contratos deben otorgarse; se dice que deberán consignarse en un protocolo público, y contendrán la cláusula y de que serán nulos si dentro de los plazos fijados en el artículo 48 del decreto, el cual transcribiremos en el siguiente párrafo, no se presentan al registro las copias autorizadas de dichas escrituras.

48. De todos los actos sujetos al pago de derechos de hipotecas, ha de tomarse razón en el oficio respectivo al lugar en que se hallen las fincas; presentándose al efecto por los interesados, en el término de ocho días, copias autorizadas de los contratos, cuando éstos se hayan celebrado en el lugar en que existe la finca; y cuando lo hayan sido en otros, el plazo se prorrogará á razón de un día por cada cinco leguas de la distancia que mediare.

En virtud de que el Presidente Juárez aplica las Leyes expedidas por su Gobierno en la parte relativa a la Ley del Notariado, respecto al Oficio de Hipotecas (artículo 60) creemos que le es aplicable el Decreto de 4 de febrero de 1861.

El Código Civil de Veracruz de 1868 seguido del de el Estado de México de 1870 contiene el título “Del Registro Público”.

Durante la administración del Presidente Juárez se emite el “Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California” en el año de 1870 entrando en vigor en 1871 en éste Código incluye el establecimiento del Registro Público, la Comisión redactora de éste Código emitió el 15 de enero de 1870 la Exposición de los cuatro libros del Código Civil del Distri-

to Federal y Territorio de la Baja California” que dicha Comisión presento al Gobierno.

La citada Comisión se integró por los Señores Mariano Yañez; J.M. Lafragua; Isidro A. Montiel y Duarte; Rafael Dondé y J. Eguía Lis, secretario.

De la cual tomamos lo relativo al Registro Público:

...PARTE EXPOSITIVA. TÍTULO VEINTITRES. DEL REGISTRO PÚBLICO.

Este sistema, nuevo enteramente entre nosotros, ha sido adoptado por la comisión a fin de hacer más seguros los contratos y menos probable la ocultación de los gravámenes y demás condiciones de los bienes inmuebles. Probablemente requiere mayor desarrollo: pero la comisión ha creído, que bastaba establecer las bases principales, dejando á los reglamentos administrativos toda la parte mecánica, que debiendo sufrir todas las modificaciones que vaya dictando la experiencia, puede ser objeto de progresivas reformas, sin que tal vez sea necesario en mucho tiempo tocar el Código.

El capítulo 1º contiene las disposiciones generales, sobre las que solo observará la comisión: que las comprendidas en el artículo 3331, son exigidas por la prudencia con el objeto de cerrar la puerta a los abusos que pueden cometerse, tratándose de actos de que no hay antecedentes, y que por lo mismo requieren una comprobación especial.

Trata el capítulo 2º de los títulos sujetos a inscripción. La simple lectura de los artículos relativos prueba su conveniencia y solo merece alguna explicación el 3334 que se previene: que no sea necesaria la inscripción cuando el interés no llegue á quinientos pesos; porque ni es justo en al caso aumentar los gastos, ni en negocio de tan pequeña cuantía parece necesaria esa solemnidad, que sin embargo no por esto queda prohibida.

El capítulo 3º contiene las reglas generales del registro. La contenida en el artículo 3348, puede ofrecer algún inconveniente; porque la torpeza ó mala intención del registrador puede embarazar la inscripción; pero este es sin duda un mal mucho menor que el que resultaría de una inscripción ilegal, ya consista el defecto en el mismo título, ya con la falta de representación. En estos casos los perjuicios serían muy trascendentales; en el primero no habrá más que alguna dilación.

Comprende el capítulo 4º las reglas para que el registro se considere legalmente extinguido. Como todas ellas son de conocida justicia, positiva conveniencia y fácil aplicación, no parece necesario fundarlas de un modo especial...

La parte final de la parte expositiva dice:

...La comisión ha concluido su trabajo. Ni el proyecto ni las exposiciones son obras perfectas. No el primero, porque como otra vez se ha dicho, no es posible un código completo; lo cual debe considerarse como un mal de todo punto irremediable. No las segundas, porque habría sido necesario escribir un

comentario de todo el proyecto. Este, por lo mismo, debe considerarse como un ensayo de legislación civil, que los jurisconsultos venideros perfeccionarán, cuando la experiencia haya demostrado los muchos defectos que sin duda contiene. Las exposiciones no son más que indicaciones de algunos fundamentos en que la comisión se ha apoyado, para introducir principios nuevos o reformar los que hoy rigen. Pero en toda la obra ha procedido con el mas asiduo empeño, las mas completa buena fe y el deseo más sincero de contribuir al bien de sus conciudadanos...

El Código contiene el Título 8º del Libro III, del cual transcribimos el Capítulo IV, denominado del Registro de hipotecas, que abarca de los artículos 2016 al 2042.

En el **Título Vigésimo Tercero**, se regula el Registro Público, y su estructura es la siguiente:

Capítulo I. Disposiciones Generales, de los artículos 3324 al 3332; Capítulo II. De los títulos sujetos a registro, de los artículos 3333 al 3346; Capítulo III. Del modo de hacer el registro, de los artículos 3347 al 3355; y Capítulo IV. De la extinción de las inscripciones, de los artículos 3356 al 3363.

Posteriormente fue expedido el Reglamento por el Ministerio de Justicia de fecha 28 de Febrero de 1871.

Se dice que el C. Benito Juárez, Presidente constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, ha tenido a bien expedir el siguiente reglamento del título XXIII del Código Civil del Distrito y de la Baja California.

TÍTULO I

De las oficinas del registro público, de sus empleados y de los libros que en ellas deben llevarse

Artículo 1.—En cumplimiento de lo prevenido en el título XXIII del Código Civil, se establecerán tres oficinas denominadas: “Registro público de la propiedad”; la primera en esta capital, la segunda en la ciudad de Tlalpam y la tercera en la capital del territorio de la Baja California.

El Artículo segundo establece los sueldos de la plantilla de dicha oficina, integrada por un director con sueldo de \$3000; un oficial encargado de la sección 1ª de las numeradas en el artículo 3325 del Código civil; \$2000; un escribiente para dicha sección \$600; un oficial encargado de la sección 3ª de las numeradas en el artículo referido \$2000; un escribiente de dicha sección \$600; un oficial encargado de la sección 4ª \$2000.

Se estableció que el registro ubicado en la ciudad de Tlalpam, el director con sueldo de \$ 2000; Un oficial encargado de las cuatro secciones del registro \$1000 y un escribiente \$600.

En la capital del territorio de la Baja californiia. Será la planta la misma que para la ciudad de Tlalpam.

El artículo 3 señaló que los oficios de hipotecas que sean propiedad particular continuarán con el carácter que tienen pero serán considerados como segundas secciones del registro público respectivo y quedarán sujetos a las prescripciones del Código civil y a las de este reglamento.

El artículo 4, estableció que la oficina del registro depende directamente del Ministerio de Justicia.

El artículo 5, en 3 fracciones estableció los requisitos para ser director: ser abogado, con ocho años de práctica, ya en el ejercicio de la profesión, ya en la judicatura; No haber sido procesado por ningún delito del fuero común y ser de notoria probidad.

El siguiente artículo (6) señaló los requisitos del oficial del registro: I. Ser abogado o notario con cuatro años de práctica. II. No haber sido procesado por ningún delito del fuero común. III. Ser de notoria probidad.

El artículo 7 señaló las obligaciones del director en 8 fracciones. Entre otras vigilar por el exacto cumplimiento de las prescripciones del Código civil y las de este reglamento. Resolver las dudas que ocurran a los oficiales o a los interesados en los actos de registro. Encargarse personalmente del despacho de cualquier sección que quede vacante, entretanto se provea.

El artículo 8 en 6 fracciones estableció las obligaciones de los oficiales del registro, entre otras autorizar con su firma todas las inscripciones.

El Artículo 10, estableció 4 libros para efectuar las inscripciones: Libro número 1; Registro de la propiedad, oficina de (aquí la demarcación); Libro número 2; Registro de hipotecas; Libro número 3; Registro de arrendamientos; y Libro número 4; Registro de sentencias.

Los títulos sujetos a inscripción se regularon en los artículos del 12 al 22. Y lo relativo a la forma y efectos de la inscripción se reguló del artículo 23 al 67. Destacamos lo señalado en el 45:

Artículo 45.—Para dar a conocer con toda exactitud las fincas y los derechos que sean objetos de las inscripciones, ejecutarán los registradores lo dispuesto en el artículo 3349 del Código civil, con sujeción a las reglas siguientes:

I. La naturaleza de la finca se expresará manifestando si es rustica o urbana, y el nombre con las que de su clase sean conocidas en la demarcación del registro.

II. La situación de las fincas rusticas se determinará, expresando el término, partido, demarcación política o cualquier otro nombre con que sea conocido el lugar en que se hallaren, todos sus linderos por los cuatro puntos cardinales y cualquiera otra circunstancia que impida confundirlas con otra finca.

III. La situación de las fincas urbanas se determinará, expresando la población en que se hallen, el nombre de la calle o lugar, el número si lo tuvieran y si éste fuera de fecha reciente, el que haya tenido antes; el número de la manzana, el nombre del edificio si fuere conocido con alguno determinado, los linderos y cualquiera otra circunstancia que sirva para distinguir la finca inscrita de otra.

IV. La medida superficial se expresará en la forma que constare del título y con las mismas denominaciones que en él se emplee; pero si del título resultare dicha medida, se expresará en la inscripción esta circunstancia.

V. La naturaleza del derecho que se inscriba se expresará con el nombre que se le dé en el título y si no se le diere ninguno no se designará tampoco en la inscripción.

VI. El valor de la finca o derecho inscrito se expresará si constare en el título y en la misma forma que apareciere en él, bien en dinero bien en especie. También se expresará dicho valor, si se hubiere hecho constar para el pago del impuesto por medio de tasación o si tratándose de un usufructo o pensión, se hubiere capitalizado también para el pago de impuesto.

VII. Para dar a conocer la extensión, condiciones y cargas del derecho que deba inscribirse, se hará mención circunstanciada y literal de todo lo que, según el título, limite el mismo derecho y las facultades del adquiriente en provecho de otro ya sea persona cierta o ya indeterminada, así como los plazos en que venzan las obligaciones contraídas, si fueren de esta especie las inscritas.

VIII. Las cargas de la finca o derecho a que afecte la inscripción inmediata o medianamente, podrán resultar, bien de alguna inscripción anterior o bien solamente del título presentado. En el primer caso se indicará brevemente su naturaleza y número, citando el que tuviere cada una y el folio y el libro del registro en que se hallare; en el segundo caso se referirán literalmente, advirtiendo que carece de inscripción. Si aparecieren dichas cargas del título y del registro, pero con alguna diferencia entre ambos, se notarán las que sean.

IX. Los nombres que deban consignarse en la inscripción, se expresarán según resulte del título, sin que sea permitido al registrador, ni aun con acuerdo de las partes, añadir ni quitar ninguno. Al nombre se añadirán, si también resultaren del título, la edad, el estado, la profesión y el domicilio. Las sociedades o establecimientos públicos se designarán con el nombre con que fueren conocidos, expresándose al mismo tiempo su domicilio y además con el de la persona que en su representación pida la inscripción, si no fuere una sociedad conocida únicamente por su razón.

También deberá añadirse, si constare, el título en cuya virtud posea el que transfiera el derecho.

X. Toda inscripción de actos o contratos que hayan devengado derechos a favor de la hacienda pública, expresará además el importe de éstos y la fecha y número del recibo de su pago.

XI. En las inscripciones de arrendamiento se expresará su precio y la duración del contrato.

En los artículos del 68 al 71, se previó lo relativo a la rectificación de los actos del registro.

El último título, el V, se señaló lo relativo a la publicidad de los artículos 72 al 86.

INSTALACIÓN DE LA OFICINA DEL REGISTRO PÚBLICO

Un mes después de la emisión del Reglamento en Marzo de 1871 se emitió el Acuerdo en el que se ordena la instalación de la Oficina del Registro Público, en el Palacio de Justicia. (NOTA DEL AUTOR, quisimos respetar el formato en que se dieron estas comunicaciones por lo que así aparecen en el original)

El Acuerdo y los oficios que se generaron establecen:

OFICIO DEL 3 DE MARZO DE 1871, DIRIGIDO POR EL LIC. JOSÉ DÍAZ COVARRUBIAS, ENTONCES ENCARGADO DE LA SECRETARÍA DE JUSTICIA E INSTRUCCIÓN PÚBLICA AL C. VICENTE GUILLEN, ENTONCES PRESIDENTE DEL COLEGIO DE AGENTES DE NEGOCIOS.

Sección 1ª

Teniendo necesidad de un local en el Palacio de Justicia para establecer la oficina del Registro Público en esta capital y pareciendo propio para el objeto, el que esa Corporación tiene el citado edificio, el C. P. de la A. ha tenido a bien acordar, lo digo a V para que se sirva ponerlo a disposición del C Director de la expresada oficina, manifestándole que puede remitir a esta Sria. de Justicia de los gastos que haya que erogar en la reposición para decretar la indemnización correspondiente. Comuníquelo a V para su inteligencia y demás fines.

I y L Marzo 3/71

J D Covarrubias

A. Presidente del Colegio de Agentes

Pte.

OFICIO DEL 8 DE MARZO DE 1871, DIRIGIDO POR EL C. VICENTE GUILLEN, ENTONCES PRESIDENTE DEL COLEGIO DE AGENTES DE NEGOCIOS, AL OFICIAL MAYOR DEL MINISTERIO DE JUSTICIA E INSTRUCCIÓN PÚBLICA.

Impuesto de la Suprema orden del día tres del presente en la que se me previene entregue al C. Manuel Ruíz, Director del Registro público el local donde está establecido el Colegio de Agentes de Negocios, y que se remita la cuenta de los gastos erogados por esta corporación en su formación y compostura tengo el honor de manifestarle á V que quedará obsequiada dicha disposición acompañando desde luego la cuenta justificada relativa, suplicándole se sirva librar las órdenes respectivas a la Tesorería general á fin de que sea cubiertos su importe y al conserje del Palacio de Justicia para que ponga a mí disposición el local

conocido por el refectorio y una pieza que forma parte de una bodega y que servirá para esa Secretaría.

Protesto a V las protestan de mi aprecio y respeto.

Independencia y Libertad, Méjico Marzo de 1871.

Vicente Guillen.
(Rubrica)

C Oficial Mayor del Ministerio de Justicia e Instrucción Pública

OFICIO DEL 8 DE MARZO DE 1871, DIRIGIDO POR EL C. LIC. JOSÉ DÍAZ COVARRUBIAS, ENTONCES ENCARGADO DE LA SECRETARIA DE JUSTICIA E INSTRUCCIÓN PÚBLICA MINISTRO DE HACIENDA.

Sección 1ª

El C. P. de la R. ha tenido a bien disponer que con cargo a la partida de gastos extraordinarios de Justicia se pague por la Tesorería general al Colegio de Agentes de Negocios la cantidad de \$ 627. de 8 cents. importe de la cuenta adjunta, como indemnización por los gastos que erogó en el local que se le tenía concedido en el Palacio, y del cual ha tenido que disponer esta Sria. Para establecer e instalar en él la Oficina del Registro público. Y lo digo a V para los efectos correspondientes.

I y L M Marzo 8 de 1871

J D Covarrubias

Ministro de Hda. Presente.

Dispone el C P que ponga V a disposición del Colegio de Agentes de Negocios el local de ese edificio, conocido con el nombre del “refectorio” y la bodega adjunta. Comunícolo a V para su cumplimiento

Y y L M. Mzo 8 del 1871

J D Covarrubias

(Rúbrica)

Conserje del P. de Justicia Presente.

Con esta fecha me dirijo al C. Mtro de Hda. para que se sirva ordenar el pago de los \$ 628 de 8 cents que gasto esa Corporación en la compostura del local que se le había asignado en el Palacio de Justicia. Igualmente se ordena al Conserje de dicho Palacio que ponga a disposición de ese Colegio el local conocido

como por el “Refectorio” y parte de la bodega adjunta. Dígolo a V en contestación de su oficio relativo.

Rector del Colegio de Agentes

Presente

El expediente que se formó en relación al Acuerdo se encuentra depositado en el Archivo General de la Nación, bajo el rubro “Marzo 1871, Caja 74, expediente 66, del Ministerio de Justicia e Instrucción Pública. Sección de Justicia”.

Hasta aquí estos breves comentarios acerca de la instalación del Registro Público de la Propiedad, que desde luego ha sido materia de muchos avances y cambios, de tal manera que el día de hoy, estamos en el proceso telemático en la inscripción de documentos en el mencionado Registro.

EL LLAMADO DERECHO DE USO EXCLUSIVO DE LA LEY DE PROPIEDAD EN CONDOMINIO DE INMUEBLES PARA EL DISTRITO FEDERAL

Carlos de Pablo



El total de los derechos de cada dueño de un departamento abarca unidos en forma inescindible el derecho de propiedad y el de copropiedad.

MANUEL BORJA MARTÍNEZ

A la ley con que ahora se pretende, y en buena medida se logra, regular el complejo problema jurídico de resolver más económicamente, con más diligencia y más eficiencia, las necesidades de habitación y de ocupación de otros espacios inmobiliarios de los habitantes de la ciudad de México se le llama “Ley de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal”, repitiendo la denominación equívoca que se dio a sus antecesoras en la misma materia, las leyes de 1972 y 1998, que hace parecer que el régimen jurídico que regula es, como antiguamente pretendieron un grupo de autores comentaristas del Código Civil Español, entre ellos José María Manresa y Navarro,¹ meramente una simple copropiedad o condominio, cuando en realidad en el régimen hay más que una sola copropiedad, en él hay derechos de propiedad y de su modalidad de copropiedad indisolublemente unidos.

Para el régimen propiamente llamado de propiedad y condominio y a sus objetos la práctica, más que la norma y la doctrina, ha generado términos a los que se les da diferentes sentidos y por ello producen confusiones, así “condominio” es a la vez la institución o el régimen jurídico, la totalidad del predio o finca sujeto al propio régimen, y cada una de sus unidades privativas.

La ley vigente en materia de propiedad y condominio es una norma de naturaleza local del Distrito Federal por su origen y ámbito de aplicación y

¹ BORJA MARTÍNEZ, Manuel, *Naturaleza Jurídica del Condominio, Ciclo de mesas redondas sobre el régimen de propiedad en condominio*, México, INFONAVIT, 1978, p. 41.

de derecho civil, a la que en nuestro orden jerárquico de leyes se le da el carácter de ley ordinaria tanto cuanto para seguir la práctica mundial de tener una reglamentación más amplia y precisa que la sola del Código Civil, como para así tener una mayor jerarquía que la que se atribuyó a la primera ley de la materia, a la que se llamó, seguramente por usar términos que describían mejor los derechos que concedía y el régimen regulatorio producido por ellos “Ley Sobre el Régimen de Propiedad y, no en, condominio de los edificios divididos en pisos, departamentos, viviendas o locales” (D.O. 15 de diciembre de 1954).

La actualmente vigente Ley de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal incorpora, como corresponde, disposiciones de derecho civil, pero también de derecho procesal y administrativo, entró en vigor, al día siguiente de su publicación en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el 28 de enero de 2011 y, en su relativamente corta vigencia, de poco más de cuatro años, ha sido ya reformada en tres ocasiones por decretos publicados en la misma Gaceta el 3 de abril y el 14 de junio de 2012 y el 13 de enero de 2015.

Con falta de rigor técnico la aludida ahora vigente Ley de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal, en franca contradicción con los principios que la estructuran y con algunas de sus disposiciones expresas y del código civil, introduce sin aparente razón ni antecedentes jurídicos al que llama derecho de uso exclusivo en el régimen regulatorio de propiedad y condominio, quizá sólo con el motivo económico de dar a uno solo de los destinatarios de la misma norma, también conocido comúnmente como promotor, declarante o constituyente del régimen, la facilidad de reformar de hecho a su antojo sin el necesario concurso de los demás que en el régimen intervienen, con la atribución a uno o unos condóminos derechos que son de todos, desde luego en perjuicio de la equidad, certeza y seguridad que debiera brindar el propio régimen para ser realmente eficaz.

En su redacción original, posteriormente modificada por decreto de 3 de abril de 2012, la ley vigente estableció:

...Artículo 9.—Para constituir el régimen de propiedad en condominio el propietario o propietarios deberán manifestar su voluntad en escritura pública en la cual se hará constar... VI. La descripción de las áreas y bienes de uso común, y todos aquellos datos que permitan su fácil identificación y en su caso las descripciones de las áreas comunes sobre las cuales se puede asignar un uso exclusivo a alguno o algunos de los condóminos, y en este caso las reglas para dichas asignaciones;... la citada reforma de 3 de abril de 2012 deja la referida fracción VI como: ... VI. La descripción de las áreas y bienes de uso común y todos aquellos datos que permitan su identificación, y en su caso, las descrip-

ciones de las áreas comunes sobre las cuales se puede asignar un uso exclusivo a alguno o algunos de los condóminos, y en este caso se reglamentarán dichas asignaciones; ...

En evidente contradicción con lo anterior la misma ley establece:

... Capítulo II. De las áreas y bienes de uso comun. Artículo 23.—Son objeto de propiedad común:... Los bienes de propiedad común no podrán ser objeto de posesión y/o usufructo exclusivo de condóminos, poseedores o terceros y en ningún caso podrán enajenarse a un particular ni integrar o formar parte de otro régimen condominal, a excepción de los bienes muebles que se encuentren en desuso, previa aprobación de la Asamblea General.—... Artículo 25.—En los condominios verticales, horizontales y mixtos, ningún condómino independientemente de la ubicación de su unidad de propiedad privativa podrá tener más derecho que el resto de los condóminos en las áreas comunes...

Interesante para el tema que se trata en este trabajo porque facilitará llegar a un mayor conocimiento del tema y arribar a mejores conclusiones, hacer un recorrido histórico y un análisis, aún a grandes rasgos, de cómo fue que en la legislación de nuestro Distrito Federal se adoptaron principios o lineamientos generales y se construyó un sistema de propiedad y copropiedad con el que se ha resuelto el problema que representa la existencia de diversos propietarios en una sola finca para satisfacer la necesidad de vivienda y ocupación.

Podemos en esto hablar de tres etapas, tanto en el tiempo como por lo que caracteriza a cada una de ellas.

La primera, previa o de antecedentes, que corre desde que se inició el proceso de codificación en nuestra ciudad y que culminó con la promulgación del Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California conocido como “Código de 70”, en el que se incluyeron, ni con la misma actual ubicación que en el código vigente, ni como reglas de derechos de propiedad y su modalidad de copropiedad sobre un mismo bien, sino como servidumbres recíprocas a favor y a cargo de los propietarios, disposiciones para regular la propiedad de varias personas en una sola finca y hasta el año de 1954. En esta etapa se contienen las muy escasas disposiciones con las que a través de servidumbres se reguló el problema que desde luego no se desconoció.

La segunda, de reconocimiento de la importancia de cuestión y necesidad de reglamentación, establecimiento del sistema de regulación adecuado al derecho vigente y desarrollo y robustecimiento del régimen de propiedad y condominio. Esta etapa abarca en el tiempo desde la reforma de 1954 al código civil y hasta el advenimiento de la Ley del Régimen de

Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito y Territorios Federales de 1972 y en ellas se encierran la referida reforma y ley.

La tercera etapa, comprende desde la época en que, a veces con la intervención de opiniones más de naturaleza práctica y económica que jurídicas se ha adicionado, que no modificado, sustancialmente el sistema hasta el momento actual y que corre de la entrada en vigor de la referida Ley Sobre el Régimen de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de diciembre de 1972 que, como ya se ha apuntado, recibió el carácter de ley ordinaria y por tanto abandonó el de reglamentaria de las disposiciones correspondientes del código civil que tuvo la ya también citada Ley Sobre el Régimen de Propiedad y Condominio de los Edificios divididos en pisos, departamentos, viviendas o locales, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 15 de diciembre de 1954. Esta tercera etapa en el tiempo llega hasta nuestra época.

El problema de la regulación del derecho de propiedad de una sola finca por varias personas, según los tratadistas ha existido desde muy antiguo, y se dice que más que haberse originado en el Derecho Romano, en el que sólo pueden encontrarse algunos textos aislados de Paulo y Ulpiano y algunas disposiciones de la “Lex icilia de Aventino publicando”, que se refirió a dos, tres o más individuos que construían una casa con el acuerdo de adquirir cada uno un piso de la misma,^{2 3} probablemente se originó en las necesidades de los habitantes de las ciudades amuralladas de la edad media, para su defensa, donde sobaban los habitantes y faltaban los predios y, por tanto hubo que adosar diversas viviendas superponiendo unas a otras en una sola construcción en la que se permitió que los diversos dueños aprovecharan las distintas fracciones de la casa.

Entonces los derechos locales contemplaron estas situaciones en forma más a lo que pudiera parecerse a la creación de servidumbres, que al establecimiento de un régimen de indivisión, lo que al resurgimiento del problema aún cuando desde luego no con la intensidad que ahora tiene siguió sucediendo.

El transcurso del tiempo y la desaparición de las causas que originaran la superposición de viviendas hizo que en la edad contemporánea el incipiente condominio pareciera una institución casi olvidada, según los civilistas del siglo XIX un “legado de los tiempos antiguos”.⁴

² FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano, “La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho Español”, 2a ed., Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1973, p. 98.

³ BORJA MARTÍNEZ, Manuel, *Naturaleza Jurídica del Condominio...*, p. 32.

⁴ BORJA MARTÍNEZ, Manuel, *idem*, p. 33.

La existencia de casas que pertenecían a diversos dueños se tuvo en cuenta al promulgarse el Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, de 8 de diciembre de 1870, que entró en vigor al 1º de mayo de 1871 y con el que puede decirse que terminó el proceso codificador y se inicia **la primera etapa** de las propuestas. Ilustrativo este párrafo de la exposición de motivos del código: "...En el título de servidumbres... se establecieron las reglas convenientes para la servidumbre de medianería, que apenas es conocida en la legislación actual y que es, sin embargo, de mucha importancia en los predios urbanos. Entre nosotros es de grande utilidad porque en consecuencia de la nacionalización de los bienes eclesiásticos hoy pertenecen a distintos dueños muchas casas que antes eran de uno solo, lo cual da lugar a diferencias que la ley debe evitar estableciendo reglas que señalen a cada propietario sus derechos y obligaciones respectivas..."

El mencionado Código Civil, usualmente llamado "código de 70", según la práctica imperante en el siglo XIX y de acuerdo con el Código Napoleónico, reguló el problema, entonces de reducida, importancia con la inclusión del artículo 1120, en el capítulo V, del título sexto del libro segundo, a los que llamó "de la servidumbre legal de medianería", "de las servidumbres" y "de los bienes, la propiedad y sus diferentes modificaciones", respectivamente, artículo que contuvo, como los referidos títulos sugieren, un sistema de servidumbres medianeras.

El Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, ó Código Civil de 84, publicado el 31 de diciembre de 1884 y en vigor a partir del 1º de junio del año siguiente, en su artículo 1014, con la misma ubicación que el citado del Código de 70, no hizo sino repetir la misma disposición.

La reglamentación original del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, promulgado el 26 de mayo, el 14 de julio y el 13 y 31 de agosto de 1928 en el *Diario Oficial de la Federación*, en vigor a partir del 1º de octubre de 1932, conocido simplemente como Código de 28, en realidad no significó un cambio de estructura en cuanto a la regulación del problema de la tenencia de una sola finca por diferentes personas, ya que con el mismo sistema de servidumbres que sus antecesores pretendió resolverlo, sólo que la disposición la incluyó ya no en el capítulo de servidumbres sino con el número 951 que ubicó en el capítulo VI "De la copropiedad", del título cuarto "De la propiedad", del mismo libro segundo "De los bienes".

La segunda etapa, sin lugar a dudas la más fructífera y trascendente para el régimen, corre en el tiempo desde el año de 1954 hasta el año de 1972 y contiene las reformas al artículo 951 del Código Civil por decreto de 30 de noviembre de ese año y la promulgación de la Ley Sobre el Régimen

de Propiedad y Condominio de los Edificios divididos en pisos, departamentos, viviendas o locales, en ésta etapa y con las referidas reformas al código civil y ley en el *Diario Oficial* de 15 de diciembre de 1954 con las que se adoptaron los principios o lineamientos que rigen desde entonces y con muy probada eficiencia al régimen de propiedad y condominio.

En efecto, según la tesis doctrinal entonces en boga, conocida como “dual”, preconizada en Francia por Charles Julliot desde el año de 1927,⁵ ⁶ primero el código y después la ley, establecieron una serie de principios desde entonces y hasta ahora que forman la estructura de la institución del régimen de propiedad y condominio, de los cuales constituye la columna vertebral, el principal, el que establece que en el referido régimen coexisten indisolublemente unidos un derecho de propiedad sobre un bien o bienes físicamente individualizados de una finca y un derecho de copropiedad sobre otros bienes de la misma finca que permiten al titular o titulares de los derechos de propiedad el goce pleno de sus derechos. A éste principio bien le podemos llamar principio de la naturaleza y alcance de derechos.

El sistema, además de por el referido principio, se rige e informa de los que podemos llamar: de reglas de interpretación y aplicación de derechos; de exactitud y precisión, de valoración, proporcionalidad y equidad; de forma y publicidad; y de certeza. Seis pues son los principios que conforman al régimen.

El primer principio, el de naturaleza y alcance de derechos, establece como ya se apuntó arriba que en el régimen de propiedad y condominio, como correctamente se le debe denominar, coexisten a favor de una o varias personas un derecho de propiedad sobre unos bienes identificados de un referido inmueble, bienes a los que se llama unidad, departamento, piso o local, derecho unido de manera indisoluble con un derecho de copropiedad, modalidad del de propiedad, sobre distintos bienes del mismo inmueble que le corresponden a esa o esas personas titulares de los derechos de propiedad de manera proporcional y que les permiten hacer eficaces y disfrutar de sus derechos de propiedad.

Estos derechos de propiedad y su modalidad de copropiedad no son otros que aquéllos a los que se refiere y regula el Código para el Distrito y Territorios Federales de 1928 y el ahora vigente Código Civil para el Distri-

⁵ BORJA MARTÍNEZ, Manuel, *idem*, p. 42.

⁶ ARREDONDO GALVAN, Francisco Xavier, “El nuevo régimen jurídico del condominio”, *Revista de Derecho Notarial* no. 117, México, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, 2002, t. 1, p. 113.

to Federal, en sus artículos 830 y 938, lo que hace más fácil su interpretación y aplicación por su presencia en el derecho mexicano desde la codificación.⁷

Es cierto, al derecho de propiedad en el mismo código, en el artículo 951 y en las diversas leyes reglamentarias del régimen, se le califica de singular, y de exclusivo, lo que parece una verdad de perogrullo o bien que se trate de un derecho diferente al de propiedad, sin embargo lo que con ello se pretende es evidenciar que es un derecho de propiedad y consiguientemente tiene sus características de absoluto y de sólo de uno.

Para ser operante ésta unión de derechos el principio establece una vinculación o unión entre ambos, por lo que se refiere a su enajenación, ya que no puede enajenarse el uno sin el otro,⁸ se establece también que la acción de división concedida a todos los copropietarios, se les niega a los del régimen de propiedad y condominio, por lo que se refiere a los derechos que como tales les correspondan unidos, a los de propietarios⁹ y también deja de otorgarse a los copropietarios en éste sistema el derecho de preferencia que se confiere a cualquier otro copropietario.¹⁰

Un segundo principio que rige en materia de propiedad y condominio es el que puede llamarse de **interpretación y aplicación de derechos**, que establece que los derechos que se confieren a los titulares en el régimen no son otros ni diferentes que el derecho real de propiedad y su modalidad de copropiedad como se establecen en el código civil, que así se convierte en el precepto rector, a decir de Domínguez Martínez.¹¹

⁷ Código Civil de 28, art. 951 "...Cuando los diferentes pisos... de un edificio... pertenecieren a distintos propietarios, cada uno de estos tendrá un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre su piso... además un derecho de copropiedad sobre los elementos y partes comunes del edificio necesarios para su adecuado uso...", Ley de 1954, art. 11 "...cada propietario será dueño exclusivo de su piso... y condueño de los elementos y partes del edificio que se consideren como comunes por ser necesarios para la existencia, seguridad..."

⁸ Código Civil de 28, art. 951 "...El derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio sólo será enajenable, gravable o embargable por terceros, conjuntamente con el piso, departamento, vivienda o local de propiedad exclusiva respecto del cual se considera anexo o inseparable...", Ley de 1954, art. 16 "...Los derechos de cada condueño en los bienes comunes son inseparables de su propiedad individual cuyo uso y goce permiten o facilitan, por lo que sólo podrán enajenarse, gravarse o ser embargados por terceros conjuntamente con el derecho de propiedad sobre su piso..."

⁹ Código de 28, art. 951 "...La copropiedad sobre los elementos comunes de los edificios no es susceptible de división...", Ley de 1954, art. 15 "...Los bienes comunes no podrán ser objeto de acción divisoria..."

¹⁰ Ley de 1954, art. 20 "...cada propietario podrá enajenar, hipotecar o gravar en cualquier otra forma su piso, departamento, vivienda o local sin necesidad del consentimiento de los demás..."

¹¹ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge, *op. cit.*, p. 392.

Consecuentemente los referidos derechos de propiedad y copropiedad constituyen el derecho real por excelencia dentro del sistema de “números cláusus” mexicanos, teoría que en forma casi dogmática se sigue en nuestro país¹² y cuya consideración excede los límites de este trabajo, como un derecho absoluto sobre la cosa propia y que permite a su titular, de manera perpetua y exclusiva, el aprovechamiento total o parcial en sentido jurídico de la propia cosa, y así la posibilidad o derecho de usar, gozar y disponer de ella (*ius utendi, fruendi et abutendi*),¹³ por lo que se refiere, tanto a los bienes de propiedad exclusiva como en los bienes comunes, en este último caso, con la limitación de sólo poder ser usados según su naturaleza y de modo de no perjudicar el ejercicio de los demás copropietarios.

El tercer principio, llamado de exactitud y precisión, establece que en el negocio constitutivo del régimen o la declaración de los titulares del predio para hacer surgir el régimen, deben precisarse con toda exactitud y precisión los derechos de cada quien, quiénes habrán de ser propietarios de un área exclusiva y copropietarios de los demás bienes y sobre lo propio y sobre lo común y las limitaciones a esos derechos y también que debe haber una descripción exacta y precisa de cuáles son los bienes susceptibles de propiedad y cuáles son los que podrán ser objeto de la copropiedad, en el entendido que todo lo que no se establezca como privativo se considerará necesariamente como común. Establece también este principio que el régimen no debiera poder ser modificado sino con el consentimiento absoluto de todos los que en él intervienen, ya que ningún argumento mayoritario puede lograr que a alguien se le prive de su derecho de propiedad.¹⁴

Un cuarto principio, al que puede llamarse de valoración, proporcionalidad y equidad, obliga a que en el negocio constitutivo se realice una valoración del total de los bienes que forman parte del régimen y de cada uno de los bienes que constituyen las unidades privativas, con lo que simplemente así se establece qué proporción del valor total de la finca le corresponde a cada titular de una unidad y consecuentemente sobre los bienes

¹² DE LA MATA PIZAÑA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto, *Bienes y Derechos Reales*, 2a. ed., México, Porrúa, 2005, p. 38.

¹³ Ley de 1954, art. 19 “...El propietario de un piso, departamento, vivienda o local puede usar, gozar y disponer de él...” art. 18 “...Cada propietario podrá servirse de los bienes comunes y gozar de los servicios e instalaciones generales conforme a su naturaleza y destino ordinarios sin restringir o hacer más oneroso el derecho de los demás...”.

¹⁴ Ley de 1954, art. 2 “...Para constituir un régimen de este tipo, el propietario o propietarios deberán declarar en escritura pública, en la cual forzosamente se hará constar... G. La descripción de cada piso... e los bienes de propiedad común...”, art. 9 “...Solamente por acuerdo unánime de los propietarios se podrá modificar lo dispuesto en las escrituras...”.

comunes, lo que hace fácil con absoluta equidad distribuir, según esa proporcionalidad, las ventajas, beneficios y cargas de cada quien.¹⁵

Esos valores desde luego tendrán la naturaleza de nominales puesto que no habrán de cambiar mientras la totalidad de los titulares de los derechos no consientan en ello aun cuando las circunstancias del mercado los aumenten o demeriten.

La determinación de los valores no necesariamente deberá hacerse aritméticamente dividiendo el número total de metros del inmueble entre el número de metros que corresponden a cada unidad y así obtener un factor que aplicar para determinar la proporcionalidad, esto desde luego en atención a que, aun cuando diversas unidades tengan el mismo número de metros, por su ubicación al frente o al fondo del inmueble, en los primeros o en los últimos pisos, necesariamente tendrán diferentes valores.

Como el principio establece la necesidad de equidad, si al promotor o declarante del régimen se le ocurre que puede obtener ventajas que no le corresponden fijando a las fincas que habrá de conservar para sí, sin enajenarlas, un valor no real, verdadero y equitativo, menor al que le corresponde, con lo que su participación en los gastos será menor, en perjuicio de los demás condóminos, si por cualquier causa llegare a expropiarse el edificio o destruirse también habrá de recibir una proporción menor a la que realmente le correspondería y además el número de votos que en la asamblea pudieran atribuírsele será menor al que en justicia tendría.

El quinto principio, al que llamaremos de forma y publicidad, establece como origen del que enunciamos como sexto principio, el de certeza, que la declaración del régimen deberá hacerse en escritura pública acorde con el principio de equidad y precisión y el de valoración ya enunciados y que la declaración y modificaciones para su oponibilidad a los terceros deberá inscribirse.¹⁶

¹⁵ Ley de 1954, art. 2 "...Para constituir un régimen de este tipo, el propietario o propietarios deberán declarar su voluntad en una escritura pública, en la cual forzosamente se hará constar... c) el valor total del inmueble, el valor de cada piso, departamento, vivienda o local y consecuentemente el porcentaje que corresponda a cada propiedad...", art. 12. "...el derecho de cada propietario sobre los bienes comunes será proporcional al valor de su parte privativa fijada en la escritura constitutiva del régimen de propiedad...", art. 28 "...Para las obras en los bienes comunes e instalaciones generales se observarán las siguientes reglas... II la reparación... será por cuenta de todos los propietarios en la proporción que cada uno represente sobre el valor total del mismo...", art. 32 "...Cada propietario gozará de un número de votos igual al porcentaje que el valor de su piso... represente en el total del edificio...", art. 38 "...Cada propietario debe contribuir en proporcional valor de su piso... a los gastos de la administración, conservación y operación de los bienes y los servicios comunes..."

¹⁶ Código art. 951 "...Los derechos y obligaciones de los copropietarios... se registrarán por las escrituras en que se hubiere establecido el régimen de propiedad...", Ley de 1954, art. 2

Por último y resumiendo o siendo consecuencia de todos los anteriores el **principio de certeza** obliga a que el otorgamiento del régimen sea hecho de tal modo que permita a todos los que en él intervengan, tanto al constituirse el régimen como cuando respectivamente adquieran, saber a qué atenerse respecto del propio régimen, cuáles son sus derechos y limitaciones, que les pertenece en propiedad y de qué son copropietarios y cuáles son sus obligaciones. Naturalmente que como consecuencia de éste principio el régimen no debería poder ser modificado sin el consentimiento absoluto de todos los que en él intervienen y menos aún sólo por el promotor en cuanto al alcance de sus derechos de propiedad y copropiedad.

La **tercera etapa** de las planteadas corre en el tiempo, del 28 de diciembre de 1972, fecha de publicación y entrada en vigor al día siguiente, de la originalmente llamada Ley Sobre el Régimen de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito y Territorios Federales, ahora simplemente Ley sobre el régimen de propiedad en condominio de inmuebles para el Distrito Federal y se extiende hasta la fecha. Se caracteriza por el advenimiento de tres leyes, la ya referida del año de 72, la del mismo nombre de 98, publicada el 31 de diciembre de 1998 en el Diario Oficial de la Federación y en vigor al día siguiente y, la última, la vigente, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el 27 de enero de 2011 y en vigor también al día siguiente de su publicación.

En la misma etapa se publicaron en el correspondiente periódico oficial: el 4 de enero de 1973 para entrar en vigor al día siguiente, una reforma al artículo 951 del Código Civil; el 23 de diciembre de 1974, la apuntada reforma a la ley de 1972 para cambiar su denominación y para establecer en el artículo 1º la necesaria aplicación del Código Civil para regir supletoriamente los derechos y las obligaciones de los condóminos; el 10 de febrero de 2000, para entrar en vigor al día siguiente de su publicación, una reforma a la ley de 98; y el 25 de mayo de 2000 una nueva reforma al artículo 951 del Código Civil. Los días 3 de abril y 14 de junio de 2012 y 13 de enero de 2015 se publicaron las últimas tres reformas a la ley de 2011 en la referida Gaceta Oficial.

Se caracterizan las disposiciones legales de ésta última etapa por contener cada vez más unas disposiciones más precisas, por proteger a los destinatarios

“...para constituir un régimen de este tipo el propietario o propietarios deberán declarar su voluntad en una escritura pública...”, art. 5 “...El título constitutivo del régimen de propiedad del edificio deberá registrarse en el Registro Público de la Propiedad...”, art. 8 “...Para que se inscriba en el Registro Público de la Propiedad la escritura de compraventa de un piso... será necesario que la escritura constitutiva se inscriba previamente...”.

de la norma uno de otros, a los condóminos del promotor o declarante y a los condóminos de ellos mismos con más detalle y eficacia, por pretender sustraer de la competencia judicial a las controversias que se susciten en el ámbito del régimen y en incorporar el arbitraje para la solución de las referidas disputas y, de manera muy notoria, por dar intervención a órganos del poder ejecutivo en la constitución, desarrollo y aplicación del régimen.

Puede decirse que con la excepción del parche a la ley y al sistema jurídico del régimen de propiedad y condominio que constituye el llamado derecho de uso exclusivo incluido en la ley de 2011 si se pretende darle, como está haciéndose indebidamente en la práctica, la naturaleza y alcances de un derecho real, todas las disposiciones legales de esta tercera etapa han preservado y cumplido con los referidos principios o lineamientos del régimen de propiedad y condominio establecidos desde 1954 por el código civil y la ley respectiva.

A todo esto y para desarrollar el tema propuesto de este trabajo ¿qué naturaleza jurídica puede atribuirse y cómo puede interpretarse al llamado derecho de uso exclusivo de la Ley del Régimen de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal de 2011 para que sea operante.

Desde luego no puede admitirse que sea un derecho real, por razones doctrinarias por contravenir los principios que rigen a la institución de propiedad y condominio y a las normas del Código Civil de la propia ley.

Según la doctrina no puede haber más derechos reales que los que la propia ley establece ya que forman un sistema de números cerrados y la pretendida separación de los derechos que del de propiedad emanan para un propietario reservando a unos el derecho de uso y a otros el de usufructo y de disponer por ello no está en el catálogo y por tanto es inadmisibile.

Tampoco puede pretender asimilarse el referido llamado derecho de uso exclusivo al de propiedad ni a los demás derechos reales sobre la cosa ajena por razones de sus respectivas naturalezas de todos sabidas y que no requieren de más comentario.

La existencia de un derecho real de uso exclusivo esencialmente superveniente desde luego contradice los principios que rigen al régimen de propiedad y condominio porque no es un derecho real de propiedad ni su modalidad el de copropiedad, porque no es recogido ni interpretado por el código civil, porque hace que sea imposible un régimen exacto y preciso de derechos, porque impide la real valoración de los bienes objeto del régimen, porque impide la proporcionalidad en el reparto de beneficios y cargas y la hace inequitativa, porque provoca la carencia de forma precisa y la falta de publicidad registral del negocio constitutivo o para su oponibilidad y, por-

que con todo ello da al traste con la certeza que deben necesariamente tener los agentes del régimen, de sus derechos, del alcance de ellos y de sus bienes.

El referido llamado derecho de usufructo exclusivo impide que los agentes del régimen de propiedad y condominio sepan a qué atenerse sobre él.

Además de estar en contradicción con los principios que rigen al sistema, con una interpretación del referido mal llamado derecho de uso de suelo como real con ello se contradicen normas expresas del derecho civil. En algunas ocasiones el que enajena, al asignar el derecho de uso exclusivo es el propietario y podría hacerlo cuando menos por el tiempo que siga siendo el único propietario, pero en la mayoría de las veces, el que enajena no es titular del derecho o no de todo el derecho de propiedad, en estos casos por tanto se pretende que alguien transmita con eficacia lo que no es suyo, se transgrede el principio de que nadie dá lo que no tiene. También al asignarse el supuesto derecho se producirá que alguien tenga los beneficios y no las cargas y otro tenga las cargas y no los beneficios de los bienes comunes, con lo que se transgrede el derecho.

Por último, desde luego pretender aplicar el referido mal llamado derecho de uso exclusivo como real, contradice expresamente las normas de las leyes respectivas, entre otras la que establece que nadie puede tener más derechos de usufructo o uso sobre las partes comunes que los que le corresponden en función de su titularidad.¹⁷

Consecuentemente el referido derecho sólo puede ser considerado, para que sea operante, como un derecho personal derivado del pacto o convenio que hagan los condóminos o copropietarios de los bienes comunes respecto a la manera o forma del uso de ellos y, desde luego, sin que como consecuencia del propio convenio se varíen los valores y proporciones de los bienes de cada copropietario-condómino, sin que el derecho sea permanente y perpetuo y sin que sea oponible a todos como si estuviera incorporado o adherido a los bienes.

Desde luego no habrá más obligados, más tenedores del deber jurídico que el resto de los copropietarios.

Así, por ejemplo, el pacto de los copropietarios de que el salón de fiestas sea utilizado por uno solo de ellos con exclusión de todos los demás por un determinado tiempo, siempre que los demás tengan un derecho igual, o cuando se establezca entre los condóminos que la alberca o el roof garden se utilice por unos y no por todos en determinados momentos, siempre que los demás tengan derechos a momentos iguales, será perfectamente operante.

¹⁷ Ley de 2011, artículo 23.

El contenido de la reforma a la ley de 2011,¹⁸ en lo relativo a la obligación de regular en el negocio constitutivo al llamado derecho de uso exclusivo, evidencia la necesidad de que la norma incluya una reglamentación de esa suficiente y eficaz institución con la que se evite, lo que hasta ahora se está logrando, tener un desequilibrio entre los condóminos y las consecuentes dificultades entre ellos.

Mientras la norma no sea aclarada, es la labor de los juristas reglamentar con absoluta precisión, eficacia y sin confundir su naturaleza el mal llamado derecho de uso al celebrarse el negocio constitutivo, sólo así el régimen de propiedad y condominio seguirá operando con la eficacia que hasta ahora en beneficio de los habitantes de nuestra ciudad.

¹⁸ Reforma de 3 de abril de 2012 a la Ley de 2011.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS RESPONSABLES DE LOS MENORES DE EDAD

Antonio Fernández Fernández



ANTECEDENTES

A lo largo de la historia, la responsabilidad civil ha sido regulada atendiendo a diversas circunstancias. En sus inicios, los jurisconsultos romanos sustentaron que el menor de edad tenía una falta de responsabilidad absoluta, la cual iba disminuyendo conforme fuera creciendo hasta llegar a la plena capacidad. En ese orden de ideas, tenemos que en el Derecho Romano no sólo se atendía a la minoría del autor del daño, sino también a la consideración exacta de su edad, pues llegados a la mayoría de edad debían responder por las consecuencias que derivasen de sus propios actos.

Este criterio fue cambiando durante el Imperio Romano, por lo que había ocasiones en que era difícil saber con exactitud qué edad correspondía a cada tipo de responsabilidad, pues algunos jurisconsultos externaban que los impúberes habían alcanzado cierta madurez para tener conciencia de sus actos. Otros más pensaban que no era necesario alcanzar la pubertad sino el grado de inteligencia que lograran desarrollar, sin embargo, no todos la obtenían al mismo tiempo o en una misma edad, lo que generó diversos problemas para resolver el grado de incapacidad que tenía el menor.

El derecho romano contenía cuestiones que hoy podríamos juzgar de inhumanas como aquella en la que el padre podría librarse del pago por la responsabilidad de los menores, abandonando al culpable (en este caso al menor) en manos de la víctima. De esta forma, nos comenta González Orviz, lo siguiente:

...Para hallar los orígenes remotos podemos remontarnos al derecho romano, que desde la época de la Ley de las XII Tablas, disponía en el derecho civil la posibilidad de ejercitar directamente la acción contra el padre o el amo si el delito había sido cometido por orden suya y asimismo cuando el hijo de familia o esclavo había obrado espontáneamente, la parte lesionada también podía per-

seguir al padre. En este caso el padre no estaba obligado personalmente —ex delicto— si no que debía solamente entregar al culpable y podía dispensarse de ello pagando a la víctima la pena correspondiente del delito, era la denominada acción noxal, el hijo conservaba la libertad y el derecho de ciudadanía solo pasaba bajo el *mancipium* del perjudicado demandante cuando había llegado mediante su trabajo a indemnizarle del daño causado por el delito podía exigir su liberación.¹

Como referencia, en Roma tenemos que Graciano comparaba el comportamiento de un niño con el de un loco. Señalaba que el menor de escasa edad no poseía la facultad de juzgar, y por ello sus actos no procedían de una reflexión del espíritu. Es decir, el niño era considerado impune, no sólo por las leyes humanas sino también por las leyes divinas, y esto era por su corta edad.

De esta forma podemos observar que desde Graciano se contaba con ciertas ideas para considerar la responsabilidad de un menor. Y es de sentido común observar que los menores de edad son totalmente incapaces de comprender la trascendencia de sus actos; no tienen por naturaleza la conciencia de culpa, pues esta se adquiere a través de la cultura, la cual cambia en cada país o en cada región, y que es la fuente de las normas jurídicas que regularan la responsabilidad de las personas.

CÓDIGO DE NAPOLEÓN

Como todos sabemos, el Código de Napoleón configuró una nueva visión del derecho civil; fue un paso más allá del Derecho Romano y del derecho de los Glosadores italianos hacia un derecho moderno, en el que se integraron en un mismo código las diversas áreas del derecho civil, y, en efecto, no podía faltar la responsabilidad civil y dentro de ella la responsabilidad de los padres y tutores, la cual se regula por primera vez de forma clara y precisa, haciendo referencia a situaciones de responsabilidad en concreto, como lo señala el artículo 1.384 del mencionado código, que establece que no sólo se responde por hecho propio, sino también por el daño ocasionado por las personas que se encuentran bajo su protección o por las cosas que se tengan en custodia.

Así, tenemos que además se establece que el padre y la madre serán responsables del daño causado por sus hijos menores que habiten con ellos,

¹ GONZÁLEZ ORVIZ, Ma. Eloina, *Responsabilidad por Culpa In Eligendo o In Vigilando*. Editorial Bosch, 1a. ed., Barcelona, 2007, p. 14.

por lo que podemos observar que la gran mayoría de las legislaciones modernas establecen para estos casos, que los padres son los responsables por los actos que realizan sus hijos. Estas legislaciones presuponen que en caso de que un menor genere un daño será por el mal cuidado que han tenido los padres o tutores del menor que ha causado el daño. De modo que ellos sean responsables.

En caso de que los padres no se encuentren, no existan, o por causas inexcusables estén impedidos para cuidar de sus hijos, el Estado establecerá que familiares más cercanos podrán hacerse cargo de los menores, surgiendo así la tutela. Pero en caso de no haber familiares será el propio Estado quien se haga cargo de la guarda y custodia de los menores. De forma tal que se evite que los menores queden en el desamparo.

El código de Napoleón, por tanto, también establece la responsabilidad de los amos y los comitentes, es decir, sobre el daño causado por sus domésticos y comisionados en las funciones en las que los hayan empleado. Asimismo, los maestros y los artesanos se harán responsables del daño causado por sus alumnos y aprendices durante el tiempo que estén bajo su vigilancia, estas disposiciones se conservan hasta nuestros días en el mismo sentido de quienes deben de ser responsables.

El avance de la ciencia ha contribuido notablemente a la evolución del conocimiento del ser humano. De esta forma se ha llegado a la conclusión de que todos los seres humanos tienen un grado de inteligencia y de conciencia la cual va avanzando conforme al crecimiento, hasta llegar a una plena madurez física y mental. Con base en ello es que el derecho se adecua para establecer sus reglas.

Bajo estas reglas, es que a cierta edad, puede permitirse que los menores de edad trabajen, contraigan matrimonio, administren sus bienes e incluso otorguen testamento. El Código Civil Federal establece a los 18 años se adquiere la mayoría de edad (en México) y a partir de ella los jóvenes adquieren la plena capacidad de ejercicio y son personalmente responsables de las consecuencias de sus actos. Así tenemos, lo que nos comenta Domínguez Martínez, al respecto:

La plena capacidad de ejercicio que permite al sujeto disponer libremente de su persona y de sus bienes, así como comparecer en juicio, en todo caso mediante la celebración y otorgamiento directos y personales de cuanto acto jurídico fuere necesario para ello, se alcanza cuando se es mayor de edad.²

² DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil, Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez*, 4a. ed., México, Porrúa, 1994, p. 186.

Por lo anterior tenemos que la responsabilidad de los menores de edad debe de ser regulada de una forma más amplia, puesto que, como están actualmente redactadas las leyes hay demasiados vacíos legales que impiden al juzgador poder distinguir entre la responsabilidad generada por un niño de cinco años y de un joven de diecisiete años. Y que así como el Código Civil para el Distrito Federal distingue entre los emancipados y los no emancipados en cuanto a ciertos actos que pueden realizar libremente, también lo debe de establecer en cuanto a la responsabilidad que tienen respecto de los actos que causen daño.

CONCEPTO DE MENOR DE EDAD

En primer lugar debemos saber con exactitud que entendemos por menor de edad y a quien se considera como tal. Al respecto tenemos que todas las personas que aún no cumplan con la mayoría de edad marcada por la ley, es decir (para el caso de México) 18 años, es considerado un menor de edad. Por lo tanto están sujetos a la patria potestad o tutela, asimismo tenemos que para el derecho penal los menores de edad son considerados inimputables, con lo cual podemos observar que las consecuencias para el derecho cambian radicalmente al llegar a la mayoría de edad, en ese momento se entra a una nueva dimensión jurídica, cuestión que muchas veces los jóvenes no comprenden y siguen actuando como si no fueran ellos los responsables de sus actos.

Por nuestra gran tradición paternalista, en México no educamos a nuestros hijos con la idea de que al cumplir dieciocho años adquieren derechos y obligaciones de forma totalmente personal, y, que, cualquier acto que realicen que genere responsabilidad civil serán ellos los que serán responsables y no sus padres o tutores, esta responsabilidad se aplica incluso en materia penal, por lo que tanto los padres como los profesores tenemos una gran labor de concientizar a los jóvenes de que ser mayor de edad es ser sujeto de obligaciones y derechos, por lo tanto hay que tratarlos como adultos y respetarlos también como adultos, esto nos producirá una sociedad más responsable y más madura.

Podemos estar de acuerdo, que en cierta forma la edad establecida por la ley para ser considerado mayor de edad, resulta arbitraria, puesto que hay países que la consideran a partir de cumplir veintiún años (como es el caso de los Estados Unidos). En la Ciudad de México se considera por el Código Civil para el Distrito Federal que a la edad de dieciocho años se adquiere la mayoría de edad, y que es a partir de ese momento que se tiene la plena

capacidad de ejercicio. Es decir, se es sujeto de derechos y obligaciones que se ejercen por sí mismo, habiendo, desde luego, excepciones, mismas que ya hemos comentado anteriormente.

SUJETOS RESPONSABLES

En el Estado moderno el cumplimiento de las normas jurídicas es de primer importancia. Parte de ello es cumplir con la responsabilidad civil, pues es a través de esta que el Estado va a resolver el problema de la reparación del daño patrimonial que ha sufrido la víctima. De esta forma, se establece un equilibrio económico entre las partes, sin que sea el propio Estado el encargado de cubrir ese daño que los propios particulares causaron. Por ello es importante que se realice una total cobertura a todo tipo de responsabilidad que se genere en todos los casos y en cada uno en concreto, en virtud de que nuestras leyes presentan deficiencias para tipificar todos los casos de responsabilidad civil, dejando lagunas jurídicas.

Desde el origen del derecho la cuestión patrimonial ha sido una de las cosas de mayor importancia para regular y proteger. Por ello las leyes tienen que determinar, en cada caso, la responsabilidad que genera el daño causado, protegiendo con ello el patrimonio del afectado. Además, los órganos de justicia del Estado deben de determinar al responsable de la reparación del daño y deben vigilar que se realice el cumplimiento de dicha resolución de reparación del daño.

Por lo anterior, el tema que nos ocupa es de gran importancia para la responsabilidad civil, ya que los menores de edad representan un gran porcentaje de la población. Al mismo tiempo, por su estado de minoridad, tienen ciertas limitantes en su entendimiento que hace más factible que realicen conductas que causen daños. Por esto es necesario que las leyes prevean quien será el responsable de la reparación del daño y que el Estado cuente con Jueces capacitados para dictaminar al respecto.

Por lo anterior tenemos que el Código Civil para el Distrito Federal en el artículo 1919, nos indica:

Los que ejerzan la patria potestad tienen obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos.

Ello nos lleva claramente a tener como responsables de los menores que realizan actos que causan daños y perjuicios a los que ejercen la patria potestad. Pero con la salvedad, de que siempre y cuando, estén bajo su poder, o lo que es lo mismo bajo su custodia. Es decir que viva el menor con el

padre, la madre o con ambos, ya que en muchas ocasiones, sobre todo en casos en que los padres se divorcian, los hijos están unos días con la madre y otros días con el padre, también en el caso, que los hijos son enviados fuera de casa para realizar sus estudios, en estos dos supuestos hay excluyentes de responsabilidad para los padres, y genera una responsabilidad para terceras personas.

En el caso del hijo que está en el colegio o en el internado, el responsable será el director de dicha institución, como lo establece el artículo 1920 del Código Civil para el Distrito Federal, que establece:

Cesa la responsabilidad a que se refiere el artículo anterior, cuando los menores ejecuten los actos que dan origen a ella, encontrándose bajo la vigilancia y autoridad de otras personas, como directores de colegios, de talleres, etc., pues entonces esas personas asumirán la responsabilidad de que se trata.

En virtud de que la regulación que tenemos en el Código Civil, es muy escasa, los Tribunales han generado algunas Tesis Jurisprudenciales para cubrir las lagunas que se tienen, como es el caso la siguiente tesis que busca aclarar que los padres son responsables, en el ejercicio de la patria potestad, de los actos de los menores de edad que ocasionan daños, en virtud de la obligación que tienen de instruirlos y educarlos en cómo deben conducirse. En ella se menciona que una persona resulta lesionada, porque los niños estaban jugando, por lo que resuelve que ninguna persona es responsable, lo cual genera un verdadero problema, en virtud de que existe un daño y no hay un responsable que realice la reparación, como lo demuestra aquí la siguiente tesis:

RESPONSABILIDAD CIVIL PROVENIENTE DE HECHO ILÍCITO EXIGIBLE A LOS ASCENDIENTES DE UN MENOR. CASO EN QUE NO EXISTE.—El artículo 1966 del Código Civil... establece que los ascendientes son responsables de los hechos ilícitos cometidos por las personas sujetas a ellos, en virtud de la patria potestad, obedece a que tales ascendientes, en virtud del ejercicio de ésta tienen la obligación de dar a sus hijos o nietos una buena educación, vigilarlos atentamente e impedir que causen daños y perjuicios; así, cuando un hijo causa un daño en determinados casos es dable presumir que los padres no han cumplido con su deber, de modo que la responsabilidad que establece la ley no es propiamente por el hecho de otro, sino por su propia falta. Por lo mismo, los ascendientes no pueden ser responsables cuando acrediten que no tienen culpa, ni pudieron impedir el hecho o la omisión del que nace la responsabilidad; de tal manera que si se relata cómo hecho generador de ésta, que dos menores de diez años forcejearon con un lápiz, en un salón de clases y con motivo de ese evento un tercero resultó lesionado, esto constituye un mero accidente del que no deriva ninguna responsabilidad, primero, porque los padres no se encontraban en el lugar de los hechos y, segundo, porque la lesión no se debió

a un descuido en la educación del menor, sino a un juego o forcejeo con juguetes y útiles escolares, que es común en los menores de esa edad.³

La anterior tesis describe la realización de un daño en el ámbito escolar, como lo establece el artículo 1920, el cual señala que cesa la responsabilidad de quien ejerce la patria potestad, cuando los menores ejecuten los actos que dan origen a ella, y se encuentren bajo la vigilancia y autoridad de otras personas, como directores de colegios, de talleres, etcétera, pues entonces esas personas asumirán la responsabilidad de que se trata. De esta forma la responsabilidad de los padres se traslada a los directores de los colegios, lo cual resulta natural en virtud de que ahí es donde se encuentran los menores bajo el cuidado y vigilancia de los profesores y directores, en virtud de que resultaría imposible para los padres poder vigilar a sus hijos en dichos ambientes.

A pesar de que el artículo 1920 establece, que serán los directores de los colegios quienes asuman la responsabilidad generada por los menores, que se encuentran bajo su cuidado en sus escuelas, la anterior tesis no consideró la responsabilidad del director de la escuela, y prefirió resolver que en dicho incidente nadie era responsable, a pesar de los daños causados, dejando en la indefensión y sin la reparación del daño a la parte afectada, siendo uno de los casos en que las disposiciones legales no generan el estado de equidad que debe contener toda ley y provoca un desequilibrio en el patrimonio de las personas.

En este mismo sentido tenemos el artículo 1922 que establece una situación paradójica, pues señala que “ni los padres ni los tutores tienen obligación de responder de los daños y perjuicios que causen los incapacitados sujetos a su cuidado y vigilancia, si probaren que les ha sido imposible evitarlos”. Esta imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si aparece que ellos no han ejercido suficiente vigilancia sobre los incapacitados. Con lo anterior tenemos situaciones que generan un daño y por lo tanto una afectación en el patrimonio de una persona, sin un responsable que repare dicho daño, y por lo tanto la persona afectada tendrá una disminución en su patrimonio, lo que desde mi punto de vista es una ineficacia de la ley.

La tesis antes mencionada y el artículo 1922 nos muestran un caso extremo, esto es, la falta de un responsable, lo que genera una ineficacia de la ley, como es, la falta de un obligado a la reparación del daño, en virtud de

³ *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Tomo IV, Segunda Parte-1, Julio-Diciembre de 1989, p. 469.

que el objeto de la ley es que todo daño causado por el hombre sea reparable o compensable, (excepción en la situación de caso fortuito o fuerza mayor), lo que genera que la persona que ha sido afectada no tenga quien le repare el daño, sufriendo una pérdida en su patrimonio, situación que los tribunales están imposibilitados de resolver por falta de una reglamentación adecuada.

Por lo anterior, la falta de responsable genera un desequilibrio económico, puesto que existe una persona que no verá reparada o compensada su pérdida, lo que puede considerarse para algunos una ineficacia de la ley, mientras que para otros simplemente es el reconocimiento de que la norma no siempre tiene como objetivo sancionar o señalar un responsable, cuando las causas que generan el daño están fuera de todo control de los sujetos responsables.

Por ello considero que dicha tesis no se refiere a un tercero como responsable, que podría ser el director o los propios dueños de la escuela, puesto que estos no deberían de quedar excluidos de la responsabilidad pues es bajo su protección que se genera el incidente y es ahí donde está el margen de responsabilidad, pues considero que los alumnos si hubieran estado bien vigilados se pudiera haber evitado el incidente. En caso de que aun bajo una estrecha vigilancia de las autoridades de la escuela, se genere un daño, este podría caer bajo el concepto de responsabilidad objetiva, en el cual la escuela por el simple hecho de tener bajo su cuidado y vigilancia a los alumnos genera una responsabilidad y debe de responder por los daños, sin importar las circunstancias de cada caso.

Para poder cubrir de alguna forma la responsabilidad que genera los daños causados por los menores o incapaces podemos establecer que estamos ante otra forma de responsabilidad objetiva, pues al igual que los casos que señala el Código Civil como fuente de la responsabilidad objetiva en el artículo 1913, los menores de edad podrían estar en ese mismo supuesto en el cual no se requiere acreditar la culpa simplemente el resultado, a menos que como dice el propio artículo, se acredite que el daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Asimismo, tenemos una tesis jurisprudencial, que nos menciona que para que exista una responsabilidad objetiva, (causada por un automóvil conducido por un menor de edad), por parte del ascendiente, por actos del menor, se debe demostrar que existe el nexo causal entre el menor y los hechos, como a continuación se argumenta.

RESPONSABILIDAD OBJETIVA. NO SE CONFIGURA POR EL SOLO HECHO DE SER ASCENDIENTE DE UN MENOR QUE PARTICIPE EN LOS HECHOS, SINO QUE SE REQUIERE DEMOSTRAR UN NEXO CAUSAL—Conforme a lo previsto por los artículos 1739 y

1748 del Código Civil para el Estado de México, para que la responsabilidad objetiva derivada de un accidente automovilístico se configure, debe constatarse indiscutiblemente la relación de causalidad entre el hecho y el daño ocasionado, siendo necesario determinar y probar en juicio quién resulta ser el autor directo del hecho material que cause el daño con motivo de la conducción del vehículo. De consiguiente, al efecto deviene imprescindible que los elementos de prueba rendidos en el juicio demuestren la participación y responsabilidad del autor en el hecho que ocasionó el referido daño; ante lo cual, si en la sentencia respectiva no se alude a ello, sino que simplemente, previa disquisición de lo que es la responsabilidad “aquiliana” se determina que con la confesión de la progenitora del menor que intervino en los hechos se acreditan los supuestos del artículo 1748 del código sustantivo invocado, y que así se configura un nexo causal para constreñirla a responder de los daños y perjuicios causados por dicho menor, con ese proceder omisivo por la imprecisión en señalar cómo se habrían causado tales daños, quién los habría provocado y, sobre todo, las pruebas que patentizaran su causación directa por el autor de los daños, sin duda se incumplen las garantías de legalidad y seguridad jurídica (debido proceso), que obliga a concluir que no se actualizan los supuestos de la hipótesis referida.⁴

Para comprender la anterior tesis, debemos contemplar que se entiende por responsabilidad objetiva, la cual brevemente explicaremos:

Nos señala el maestro Fausto Rico Álvarez, que ésta es:

La necesidad que tiene una persona de reparar los daños y/o perjuicios causados por la realización de una actividad o por bienes de su propiedad, aunque no medie dolo o culpa de su parte.⁵

De esta forma tenemos que la responsabilidad objetiva es aquella que se genera porque implica un riesgo para los terceros, ya sea por el uso de maquinaria, sustancias peligrosas o en general cualquier cosa o situación que coloquen a los terceros en la posibilidad de correr un riesgo. Y por ello la ley, para evitar una discusión sobre existencia de culpa o dolo, resuelve que lo que importa es el resultado dañoso, siendo el responsable el que genera la situación de riesgo, el dueño de las cosas o del negocio.

Por ello la tesis hace referencia a la responsabilidad aquilina, que es la responsabilidad extracontractual, es decir la que surge sin que exista un contrato de por medio, como es el caso del conductor de un auto, o cualquier otro caso de responsabilidad objetiva.

⁴ Tesis: II.2o.C.368 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, Septiembre de 2002, p. 1438.

⁵ RICO ÁLVAREZ, Fausto, GARZA BANDALA, Patricio y COHEN CHICUREL, Mischel, *Tratado Teórico Práctico de Derecho de las Obligaciones*, 1a. ed., México, Porrúa, 2013, p. 434.

Respecto del derecho penal, encontramos que la responsabilidad solo procede, cuando un menor de 18 años, pero mayor de 11, podrá ser acreedor de los llamados tutelares, en cambio si un menor de la edad marcada por la ley, *Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal*, encontramos que en artículo sexto, nos menciona que los menores de once años, solo podrán ser sujetos a readaptación social, pero no por medio de la privación de la libertad, como sucede en los tutelares, sino que solo serán acreedores de asistencia social, mientras que los mayores de once años, pero menores de dieciocho, serán posibles acreedores de una responsabilidad penal, que consistirá en la privación de la libertad, en un tutelar correspondiente.

Artículo 6to.—El Consejo de Menores es competente para conocer de la conducta de las personas mayores de 11 y menores de 18 años de edad, tipificada por las leyes penales señaladas en el artículo 1o. de esta Ley. Los menores de 11 años, serán sujetos de asistencia social por parte de las instituciones de los sectores público, social y privado que se ocupen de esta materia, las cuales se constituirán, en este aspecto, como auxiliares del Consejo.

En atención a éste procedimiento, la LORPM define la reparación como el compromiso aceptado por el menor con la víctima o el perjudicado de realizar ciertos beneficios de aquellos o de la comunidad, en el caso de no poder realizarse una reparación por ser un daño que no admite reparación como lo puede ser la destrucción de algún bien u objeto o daños causados a un animal propiedad de la víctima, que ocasionan la muerte del mismo o lesiones incurables la Ley no especifica que tenga que tratarse de reparación, pero es posible que en el pacto se acuerde que el menor realizara acciones en beneficio del perjudicado, que si bien no repondrán las cosas al estado primitivo o natural, producirán satisfacción a la víctima.

En cuanto al cumplimiento del compromiso, puede darse una prolongación en el tiempo, pues dicho acto reparador no puede interferir en acciones que tenga que llevar a cabo para su desarrollo físico y psíquico, como el estudiar o aprender un oficio, pero siempre dentro de un término razonable, esto es en cuanto a la realización de una conducta, además del daño patrimonial que deberá ser reparado por quien ejerce la patria potestad. De esta forma tenemos que en estos casos hay dos formas de reparación del daño, una mediante la realización de una conducta encaminada a cumplir con ciertos actos, y otra que es la monetaria, mediante un pago indemnizatorio.

En el mismo orden de ideas, respecto a la capacidad para conciliar con el menor, la Ley es clara refiriéndose a que dicho acto de conciliación para

pactar la reparación debe realizarse por el ofendido y el menor, dejando de lado la capacidad de éste.

PRESUPUESTOS QUE HAN DE DAR DE DARSE PARA QUE SURJA ESTA RESPONSABILIDAD

Para que los progenitores sean responsables por los daños accionados por sus hijos, es preciso que concurran las circunstancias siguientes:

En primer lugar, es preciso que el acto dañino del hijo sea objetivamente negligente, en el sentido de que se trate de un comportamiento lesivo que también daría lugar al responsabilidad para su autor en caso de que este fuese mayor, pues resultaría ilógico hacer responsables a los padres si la conducta del menor, aun habiendo ocasionado el daño se ha ajustado a la diligencia debida.

En segundo lugar, es preciso que el hijo se halle bajo la guarda de sus padres, pues así lo exige expresamente el artículo 1919, por lo que tal responsabilidad cesara con la emancipación del menor, dado que viene vinculada al ejercicio de la patria potestad.

En tercer lugar, hace falta la concurrencia de culpa en los padres del menor en su guarda, vigilancia y cuidado puesto que es necesario para ser responsable, ya que de no darse es una excluyente de responsabilidad. De esta forma, quedaran exonerados de responsabilidad si pueden acreditar que observaron la debida diligencia en la educación y control del hijo, ello con las dificultades de prueba para acreditarlo.

CONCLUSIONES

La primer conclusión que tenemos es que responsabilidad civil de los padres con respecto de los actos de sus menores hijos, se contempla, en una parte, como una responsabilidad objetiva, por que basta que se produzca el daño para que se genere la responsabilidad, sin que tenga que analizarse la conducta, únicamente excluyéndose de tal responsabilidad cuando logran acreditar, que aun habiendo tenido todos los cuidados y atenciones necesarias, les ha sido imposible evitar el daño a un tercero. Por otra parte la responsabilidad es totalmente subjetiva, cuando atiende a la conducta culposa del que causa el daño, y es aquí en donde el Código Civil regula muy pobremente este tipo de responsabilidad.

En segundo lugar tenemos en México un problema de tipo procesal, en virtud de que no hay en los Tribunales una cultura de la condena por res-

ponsabilidad civil, y aún menos tratándose de menores, cuestión que dada la tendencia mundial y en especial la de los Estados Unidos de Norteamérica, poco a poco se va generando una cultura al respecto.

Por lo anterior tanto los particulares, litigantes, jueces, y en general todo el sistema judicial debe de ir desarrollando una cultura de la responsabilidad civil, en virtud de la cual quien cause un daño debe repararlo, y en razón de que esta premisa se cumpla estaremos cada vez más en un estado de derecho.

La previsión que el código civil hace para los actos cometidos por menores que generan responsabilidad, es en su mayoría la misma que prevén diversas legislaciones, sin embargo existe una diferencia, que está en el campo del derecho procesal, pues mientras en otros países las demandas por responsabilidad son totalmente procedente y condenables, en México es muy difícil que los juzgadores dicten sentencias condenatorias por responsabilidad civil, y aún menos tratándose de actos de los menores, todavía no tenemos la cultura de la reparación del daño en casos de responsabilidad, y esto no se limita solo a cuestiones de índole familiar, si no en todos los ámbitos del derecho, no existe o es casi nula, por lo que debemos promover una cultura de la responsabilidad.

EL DOCUMENTO DE VOLUNTAD ANTICIPADA

Alejandro Domínguez García Villalobos



CAPÍTULO I *Generalidades*

I. Antecedentes y marco jurídico

De lo único que se puede estar seguro es que algún día moriremos, y pensar en nuestra propia muerte resulta en ocasiones difícil, pero imaginar una agonía de meses o quizás de años postrados en una cama, conectados a un respirador artificial suplicando quizás desde nuestro interior porque aquello acabe de una buena vez, atemoriza a cualquiera. Por ello, desde tiempos remotos el hombre se ha cuestionado hasta donde es médica, jurídica, religiosa y moralmente correcto luchar por mantener a una persona viva en esas condiciones; qué acciones, o en su caso omisiones, son las permitidas desde todos estos puntos de vista, y a quién corresponde en un momento dado la decisión de terminar con una situación como esa.

En países como España, Francia, Suecia y Japón, entre otros, se ha legislado para proporcionar al individuo el instrumento adecuado para poder manifestar su voluntad al respecto y evitar prolongar una vida de manera artificial, cuando ya no hay ninguna posibilidad médica de volver a tener una vida ordinaria; sin embargo, no en todos se ha legislado con los mismos alcances, pues en su mayoría permiten que la persona no sea sometida a tratamientos extraordinarios y dejar que tenga lugar el proceso natural de la muerte, y en otros como Holanda y Bélgica, permiten jurídicamente privar de manera activa de la vida al paciente, adelantando lo que naturalmente debía tener lugar con posterioridad.

Más aún, llama notoriamente la atención que en Holanda, según publicación del periódico Daily Mail, se ha iniciado una profunda discusión sobre el llamado suicidio asistido a mayores de 70 años, para lo cual se han recabado más de 112,500 firmas en un solo mes, ponderando la posibilidad de que el único requisito para dicho suicidio sea la voluntad de no seguir viviendo y de evitar vivir los inconvenientes de la vejez.

En México, el día siete de enero de dos mil ocho se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el decreto por el que se expidió la Ley de Voluntad

Anticipada para el Distrito Federal (en lo sucesivo LVADF), y en la misma Gaceta del cuatro de abril del mismo año se publicó su Reglamento (en lo sucesivo RLVADF), para regular el mecanismo por el que una persona manifieste su voluntad de no ser sometido (o sí serlo según reforma del 27 de julio de dos mil doce); a tratamientos médicos que prolonguen innecesaria y dolorosamente su vida cuando ya no hay posibilidades de recuperación y la muerte es inevitable.

Asimismo, para dar cabida a las disposiciones de dicha ley, en el decreto indicado, se adicionaron los párrafos segundo y tercero al artículo 127, y los artículos 143 bis y 158 bis del Código Penal para el Distrito Federal, para quedar como sigue:

Art. 127.—Al que prive de la vida a otro, por la petición expresa, libre, reiterada, seria e inequívoca de éste, siempre que medien razones humanitarias y la víctima padeciere una enfermedad incurable en fase terminal, se le impondrá prisión de dos a cinco años.

Los supuestos previstos en el párrafo anterior no integran los elementos del cuerpo del delito de homicidio, así como tampoco las conductas realizadas por el personal de salud correspondiente, para los efectos del cumplimiento de las disposiciones establecidas en la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal.

Tampoco integran los elementos del cuerpo del delito previsto en el párrafo primero del presente artículo, las conductas realizadas conforme a las disposiciones establecidas en la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal suscritas y realizadas por el solicitante o representante, en el Documento de Voluntad Anticipada o el Formato expedido por la Secretaría de Salud para los efectos legales a que haya lugar.

Art. 143 bis.—En los supuestos previstos en los dos artículos anteriores no integran los elementos del cuerpo del delito de ayuda o inducción al suicidio, las conductas realizadas por el personal de salud correspondiente para los efectos del cumplimiento de las disposiciones establecidas en la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal.

Tampoco integran los elementos del cuerpo del delito previstos en el párrafo anterior, las conductas realizadas conforme a las disposiciones establecidas en la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal suscritas y realizadas por el solicitante o representante, en el Documento de Voluntad Anticipada o el Formato expedido por la Secretaría de Salud para los efectos legales a que haya lugar.

Art. 158 bis.—En los supuestos previstos en el artículo 156 y primer párrafo del artículo 158, no integran los elementos del cuerpo del delito de omisión de auxilio o de cuidado, las conductas realizadas por el personal de salud para los efectos del cumplimiento de las disposiciones establecidas en la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal.

Tampoco integran los elementos del cuerpo del delito previstos en el párrafo anterior, las conductas realizadas conforme a las disposiciones establecidas en la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal suscritas y realizadas por el solicitante o representante, en el Documento de Voluntad Anticipada o el Formato expedido por la Secretaría de Salud para los efectos legales a que haya lugar.

Por otro lado, siguiendo los lineamientos de la LVADF, la Ley de Salud del Distrito Federal, vigente a partir del diecisiete de septiembre de dos mil nueve, establece lo siguiente:

Art.11. Los usuarios de los servicios de salud tienen derecho a:

... XX. Una atención terminal humanitaria, y en su caso, en los términos dispuestos conforme a lo dispuesto en la Ley General de Salud y la Ley de Voluntad Anticipada del Distrito Federal, para recibir toda la ayuda disponible para morir lo más dignamente posible;

XXI. No ser sometidos a medios, tratamientos o procedimientos médicos que pretendan prolongar innecesariamente su vida, protegiendo en todo momento su dignidad como persona, de conformidad a lo establecido en la Ley General de Salud y la Ley de Voluntad Anticipada del Distrito Federal...

II. Motivos de la LVADF

Los motivos que dieron lugar a la LVADF son de índole tanto extrapatrimonial como patrimonial.

Los primeros forman parte de los derechos de la personalidad y por lo mismo carecen de contenido económico. Son derechos inherentes a la persona y ésta los tiene por el simple hecho de serlo, por lo que son irrenunciables. Están relacionados con la dignidad de la persona y con su derecho a una muerte digna.

Los avances científicos y tecnológicos —refiere Adib Adib— nos han permitido hacer la vida más placentera, más sana y, sobre todo, más duradera con una calidad de vida que día con día va en aumento. Nos ha permitido conocer hijos, nietos y bisnietos. Nos ha permitido llegar, de manera más generalizada y con las capacidades completas, a edades que antiguamente resultaban una rareza. Asimismo, los avances en la medicina nos han evitado dolores y sufrimientos por dolencias que ahora resultan muy sencillas de curar y que anteriormente hubieran producido una amputación, dolores fortísimos, incapacidad parcial o total, etcétera.

Al hablar de la vida, no simplemente debemos pensar en ésta como el hecho de estar vivos, como lo podría estar una planta o un animal; al hablar de vida para el ser humano debemos pensar en ésta como el placer de vivir, el poder disfrutar la vida, vivirla a plenitud como un ser pensante y emocional, que desea realizarse en el tiempo y en el espacio.

el hombre era un lobo para el hombre, cuando las familias y las tribus reñían combates sangrientos, los vencidos pudieron considerar como un deber rematar, para evitarles las torturas de un enemigo cruel, los heridos de su tribu que estaban demasiado graves para huir. Estas prácticas se han conservado hasta nuestros días, bajo distintas formas.⁵

Quienes están a favor de la eutanasia activa fundamentan su defensa con los siguientes argumentos:

1. Más que un acto condenable debe verse como un acto de misericordia para la persona que está sufriendo crueles dolores y que irremediablemente morirá.
2. Forma parte de los derechos de la personalidad tener una muerte digna, entendiendo por ésta aquella que evite los dolores en el proceso de la muerte.
3. Vivir es más que sólo no estar muerto. Estar en una situación de dolor tormentoso, o en estado vegetativo no es suficiente para afirmar que se está vivo.
4. La eutanasia no debe ser equiparada al homicidio pues no produce el daño a la sociedad que sí ocasiona un asesinato, ni produce en ésta la intranquilidad o el miedo que provoca éste.
5. La función de los médicos es recuperar la salud y mitigar el dolor, pero esto último no sólo cuando produzca su curación, sino también cuando produzca una muerte tranquila.
6. Nadie discute el poner fin a la vida de un animal enfermo por lo que no admitir la eutanasia es ser menos piadoso con el hombre que con un animal.
7. La posibilidad de un diagnóstico erróneo no es un argumento adecuado para rechazar la eutanasia, pues la posibilidad de error está presente en cualquier acción médica. Se tendría que prohibir operar porque el médico es un ser humano y los seres humanos se equivocan.

Quienes están en contra de la eutanasia activa sostienen lo siguiente:

1. El derecho a la vida no es un derecho patrimonial de tal suerte que no es un derecho renunciable.
2. La medicina no es una ciencia exacta. ¿Qué pasaría si a una persona le diagnostican una enfermedad incurable y resulta que el diagnóstico fue erróneo? En este orden de ideas ¿Cuántos casos hay de personas en estado vegetativo o en estado de coma que recobran prácticamente de manera milagrosa la salud?
3. ¿Hasta cuándo se considera incurable una enfermedad? Imaginemos que se mata a algún enfermo para evitarle un futuro sufrimiento y en algunos días se encuentra la cura. Enfermedades incurables en las épocas pasadas no lo son en nuestros días.
4. En un sin número de casos los familiares pretenden la muerte de un familiar por motivos sucesorios o para evitarse la molestia de atenderlo, disfrazado de una actitud de piedad o compasión.

⁵ *Libertad... cit.*, p. 363.

5. ¿Qué tan consciente puede considerarse la manifestación de una voluntad cuando quien la manifiesta está en un momento de intenso dolor? Es decir en muchos casos se trataría de una voluntad viciada.

A pesar de los motivos piadosos del que da muerte a un moribundo, esta conducta de eutanasia activa es condenable en prácticamente todas las religiones y en casi todas las legislaciones.

b) *Ortotanasia*

Como vimos, es la eutanasia pasiva y consiste en evitar la obstinación médica, que prolonga la vida del sujeto a toda costa por medios artificiales y extraordinarios y que en algunos casos podría ser ilimitada. Más aún, se ha sostenido que la obstinación médica más que prolongar la vida, a pesar del dolor y sufrimiento del paciente, prolonga su inevitable muerte. Es decir, la ortotanasia no tiene como fin matar al sujeto, pretende permitir que en él tenga lugar el proceso natural de la muerte y según veremos, esto es precisamente lo que se busca con el documento de voluntad anticipada.

c) *Cacotanasia*

Es la eutanasia que se impone sin el consentimiento del afectado.

d) *Distanasia*

Es el ensañamiento terapéutico u obstinación médica. Consiste en el empleo de todos los medios posibles, sean proporcionados o no, para retrasar el momento de la muerte, a pesar de que no haya esperanza alguna de curación, incluso sin tomar en cuenta los sufrimientos del paciente. Es, por tanto, lo contrario a la eutanasia.

El texto original del artículo 2 de la LVADF, establecía a la letra lo siguiente:

Art. 2.—La aplicación de las disposiciones establecidas en la presente ley, son relativas a la Voluntad Anticipada de las personas en materia de Ortotanasia, y no permiten ni facultan bajo ninguna circunstancia la realización de conductas que tengan como consecuencia el acortamiento intencional de la vida”. De tal manera que la ley expresamente se refería a las prácticas ortotánásicas y prohibía las eutanásicas activas.

Conocida también como la “ley del bien morir”. —comenta García Aburto al referirse a la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal— Esta ley no reconoce el derecho a la eutanasia sino a la ortotanasia, que es algo muy distinto, ya que mientras la eutanasia provoca intencionadamente la muerte del enfermo, en la ortotanasia simplemente se priva al paciente en estado terminal de los medios extraordinarios y desproporcionados, los cuales más que prolongar razonablemente la vida son un intento desesperado y hasta cruel de prolongar la agonía.

en etapa terminal o el suscriptor, entendiendo por éste la persona autorizada por la LVADF para suscribirlo cuando el enfermo en etapa terminal se encuentre de manera inequívoca impedido para manifestar por sí mismo su voluntad, sea menor de edad o incapaz legalmente declarado (art. 2 fracción XV del RLVADF).

Lo anterior, toda vez que consideramos que el concepto que el RLVADF da de suscriptor debe referirse únicamente al formato y no así al documento, pues en ninguna disposición la LVADF autoriza a alguna persona a suscribir por otra el documento de voluntad anticipada como sí lo hace respecto del formato (artículos 19 y 20 del RVADF).

b) *Objeto*

El objeto de un acto jurídico es doble. El directo y el indirecto, el primero es crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones. El segundo es la conducta de dar, hacer o no hacer, así como la cosa que se debe dar o el hecho que se debe hacer o no hacer.

El objeto directo del documento de voluntad anticipada consiste en la creación del derecho del otorgante de ser sometido o no a tratamientos extraordinarios y a recibir los tratamientos de hidratación, nutrición, oxigenación, etcétera, en lo que muere, y también la de la obligación para el médico tratante y familiares de respetar y cumplir dicha voluntad.

El indirecto es la conducta de hacer o no hacer, consistente precisamente en ese sometimiento o no de la persona a tratamientos que prolonguen inútilmente su vida y en este último caso de ser sometido a cuidados paliativos y de hidratación, oxigenación y nutrición, etcétera.

c) *Solemnidad*

El documento de voluntad anticipada debe otorgarse ante notario y se suma a los actos solemnes regulados en nuestra legislación como son el matrimonio, el testamento y el reconocimiento de hijo.

El texto original de la LVADF establecía una serie de solemnidades que el notario debía observar para el otorgamiento del documento de voluntad anticipada con una regulación muy similar a las que deben observarse para el testamento público abierto. La reforma del 27 de julio de 2012, derogó dichas disposiciones, sin embargo consideramos que no por eso perdió su carácter de acto solemne pues de no otorgarse ante notario y con los requisitos establecidos en la ley, dicho acto participaría de las características de la inexistencia, es decir no surtiría efecto legal alguno, sería inconfortable, la podría hacer valer todo interesado y sería imprescriptible.

Asimismo es importante tener presente que con la reforma indicada se derogaron los artículos relativos a los casos en los que se requiere de dos testigos para el otorgamiento de la voluntad anticipada ante notario, como eran cuando el solicitante declarara no saber o no puede firmar, cuando fuera ciego o no pudiera o supiera leer, cuando fuera sordo o mudo, no hablara español o cuando el solicitante o el notario lo requirieran.

d) *Capacidad de ejercicio*

Todo acto, para su validez debe ser otorgado por personas capaces. Este es el primer requisito de validez, o sea la capacidad de ejercicio.

Recordemos que ésta es la aptitud del sujeto para ejercer los derechos y contraer y cumplir obligaciones de manera persona.

El texto original del artículo 23 del RLVADF establecía, como una excepción a la regla general, la edad de 16 años para poder otorgar un documento de voluntad anticipada ante notario, con la salvedad de que “deben estar acompañados por quien ejerza sobre ellos la patria potestad o tutela, y que firmarán en su nombre y representación”. ¿Qué quería decir el legislador cuando establecía que los que ejercían patria potestad o tutela acompañaran al menor? Suponemos que se requería el consentimiento de ellos, es decir que además del consentimiento del menor era necesario el de los padres o tutor como sucede en el caso de contraer matrimonio. Lo que consideramos no tenía razón de ser es que estableciera que firmarían en “su nombre y representación”.

El citado artículo 23 fue derogado por el decreto publicado el 19 de septiembre de 2012, por lo que es de aplicarse la regla general de la capacidad de ejercicio, es decir que se requieren los 18 años para otorgar el documento de voluntad anticipada.

e) *Ausencia de Vicios*

Para que cualquier acto jurídico sea válido se requiere que la persona que lo otorga manifieste su voluntad libre de vicios, es decir sin error en el motivo determinante de su voluntad y sin miedo, o dicho de otra manera, consciente y libre. Al efecto el artículo 19 de la LVADF establece:

Art 19.—Es nulo el Documento de Voluntad Anticipada o el Formato cuando:
I...

II. Es realizado bajo influencia de amenazas contra el suscriptor o sus bienes, o contra la persona o bienes de sus parientes por consanguinidad en línea recta sin limitación de grado, en la colateral hasta cuarto grado y por afinidad hasta el segundo grado, cónyuge, concubinario o concubina o conviviente;

III.-...

IV. Aquel en el que medie alguno de los vicios de la voluntad para su otorgamiento”.

f) *Licitud*

El objeto indirecto (hecho) de todo acto jurídico debe ser lícito, es decir no debe ser contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

En el caso que nos ocupa consiste en que el hacer o no hacer a que se obligan los médicos y familiares no debe ser contrario a dichas leyes y costumbres, por ejemplo sería ilícito y por lo tanto nulo un instrumento de voluntad anticipada en el que el otorgante manifestara su voluntad de que

llegado el caso interrumpieran su vida mediante la aplicación de un método de muerte asistida o eutanasia activa.

Las leyes evolucionan y cambian constantemente, a veces para bien, a veces para mal, probablemente en el futuro el instrumento de voluntad anticipada se aplique no sólo en materia de ortotanasia sino también en materia de eutanasia. Así, lo que hoy es ilícito puede ser lícito más adelante.

¿CUÁL ES LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA FE PÚBLICA NOTARIAL MEXICANA?

Julián Güitrón Fuentesvilla



Doctor en Derecho, graduado en la Universidad Nacional Autónoma de México; profesor de carrera desde 1967 de Derecho Civil y Derecho Familiar; nivel “C”, PRIDE “C”, tiempo completo, por oposición, en la Facultad de Derecho de la UNAM y en su División de Estudios de Posgrado. Maestro Emérito de la Universidad Autónoma de Tamaulipas y de la Universidad Autónoma de Chiapas. Presidente y fundador del Colegio Nacional de Estudios Superiores en Derecho familiar, A. C., en 1973. Profesor invitado de tiempo completo en 1984, de L’ Université de París XII Val-de-Marne, France. Autor de los Códigos Familiares de Hidalgo (1983) y Zacatecas (1986). Asesor en la elaboración de las Legislaciones Familiares salvadoreña (1988), panameña (1994), Código Civil del Distrito Federal en sus normas de Derecho Familiar (artículo 1o. al 746 bis) (2000). Para la elaboración de los Códigos Familiares de Morelos (2006), Michoacán (2008), San Luis Potosí (2009), Sonora (2010), Yucatán (2011) y Sinaloa (2012) se siguieron los Proyectos elaborados por Julián Güitrón Fuentesvilla de Código Familiar tipo y el de Procedimientos Familiares tipo, ambos para los Estados Unidos Mexicanos, publicados por la Casa Editorial Porrúa en 2004. Los Proyectos de Código Familiar y de Procedimientos Familiares para Durango, realizados por una comisión legislativa, presidida por el suscrito, fueron entregados a las autoridades correspondientes del estado, en 2012. Senador de la República Mexicana, LXI Legislatura, 2012. Conductor y responsable del Programa Derecho Familiar en el Canal Judicial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación desde 2009. Columnista semanal de *El Sol de México* de Derecho Familiar desde 1988. Decano del Consejo Técnico de la Facultad de Derecho y Presidente del Tribunal Universitario de la Universidad Nacional Autónoma de México, de octubre de 2012 a 2018. Autor del Tratado de Derecho Civil de 20 volúmenes publicado por la Editorial Porrúa 2015.

III. RESPUESTAS JURÍDICAS Y CIENTÍFICAS

Para nosotros, es premisa fundamental determinar qué es naturaleza jurídica. Ella va a quitarnos las vendas de la ignorancia. Va a darnos elementos científicos, intelectuales, juicios valorativos, para no hacer afirmaciones temerarias o audaces, sino razonadas que nos permitan sostener con simpleza y sencillez las respuestas que el mundo jurídico tan complejo demanda. Qué es que un estudiante, que un estudioso, que un jurista, ante la interrogante “¿cuál es la naturaleza Jurídica del nombre de la persona jurídica física?”, no conteste sin ambages y sin titubeos: es un atributo de la persona, algo inmanente a ella. Con lo que nace y no simplemente decir, el nombre es algo que caracteriza a la persona, que la individualiza; por ello, si razonamos juntos con quienes nos hacen el honor de leer estas líneas, llegaremos a la misma conclusión: es fundamental, esencial, que cualquier estudioso del Derecho, ya sea Familiar, Civil, Penal, Fiscal o Agrario, nos dé una respuesta, una respuesta jurídica, científica y no lo que cree, o lo que puede derivarse de no saber, que finalmente viene a exhibir una ignorancia crasa, cuando no podemos categórica y sólidamente responder con una afirmación contundente, que la naturaleza jurídica de una institución es ésta o aquella. Por eso, nuestro interés de ahondar en el concepto naturaleza jurídica en general, para después llevarlo la esencia de este trabajo. ¿Cuál es la naturaleza jurídica del Derecho Familiar?

La búsqueda e investigación que hemos realizado del Derecho Notarial, ha originado en nosotros tales dudas e interrogantes que hemos decidido concentrar el objetivo de este trabajo en saber cuál es la naturaleza jurídica de la fe pública notarial mexicana.

Saber ubicar en la ciencia del Derecho, describir cada una de sus ramas, sus principales instituciones y decir lo que son en Derecho es una tarea que permanentemente preocupa a los estudiosos de esta disciplina, porque en esa medida conocerán mejor la esencia y las propiedades singulares de cada institución, acto, hecho, persona o algo semejante, atendiendo a los términos propios y estrictos del Derecho.

La metodología para aplicar esta teoría, es formulándose a sí mismo la pregunta específica de ¿Qué es en Derecho el acto, el hecho, la institución, etcétera?

La expresión de estas dos palabras, naturaleza jurídica, obliga a la reflexión y a tratar de darle un significado simple y claro para entender que

Universidad Nacional Autónoma de México, México, Editorial Cárdenas y la Facultad de Derecho de la UNAM, 1996, pp. 144 y ss.

esta teoría permite a quien la conoce, la sabe y la domina, dar respuesta firme y categórica a cualquier interrogante que se encuentre en el siguiente cuestionamiento. ¿Qué significan las palabras naturaleza jurídica? Llevadas a la ciencia social del Derecho ¿Cuáles son sus límites y para qué pueden servir?

Desde nuestra perspectiva, precisar el contenido de la naturaleza jurídica permite a cualquier estudioso del Derecho, jurista, investigador, Juez, estudiante o que esté interesado en la ciencia jurídica, responder de forma sencilla y categórica, de qué se habla en el Derecho cuando se cuestiona, verbigracia: cuál es la naturaleza jurídica en el nasciturus, de la compraventa, de la patria potestad, del Derecho Civil, del Derecho Familiar o del Derecho Notarial; porque evidentemente, si la presunción "*iuris tantum*" es que además de ser abogado o estudioso del Derecho, conocemos a profundidad la Teoría General de la Naturaleza Jurídica, podemos contestar enfáticamente lo que en Derecho es la institución, el acto jurídico, el hecho jurídico, el hecho material, el contrato, el acto al que no estamos refiriendo. Por ello, es importante expresar en pocas palabras que la naturaleza jurídica permite al estudioso del Derecho responder de qué se está hablando cuando se cuestiona con los ejemplos antes citados, para que una vez determinada la naturaleza jurídica de lo que estamos hablando, podremos con toda facilidad saber, por ejemplo, si planteamos cuál es la naturaleza jurídica de la permuta, el mutuo, la compraventa o la donación. Podremos decir con la certeza jurídica que estamos frente a contratos traslativos de dominio y de ahí, con una gran facilidad, estos contratos se podrán definir. Determinar en la compraventa cuáles son las obligaciones del vendedor y del comprador; en la donación, las del donante y el donatario, que si bien ambos son contratos traslativos de dominio, tienen diferentes regulaciones jurídicas.

IV. ¿CÓMO APLICAR "MUTATIS MUTANDI" LA TEORÍA DE LA NATURALEZA JURÍDICA A LA FE PÚBLICA NOTARIAL MEXICANA?

Llevadas estas reflexiones a la fe pública notarial mexicana, es determinante no sólo para un notario público, sino para un civilista, un familiarista o un jurista, saber que la fe pública tiene un lugar específico en el Derecho y, sobre todo en el caso concreto, la fe pública de los notarios mexicanos y saber cuál es la naturaleza jurídica de ésta, para contestar en esta breve investigación que hemos elaborado para rendir homenaje al Doctor Bernardo Pérez Fernández del Castillo, distinguido catedrático de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México,

connotado Notario Público, para sumar este artículo que consideramos es adecuado proyectarlo a ésta que es una de las funciones principales de los notarios públicos en México.

V. ORIGEN ETIMOLÓGICO Y DIVERSOS CONCEPTOS DE FE PÚBLICA

Conocer la etimología de las palabras nos permite saber su origen. Dos voces griegas forman la palabra etimología, étymos que significa verdadero y *logos* que quiere decir palabra; es decir saber “el estudio del verdadero significado de las palabras”.² La etimología forma parte de la lingüística cuyo objeto es estudiar “el origen, la estructura, la evolución y el significado de las palabras. En el caso particular de la etimología grecolatina del Español, el estudio comprenderá la estructura, la evolución y el significado de las palabras españolas que se derivan del griego y del latín, lenguas que en un mayor porcentaje han contribuido en la formación de nuestro idioma”.³

En el Diccionario de la Lengua Española, la palabra “fe” deriva del latín *fides*, que es “la primera de las tres virtudes teologales. Es una luz y conocimiento sobrenatural con la que, sin ver, creemos lo que Dios dice y lo que la Iglesia nos propone”.⁴ Para Julio Casares, la palabra fe debe entenderse como una “creencia basada en el testimonio ajeno, creencia de las verdades de la religión”.⁵ Para este mismo autor, debe entenderse la fe como sinónimo de la palabra confianza cuando se tiene en una persona o en una cosa o en una promesa que reviste alguna solemnidad, y también el testimonio respecto a la “aseveración de que una cosa es cierta”. Documento que certifica la verdad de una cosa”.⁶ Insistimos en estos orígenes porque los estamos enfocando para subrayar con toda claridad lo que significa la palabra fe, para después ubicarnos en la pública y darle su esencia, su contenido, que es la *ratio iuris* principal, lo esencial de un notario público mexicano.

Ahondando en esta terminología, citamos a Juan Palomar de Miguel, para quien la fe es una “creencia dada a las cosas por la autoridad de quien

² CAMACHO BECERRA, Heriberto; COMPARÁN RIZO, Juan José y CASTILLO ROBLE, Felipe, *Manual de Etimologías Grecolatinas*, México, Limusa Noriega Editores, 1999, p. 27.

³ *Ob. cit.*, p. 28.

⁴ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 20a. ed., Madrid, 1984, p. 634.

⁵ CASARES, Julio, *Diccionario Ideológico de la Lengua Española*, Barcelona, Editorial Gustavo Gili, 1971, p. 386.

⁶ *Loc. Cit.*

las dice o por la fama pública. Confianza, buen concepto sobre una persona o cosa. Palabra dada o promesa hecha a uno con cierta publicidad o solemnidad. Seguridad, aseveración de que una cosa es cierta (el secretario dio fe). Documento en que consta la verdad de una cosa (fe del matrimonio). Lealtad, fidelidad, observancia de la fe debida a uno”.⁷

La fe también es confianza, confidencia, fidedigno, fidelidad considerando sus raíces grecolatinas de la palabra fides, fidei.⁸

Guillermo Cabanellas habla de la fe en términos de creencia, de crédito, de confianza, de promesa, de certificación, de fidelidad al cumplir la promesa, de certeza o confianza para cumplirlas; igualmente el crédito que pueda certificar un hecho como exacto. Y dice él, desde el punto de vista jurídico, que la fe pública debe entenderse como “veracidad, confianza o autoridad legítima atribuida a notarios, secretarios judiciales, escribanos, agentes de cambio y bolsa, cónsules y otros funcionarios públicos, o empleados y representantes de establecimientos de igual índole, acerca de actos, hechos y contratos realizados o producidos en su presencia; y que se tienen por auténticos y con fuerza probatoria mientras no se demuestre su falsedad. Como expresión laudatoria de esa prerrogativa está la inscripción que ostentan los notarios en su medalla peculiar: ‘*Nihil prius fide*’ (nada antes que la fe).

Dentro de la legislación notarial, el notario es el funcionario público autorizado para dar fe conforme a las leyes de los contratos y demás actos judiciales; y requerido para ello si se niega sin justa causa, incurre en responsabilidad. La fe notarial es automática en la provincia en que reside, y para extenderse a otras provincias, la firma del fedatario debe ser legalizada por otros dos notarios del mismo partido o por el visto bueno del juez de primera instancia”.⁹

En esta transcripción entramos al campo jurídico, a lo fundamental del notario que es hablar de la fe pública, y si bien el jurista citado se proyecta hacia el Derecho Civil argentino y al Derecho Civil español, para nosotros es una información importante, porque maneja conceptos básicos para ser un buen notario público, como la veracidad, la confianza y la legitimidad. También hay que subrayar que esos actos y hechos producidos en su presencia, tienen la fuerza de ser auténticos salvo prueba en contrario.

⁷ PALOMAR DE MIGUEL, Juan, *Diccionario para Juristas*, México, Porrúa, 2000, t. I, p. 681.

⁸ RODRÍGUEZ CASTRO, Santiago, *Diccionario Etimológico Griego-Latín del Español*, 4a. ed., Naucalpan Estado de México, Esfinge, 1997, p. 158.

⁹ CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 12a. ed., Argentina, Editorial Eliasta S. R. L., 1979, t. III, p. 345.

En el Compendio de Términos de Derecho Civil, encontramos la definición de fe, que nos parece interesante para ampliar la panorámica de este artículo en los siguientes términos: “Fe es la primera de las tres virtudes teologales. Confianza o concepto que se tiene de una persona. El acreedor da fe de que el deudor cumplirá con la obligación contraída; y en caso de que él no lo haga, lo hará el fiador. Seguridad de que una cosa sea cierta. Documento que certifica la verdad de una cosa o la existencia de una persona. Las actas del estado civil son los documentos idóneos para probar la existencia de una persona o su estado civil y familiar”.¹⁰

Por la diversidad de los conceptos de fe pública, es menester enumerar de manera general que ésta es una categoría, una situación de privilegio que las leyes conceden a determinadas personas, que en el caso específico, fe pública debe entenderse como “autoridad legítima que se atribuye a escribanos, notarios, agentes de cambio y bolsa, cónsules y secretarios de juzgados, tribunales y otros institutos oficiales, para que se consideren como auténticos los documentos que autorizan en debida forma y lo contenido en ello sea tenido por verdadero mientras no exista prueba en contrario”.¹¹

La expresión “dar fe jurada entre los notarios públicos”, quiere decir “ejercitar la fe pública los notarios y escribanos. Certificar una cosa que se ha visto”.¹²

Desde el punto de vista de la filosofía, la palabra fe significa la “aceptación de ideas que son teoréticamente indemostrables aunque impuestas necesariamente por la realidad indudable de la libertad. Para Kant, el *Summum Bonum*, Dios y la inmortalidad, son los principales artículos de fe o creencia práctica.”¹³

La abundancia de estos conceptos permite tener un enfoque más adecuado para llevarlo a la esencia de esta investigación que es determinar la Naturaleza Jurídica de la fe pública, que vamos a analizar a continuación.

VI. CLASES DE FE PÚBLICA EN GENERAL

La premisa básica de esta investigación es profundizar en lo que es la fe pública notarial. Para ello es necesario mencionar someramente las diferen-

¹⁰ CASTAÑEDA RIVAS, María Leoba, et al., *Compendio de Términos de Derecho Civil*, México, Editorial Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 255.

¹¹ PALOMAR DE MIGUEL, Juan, *op. cit.*, p. 681.

¹² CASARES, Julio, *op. cit.*, p. 386.

¹³ RUNES D., Dagobert, *Diccionario de Filosofía*, Barcelona-México, Ediciones Grijalbo, 1978, p. 148.

tes clases que existen, que habrá tantas cuantas funciones públicas en determinadas personas, delegue el Estado, para que las mismas realicen sus funciones o sus actividades. Desde nuestra perspectiva, la fe pública es una expresión semántica; porque atendiendo al verdadero significado y los orígenes de esta frase, es difícil sostener que los titulares de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial —grosso modo— tengan fe pública, excepto que a este concepto se le dé un valor convencional, por ejemplo, como ocurre con los Secretarios en los juzgados en los que el Juez no tiene fe pública pero en sus resoluciones se exige la firma del Secretario para que conste que ha ocurrido, es decir: la fe pública es del Secretario y no del Juez.

Ahondando en esto, se afirma por algunos investigadores, que quienes integran el Poder Legislativo Federal o los Locales están investidos de la fe pública, que en este caso es en cuanto a sus proyectos o resoluciones, las decisiones que realizan y que respecto a los ciudadanos les da cierta seguridad en cuanto a la veracidad y el contenido de las leyes y de los cuerpos normativos de los proyectos que se convierten en derecho positivo vigente por parte de los legisladores y que una vez que satisfacen los requisitos que la ley exige son obligatorios. Nosotros no vemos en esto un concepto de fe pública, como sí se da en plenitud en los notarios públicos mexicanos, y ésta es otra cuestión importante, porque el notariado mexicano tiene características muy especiales que no son objeto de esta investigación pero que tiene ese enfoque.

También podríamos hablar de la fe pública de determinados empleados administrativos por aquello de las funciones que realizan, si se concentra sólo a esa actividad podría decirse que sí dan fe de lo que en su presencia está ocurriendo, pero a eso se reduce y lo mismo podría decirse de los Ejecutivos Federal o Locales de la República y del Poder Judicial, y que ya antes hicimos una mención muy elemental a la que en este caso también se incluye a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que en realidad, si bien esa fe pública tiene características especiales, no es semejante ni se parece a la de los notarios.

Si hablamos de la fe pública mercantil, que llevan a cabo los Corredores Públicos, hay un poco más de afinidad con la notarial, porque son actos específicos de comercio y otros en los que ellos pueden dar fe, pero no como un notario público. En esa tesitura están los Jueces u Oficiales del Registro Civil, que tienen una especie de fe pública porque en su presencia se han realizado determinados actos, y por eso tienen ese valor. Si bien tampoco es materia de esta investigación, podemos afirmar categóricamente que las personas que comparecen ante un juez del Registro Civil, por ejemplo, si una persona casada dice que es soltera, el Juez del Registro Civil da fe de

ello, porque así se lo están expresando, pero a él no le consta, él no puede autenticar esa afirmación de la persona y también ocurre con el Registro Público de la Propiedad en cuanto a los derechos reales que registra; pero si llegamos específicamente a la fe pública de los notarios, tenemos que aceptar que ésta tiene una connotación especial que es diferente y que enseguida vamos a proponer una definición nuestra, así como definir la naturaleza jurídica de la misma.

VII. POSICIÓN IDEOLÓGICA DE JULIÁN GÜITRÓN FUENTEVILLA SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA FE PÚBLICA NOTARIAL MEXICANA Y SUS CARACTERÍSTICAS

Consideramos que la fe pública notarial mexicana es el derecho personalísimo que el Estado transmite al notario público para autorizarlo a dar seguridad jurídica a todos los actos jurídicos, hechos jurídicos y hechos materiales que previa la satisfacción de los requisitos solemnes, formales y legales que la ley del notariado exija, en cuanto a los que se celebren estando presente el notario público, cuya veracidad será completa y perfecta mientras no se objeten jurídicamente o sean redargüidos de falsos los celebrados en su presencia y de los cuales él ha dado fe pública.

Los elementos para considerar que la fe pública notarial mexicana es un derecho personalísimo, se fundan en que el notario público está autorizado por el Estado para que, como persona jurídica física, tenga el derecho subjetivo para que una vez que el Estado se lo ha transmitido para poder autorizar los actos y hechos jurídicos o materiales que se soliciten para que los mismos tengan una seguridad jurídica sobre todo si son personas jurídicas físicas o jurídicas colectivas y que le sea solicitada su presencia para los mismos. Otro elemento es que el notario debe "*intuitu personae*", es decir, personalmente y sin poder delegar su calidad de notario y mucho menos la fe pública a que él y no otro realice, y dé fe de los actos que se celebren en su presencia, que además tendrán existencia y validez jurídica total mientras no se demuestre jurídicamente su falsedad.

Insistimos en que este derecho personalísimo del notario público lo ha recibido porque el Estado se lo ha transmitido, delegando en él esta función tan importante, la cual tendrá su proyección no sólo en Derecho Privado sino también en el Derecho Público, cuando organismos del Estado le solicitan su presencia para determinados actos o emitir escrituras constitutivas, porque, insistimos, esta potestad del Estado la delega en una persona jurídica

ca física; no puede haber personas jurídicas colectivas como notarios, porque es un derecho personalísimo, que además él tenga que satisfacer determinados requisitos legales y exámenes para demostrar su capacidad y que sea merecedor de la confianza que el Estado le va a depositar, porque a su vez en el caso específico del Distrito Federal, los nueve millones de personas que habitan esta ciudad, en el momento que lo requirieran para darle validez y certeza jurídica a determinados actos de su vida, acudirán con la persona a quien el Estado le ha transmitido por su sabiduría, por su experiencia y conocimientos esa calidad, que nosotros identificamos conforme a la teoría de la naturaleza jurídica como un derecho personalísimo.

Ahondando en esta explicación, además de la potestad del Estado que se la otorga y transmite al notario, ésta le permite al notario que sus actos, salvo prueba en contrario, sean fidedignos y auténticos, que pueda dar fe sin vicios y sin defectos tanto en sus escrituras públicas cuanto en las actas y que esa fe pública es lo más importante, es la esencia para un notario público y que, como ya dijimos antes, es diferente a todas las fes públicas que poseen otros organismos. La tendencia doctrinal —no la compartimos— es que la competencia de un notario se reduce al campo del Derecho Privado, y nosotros diferimos porque, por ejemplo, en el Derecho Familiar que es de orden público e interés social, lo mismo que el Derecho Procesal Familiar y evidentemente como el notario tiene facultades, está autorizado para realizar funciones jurisdiccionales, porque cuando ante él se tramitan juicios sucesorios e intestados o notariales, no está yendo a áreas del Derecho Privado sino a esta tercera rama del Derecho, que no es Público ni Privado, pero que es de orden público e interés social, como son el Derecho Familiar y el Derecho Sucesorio. Igual siguen ese camino las ramas del Derecho Procesal Familiar.

En resumen, la fe pública notarial mexicana es un derecho personalísimo, es vitalicio, por excepción temporal; es imprescriptible, es de orden público e interés social y no es gravable. No puede ser objeto de transacción, no puede ser objeto de ningún contrato, no puede transmitirse por testamento o sucesión legítima, no puede ser objeto de arbitraje, ni compromiso en árbitros, y no puede ser objeto de compraventa, permuta, mutuo ni donación.

Como es evidente, la trascendencia de determinar que la naturaleza jurídica de la fe pública notarial mexicana es la de ser un derecho personalísimo que se transmite al notario público y nada más a él, le permite y lo obliga a ejercerlo de manera general y especial en todos los actos jurídicos, obligaciones, deberes y derechos vinculados con la función notarial. Como consecuencia de definir y acreditar la naturaleza jurídica de la fe pública notarial

mexicana, fluyen con sencillez y claridad las características propias del derecho personalísimo que el Estado le otorga y trasmite, las cuales hemos reseñado anteriormente.

BIBLIOGRAFÍA

- CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 12a. ed., República Argentina, Editorial Eliasta S. R. L., t. III, 1979.
- CAMACHO BECERRA, Heriberto; COMPARÁN RIZO, Juan José y CASTILLO ROBLE, Felipe, *Manual de Etimologías Grecolatinas*, México, Limusa Noriega Editores, 1999.
- CASARES, Julio, *Diccionario Ideológico de la Lengua Española*, Barcelona, Editorial Gustavo Gili, 1971.
- CASTAÑEDA RIVAS, María Leoba, et al., *Compendio de Términos de Derecho Civil*, México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- GÚITRÓN FUENTEVILLA, Julián, et al., *Estudios Jurídicos en Homenaje a Antonio de Ibarrola Aznar. Del Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*, México, Editorial Cárdenas-Facultad de Derecho de la UNAM, 1996.
- PALOMAR DE MIGUEL, Juan, *Diccionario para Juristas*, México, Porrúa, t. I, 2000.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 20a. ed., Madrid, 1984.
- RODRÍGUEZ CASTRO, Santiago, *Diccionario Etimológico Griego-Latín del Español*, 4a. ed., Naucalpan Estado de México, Editorial Esfinge, 1997.
- RUNES D., Dagobert, *Diccionario de Filosofía*, Barcelona-México, Ediciones Grijalbo, 1978.

ALGUNAS NOTAS RELACIONADAS CON LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Adrián Rogelio Iturbide Galindo



La Sociedad Anónima en realidad es:
“...Un capital con personalidad jurídica.”

RODRIGO URÍA

No cabe duda que estamos viviendo en materia societaria un proceso frenético de cambio a nivel mundial, la hegemonía de los Estados Unidos de América se manifiesta abiertamente y la influencia norteamericana se deja sentir en muchos países, desde Rusia hasta Argentina, pasando inclusive por la Unión Europea y, por supuesto, México no es la excepción.

Vivimos en la globalización, un proceso de americanización del derecho impulsado abiertamente por las agencias internacionales norteamericanas y aceptado dócilmente por los países receptores de su inversión, deseosos de mantener abiertos los canales al financiamiento internacional.

El éxito evidente del comercio de la primera economía mundial, empuja con fuerza a su propio modelo, al grado que el comercio mundial se hace en inglés, convertida la “*Lingua Franca*” del comercio. Los contratos comerciales solo son objeto de traducciones, a veces poco puntuales, a las lenguas vernáculas. La penetración jurídica norteamericana se asemeja a aquella que otrora impusiera el Imperio Romano a los pueblos conquistados, desconociendo el hecho de que muchas veces los países receptores, como el nuestro, tienen sistemas jurídicos diferentes, idiosincrasia, tradición y cultura propias, que no pueden soslayarse y que hacen que no todos esos trasplantes legales se arraiguen exitosamente.

Por otra parte, la figura societaria preponderante en México ha sido y es la Sociedad Anónima regulada en la Ley General de Sociedades Mercantiles de 1934, figura que ha venido sufriendo en su reglamentación, modificaciones recientes que atienden prioritariamente a las recomendaciones del Banco Mundial.

Desgraciadamente algunas de estas modificaciones no se han hecho con rigor científico y legislativo y se han venido simplemente añadiendo como parches a la Ley.

Una de esas recomendaciones fue eliminar los montos mínimos legales del capital social en las sociedades Anónimas y también en las sociedades de Responsabilidad limitada (*Diario Oficial de la Federación* del 15 de diciembre de 2011), despreciando la importancia total que el concepto del capital social tiene en las Sociedades Mercantiles y muy especialmente en la Sociedad Anónima, que bien podría calificarse como la reina de las sociedades de capitales.

Con esto se ha facilitado la apertura de muchas empresas dejando en libertad a los socios de señalar el capital mínimo fundacional, propiciando con esto la creación de sociedades sin capital, pues a esto equivale la práctica de establecer capitales fundacionales ridículos, que obviamente no generan empleos, ni producen riqueza, pero que en cambio sí pueden propiciar engaños y fraudes a proveedores y clientes, y que finalmente provoca que un alto porcentaje de las empresas constituidas fracasen en los primeros años de vida, sin tener muchas veces recursos para disolverse y liquidarse.

En este escenario resulta conveniente repasar el tratamiento cuidadoso y la importancia que en la regulación de nuestra ley se da al capital social, fundamentalmente en la anónima, regulación que no debe ignorarse.

Tres son las razones fundamentales de la exitosa proliferación de las sociedades anónimas:

- a) La existencia de la persona jurídica en torno a una denominación social;
- b) La división del capital social en acciones y por ende la incorporación de los derechos de los socios en esos títulos de crédito que facilitan su libre transmisión; y
- c) La limitación de la responsabilidad de los socios al pago de sus acciones.

Este diseño tradicional de la anónima está encaminado a facilitar la captación de grandes sumas de capital para favorecer la creación de grandes empresas; mientras que para las pequeñas y medianas empresas, se ha contado con la opción de la sociedad de responsabilidad limitada, sociedad de capital con tintes de sociedad personalista.

Así, se señalaba en la ley antes de la reforma, un capital mínimo legal, menor en la sociedad de responsabilidad limitada y mayor en la anónima; y un número máximo de socios en aquella, que no existe en las segundas.

Esas eran características tomadas de la Ley Francesa del 23 de mayo de 1863 y de la Ley Alemana del 20 de abril de 1892, que han cumplido su cometido en Europa de encausar a los emprendedores para elegir uno u otro tipo social, pero no en México.

La realidad es que en México se ha preferido el tipo social de la anónima, aun para las pequeñas y medianas empresas, ya que no existe ninguna norma que las excluya para ellas o que las reserve para las grandes compañías.

Y por otra parte la posibilidad de emitir en las sociedades anónimas acciones vinculadas o de circulación restringida ha permitido limitar la transmisión accionaria, protegiendo el aspecto personalista que este tipo de empresas busca o estableciendo inclusive condiciones personales a los accionistas para integrar la sociedad.

Se desdibujan en la práctica las diferencias entre estos tipos sociales y simplemente se abandona a la sociedad de responsabilidad limitada. Sin embargo razones de carácter fiscal en beneficio de los inversionistas norteamericanos que gozan en los Estados Unidos de América con las “limited liability”, han revivido en alguna medida a la sociedad de responsabilidad limitada. En este tenor resulta interesante la opción que tienen estas sociedades de aplicar los beneficios del protocolo del convenio entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el gobierno de los Estados Unidos de América para evitar la doble imposición e impedir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y la regla 3.1.12 de la Resolución Miscelánea Fiscal para 2015 en relación con la residencia de las Sociedades de Responsabilidad Limitada constituidas en los Estados Unidos de América.

No obstante lo anterior, se observa en México preponderantemente sólo un tipo social, el de la anónima tradicional regulada por la Ley General de Sociedades Mercantiles, que experimenta dos fenómenos opuestos: por un lado lo que se llama la “reducción de la anónima”, pues sirve para pequeñas empresas familiares o de amigos, en la que prevalece el “*intuitu personae*” y por otro, su “magnificación” que se manifiesta en las grandes empresas que pueden ser cerradas, instituciones financieras o sociedades abiertas, hoy conocidas como sociedades anónimas bursátiles.

La Sociedad Anónima es la empresa de capital por antonomasia, el capital sirve para crear riqueza, permite la funcionalidad productiva de la empresa, es la garantía mínima frente a terceros e inclusive frente a los mismos socios y es el eje del patrimonio social y que en el momento fundacional coincide con éste, por lo que no se concibe una sociedad anónima sin un capital suficiente para la realización de su objeto.

El capital social es la suma de valores aportados por los socios y la doctrina es unánime al resaltar los principios rectores del mismo:

- a) Unidad, un capital desde que la empresa nace al constituirse hasta que se extingue al liquidarse.
- b) Un capital mínimo, que no se puede reducir por debajo del mínimo legal, hoy inexistente.
- c) Determinación, pues debe fijarse en estatutos su importe y el número de acciones en que se divide.
- d) Integridad, ya que debe estar íntegramente suscrito por los socios, respetando la regla estricta, de que cada acción, cuyo valor nominal representa una parte del capital social, debe estar íntegramente suscrita al constituir la sociedad o al aprobarse un aumento del capital.
- e) Realidad, pues debe exhibirse o pagarse el capital suscrito o cuando menos hacerse el desembolso mínimo.
- f) Estabilidad o intangibilidad, ya que para aumentarlo o disminuirlo se requiere una modificación estatutaria cumpliendo con los requisitos legales exigidos para ello.

El legislador mexicano de 1934 fue especialmente cuidadoso en consagrar los anteriores principios, a través de una serie de disposiciones, diseminadas a lo largo de su regulación, como puede observarse en las siguientes reglas plasmadas en la Ley General de Sociedades Mercantiles y que no deben olvidarse:

- a) El capital social es una cláusula esencial de toda escritura constitutiva de toda sociedad mercantil (Artículo 6-V).
- b) En el contrato social debe constar la expresión de valor atribuido a estos y el criterio seguido para su valoración (Artículo 6-VI).
- c) Asimismo, debe constar el mínimo que se fije cuando se trate de una sociedad de capital variable (Artículo 6-VI).
- d) El derecho de los acreedores sociales de oponerse a la reducción del capital social efectuada mediante reembolso a los socios o liberación concedida a estos de exhibiciones no realizadas (Artículo 9).
- e) La responsabilidad del socio en caso de aportaciones de uno o más créditos, por la existencia y legitimidad de ellos, así como de la solvencia del deudor en la época de la aportación y de que si se tratare de títulos de crédito, estos no hayan sido objeto de la publicación que previene la ley para los casos de pérdida de valores de tal especie (Artículo 12).
- f) El derecho que tiene la sociedad de retener la parte de capital y utilidades de aquel hasta concluir las operaciones pendientes al tiempo de la exclusión o separación debiendo hacerse hasta entonces la liquidación de

haber social que le corresponde (Artículo 15). Regla no aplicable a las sociedades de capital variable.

g) En el caso de pérdida del capital social, la obligación de reintegrarlo o reducirlo antes de repartir o asignar utilidades (Artículo 18).

h) El requisito para poder distribuir utilidades de haber sido previamente aprobados por la asamblea general de accionistas, los estados financieros que las arrojen (Artículo 19).

i) La prohibición de repartir utilidades si hubiere pérdidas, mientras no hubieren sido restituidas o absorbidas, aplicando otras partidas del patrimonio o reduciendo el capital social; y la responsabilidad mancomunada de los socios que las hubieran recibido y solidaria de los administradores que las hubieran repartido (Artículo 19).

j) La obligación de constituir el fondo de reserva legal separando anualmente el 5 % como mínimo de las utilidades netas hasta alcanzar el 20% del capital y la obligación de reconstituirla cuando se disminuya por cualquier motivo (Artículo 20).

k) La prohibición para los acreedores de un socio de hacer efectivo sus derechos sobre el capital y solo sobre sus utilidades, cuotas de liquidación o cualquier otro reembolso, como la devolución de primas, de aportaciones adicionales, o de otras semejantes (Artículo 23).

l) La obligación de que el capital social esté íntegramente suscrito al constituirse la sociedad, totalmente pagado cuando se cubra en especie y cuando menos el 20% inicial de cada acción, si se paga en numerario (Artículo 89-I, III y IV).

m) La obligación de indicar en la escritura la parte exhibida del capital social, el número, valor nominal y naturaleza de las acciones, la forma y términos en que deba pagarse la parte insoluta de las mismas (dividendos pasivos) (Artículo 91-I, II, III).

n) La prohibición de emitir acciones por una suma menor a su valor nominal (Artículo 115).

o) La distribución de utilidades y del capital social en proporción al importe exhibido de las acciones y la responsabilidad de suscriptores y adquirentes de acciones pagadoras por el importe insoluto de la acción durante 5 años (Artículo 117).

p) La opción de la sociedad llegado el plazo en que deban pagarse las exhibiciones y el monto de estas, para proceder a exigir judicialmente al socio el pago de los dividendos pasivos o bien proceder a la venta de las acciones (Artículo 118).

q) La obligación de declarar extinguidas las acciones y de proceder a la consiguiente reducción del capital social en el supuesto de que en el plazo

de un mes a partir de la fecha en que debiera hacerse el pago de los dividendos pasivos, no se hubiere iniciado la reclamación judicial o no se hubieren vendido las acciones en un precio que cubra el valor de la exhibición (Artículo 121).

r) La prohibición de emitir nuevas acciones hasta que las precedentes hayan sido íntegramente pagadas (Artículo 133).

s) La prohibición para las sociedades anónimas de adquirir sus propias acciones, salvo el caso excepcional de la adjudicación judicial en pago de créditos y cuando esto pase la obligación de venderlas en un plazo de 3 meses o extinguirlas y reducir el capital social (Artículo 134).

t) La responsabilidad personal y solidaria de los consejeros y directores que hayan autorizado la adquisición de las acciones, en contravención a la prohibición legal, por los daños y perjuicios que se causen tanto a la sociedad como a los acreedores de ésta (Artículo 138).

u) La prohibición a la sociedad anónima de hacer préstamos o anticipos sobre sus propias acciones (Artículo 139).

v) La obligación de mantener en depósito en la sociedad anónima las acciones pagadas total o parcialmente en especie durante dos años, y cuando resultare que el valor de esos bienes fuere menor, en un 25% del valor en que se aportaron, la obligación del accionista de cubrir la diferencia (Artículo 142).

w) La disolución anticipada por la pérdida de las dos terceras partes del capital social (Artículo 229-V)

x) El derecho del socio, sólo para exigir a los liquidadores la entrega parcial del haber que le corresponda (nunca la total), que sea compatible con los intereses de los acreedores y la obligación de publicar el acuerdo sobre la distribución parcial (Artículo 243).

y) La obligación de publicar el Balance final de liquidación, antes de distribuir el remanente entre los socios (Artículo 247).

Con lo anterior se demuestra que el legislador quiso blindar al capital social, reconociendo la necesidad del mismo durante toda la vida de la sociedad y protegiéndolo cuidadosamente.

Es claro que debe desalentarse la constitución de sociedades con capitales mínimos bajísimos, libremente señalados por los fundadores y por el contrario alentar y promover la constitución de sociedades con capitales suficientes para realizar sus finalidades.

Sería deseable la rectificación del legislador y la reincorporación en el texto de la ley de capitales mínimos legales, superiores inclusive a los elimi-

nados, que sean suficientes para apuntalar el éxito de los negocios societarios y no sostener en cambio el despropósito que significó la reforma.

Por otra parte el capital social no puede conseguirse sino a través de aportaciones de los mismos socios o bien recurriendo al público inversionista.

Para grandes proyectos que rebasan las posibilidades de los socios, se tiene que recurrir a cualquiera de las dos variantes que existen en el proceso de intermediación del dinero, o bien recurriendo al crédito bancario que significará para la empresa utilizar recursos ajenos, incrementando su pasivo, o bien acercándose al mercado de valores, en sus dos facetas, el de deuda o el de capital. El primero, conduce también a incrementar el pasivo de la sociedad y en el segundo es en donde pueden captarse recursos para integrarlos al capital social. Cuando esto sucede estamos ya en el campo de las sociedades abiertas, que la Ley del Mercado de Valores ha bautizado como sociedades anónimas bursátiles (SAB).

Al expedirse en 2005 la nueva Ley del Mercado de Valores se creó un nuevo subtipo societario de la anónima, la Sociedad Anónima Promotora de Inversión (SAPI) que buscó propiciar el acceso de empresas medianas al capital de riesgo y en su momento al Mercado de valores facilitando el que dichas empresas pudieran tener un acceso a fuentes de financiamiento alternas al crédito bancario.

Se presentó como un subtipo intermedio entre la sociedad anónima regulada por la LGSM y la sociedad anónima bursátil, que es aquella que tiene ya acciones listadas en la bolsa de valores, buscando con ello, atraer a ese tipo de inversionistas que de no encontrar un marco legal flexible, preferirían participar simplemente como acreedores de la empresa y no como accionistas.

Se puso en la mira a esas instituciones norteamericanas “Private Equity” que en su actividad buscan invertir en empresas, que no estando listadas en bolsa, les resultan atractivas, impulsando su desarrollo, celebrando acuerdos comerciales de inversión conjunta “Joint Venture”, con inversionistas locales, coparticipando por un tiempo limitado hasta obtener resultados económicos con empresas existentes o de nueva creación, produciendo bienes o servicios, introduciendo los suyos, apoyando los eslabones de la producción, compartiendo costos y riesgos, buscando superar barreras comerciales de manera que a la aportación de los recursos por los extranjeros se sumara la aportación de los nacionales y su conocimiento del mercado específico de México y con facilidades para retirarse de la sociedad cuando les convenga.

Frente a esta realidad, la Ley General de Sociedades Mercantiles resultaba demasiado rígida, y así se requirió introducirle la flexibilidad consagrada

en la legislación norteamericana para celebrar pactos parasociales, por ejemplo para celebrar acuerdos entre socios, para ajustar a modo, el derecho de voto (voting trusts), incluyendo en los estatutos cláusulas permisivas, limitando o ampliando el reparto de utilidades u otros derechos económicos, restringiendo la transmisión accionaria, emitiendo acciones con diferentes derechos, inclusive sin derecho de voto, estableciendo cláusulas de escape, opciones de compra o venta (tag along, drag along, calls, puts, etc.), y sobre todo reglas de salida regulando causas adicionales de retiro, separación, y exclusión de socios y amortización de acciones que sin duda afectarán al capital social. Para ello era necesario romper paradigmas y así se hizo; se legisló en contra de algunos principios como los siguientes:

(I). “No producirán ningún efecto legal las estipulaciones que excluyan a uno o más socios de la participación en las ganancias” (Artículo 17);

(II). “Para proceder a la constitución de una sociedad anónima, se requiere:

I. Que haya dos socios como mínimo y que cada uno de ellos suscriba una acción por lo menos...” (Artículo 89).

(III). “Se prohíbe a las sociedades anónimas adquirir sus propias acciones, salvo por adjudicación judicial en pago de créditos de la sociedad” (Artículo 134).

(IV). “Es nulo todo convenio que restrinja la libertad de voto de los accionistas” (Artículo 198).

Muchas de las nuevas reglas para las SAPI, fueron incorporadas en la Ley General de Sociedades Mercantiles, en la llamada Miscelánea Mercantil publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 23 de junio de 2014 para las sociedades cerradas, ordenamiento que merece un análisis especial, pero entre las que no se tocaron están la prohibición de adquirir sus propias acciones, y el principio de suscripción integra, conservándose en la ley, como único caso de excepción al mismo, la posibilidad reservada para las sociedades anónimas de capital variable, de emitir acciones no suscritas, “acciones de tesorería” para su posterior puesta en circulación.

“... Las acciones emitidas y no suscritas o los certificados provisionales en su caso se conservarán en poder de la sociedad para entregarse a medida que vaya realizándose la suscripción” (Artículo 217).

En cambio el artículo 17 de la Ley del Mercado de Valores, permite a las SAPIS adquirir sus propias acciones cumpliendo los siguientes requisitos:

Primero.—Las SAPIS, previo acuerdo de su Consejo de Administración pueden adquirir sus propias acciones, sin que se les aplique la prohibición del Artículo 134 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Segundo.—a) La adquisición puede hacerse con cargo a su capital contable, manteniéndose las acciones adquiridas sin reducir su capital social o bien,

b) La adquisición puede hacer con cargo al capital social y una de dos i) o *se resuelve cancelarlas con la consiguiente reducción del capital*, o ii) se convierten en acciones emitidas no suscritas que se conservan en Tesorería. Esta posibilidad la permite la Ley del Mercado de Valores inclusive para sociedades de capital fijo.

Estas acciones pueden colocarse sin que se requiera acuerdo de la Asamblea de Accionistas y sin perjuicio de lo que el Consejo de Administración resuelva al respecto. Las acciones de tesorería pueden ser objeto de colocación entre los accionistas de la empresa sin que les sea aplicable el artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

c) Mientras las acciones pertenezcan a la sociedad, no pueden ser representadas, ni votadas en Asamblea, ni ejercitar derechos sociales o económicos de tipo alguno.

Por lo que se refiere a las sociedades reguladas por la LGSM se mantuvo la prohibición del artículo 134 de la ley, pues no se incluyó este supuesto en la Miscelánea Mercantil de 2014.

Por otra parte el artículo 56 de la misma Ley del Mercado de Valores, permite igualmente a las Sociedades Anónimas Bursátiles (SAB), adquirir las acciones representativas de su capital social, sin que tampoco les sea aplicable la prohibición del artículo 134 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y siempre que:

Uno. La adquisición se efectúe en alguna bolsa de valores nacional.

Dos. La adquisición y en su caso la enajenación se realicen a precio del mercado, salvo que se trate de ofertas públicas o de subastas autorizadas por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Tres. La adquisición se realice, o bien:

I) Con cargo al capital contable, manteniéndose en tenencia propia, sin necesidad de reducir el capital, o

II) Con cargo al capital social, convirtiéndose en acciones de tesorería (emitidas y no suscritas), sin requerir acuerdo de Asamblea. Igualmente en este caso se permite a sociedades de capital fijo al amparo de este procedimiento, convertir las acciones que adquieran, en acciones de tesorería. Cuando se anuncie el capital autorizado deberá de publicitarse el capital suscrito y pagado.

Cuatro. En cada ejercicio la Asamblea Ordinaria de Accionistas debe señalar un monto máximo de recursos destinados a la compra de sus accio-

nes, pero en ningún caso, dichos recursos pueden exceder del total de las utilidades netas, incluyendo las retenidas.

Cinco. La Sociedad debe estar al corriente en el pago de sus obligaciones derivadas de instrumentos de deuda.

Seis. La adquisición y enajenación no pueden dar lugar a que se excedan los porcentajes de acciones ordinarias en relación con las acciones de voto limitado, restringido o sin voto, que haya autorizado la CNBV (25% del capital pagado colocado entre el público inversionista).

Siete. Estas acciones pueden colocarse entre el público inversionista sin requerir acuerdo de la Asamblea o del Consejo y no les es aplicable el artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Finalmente se concede otra excepción a las disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles, en la Ley del Mercado de Valores, al permitir en su artículo 53, a las SABs, inclusive a las que sean de capital fijo, emitir acciones de tesorería para ser suscritas con posterioridad por el público inversionista siempre que se ajusten a lo siguiente:

i. Que una asamblea extraordinaria de accionistas apruebe el importe máximo del aumento del capital y las condiciones en que deben hacerse las correspondientes emisiones de acciones.

ii. Que la suscripción de las acciones emitidas se efectúe mediante oferta pública, previa inscripción en el registro.

iii. Que el importe del capital suscrito y pagado se anuncie siempre que den publicidad a su capital autorizado.

iv. Para el caso de aumento de capital mediante oferta pública, no opera el derecho de suscripción preferente.

Estas reglas de excepción que permiten a la sociedad adquirir sus propias acciones y convertirlas en acciones de tesorería, aun tratándose de sociedades de capital fijo, se entienden perfectamente en las sociedades bursátiles, para dotarlas de un mecanismo de autodefensa que preserve el valor de sus acciones al permitirles adquirirlas ante los eventuales desplomes de las bolsas de valores, tan frecuentes en épocas turbulentas y de inestabilidad financiera como las que vive hoy nuestro país y el mundo.

No se entiende con la misma claridad en cambio haberlas incorporado para las sociedades anónimas promotoras de inversión (SAPIS), que no tienen acciones cotizadas en bolsa.

Afortunadamente en la Miscelánea Mercantil de 2014 no se incorporaron en el texto de ley para las sociedades cerradas.

Otras novedades introducidas en la SAPI y que no analizamos en este artículo, se incorporaron lisa y llanamente al texto de la Ley General de So-

ciudades Mercantiles, en la Miscelánea Mercantil de 2014 y se hicieron sin una reflexión profunda de su necesidad o bondad, produciéndose un texto parchado y con contradicciones.

Es deseable que en México, se haga una revisión integral y profunda de la legislación en esta materia y se promulgue una nueva Ley General de Sociedades Mercantiles, que conservando lo positivo de la actual, elimine disposiciones obsoletas y las adiciones y parches hechas como ocurrencia, copia o influencia del exterior y que en cambio, ajuste el nuevo texto a las necesidades del país, incorpore los avances del derecho societario en derecho comparado y respete los principios de nuestro sistema jurídico, México lo merece y lo necesita.

REFLEXIONES SOBRE LA FORMA IDEAL DE ACCESO AL NOTARIADO

Javier Pérez Almaraz



Este breve ensayo no tiene grandes pretensiones, representa solamente el ánimo y el honor de colaborar en este más que merecido homenaje al Doctor Bernardo Pérez Fernández del Castillo, un pilar del notariado mexicano y del notariado internacional.

Es así que cuando el notario Gilberto Adame López, amablemente me invitó, no dudé en aceptar participar, aun cuando este breve trabajo está más orientado a hacer algunas reflexiones sobre el acceso a la función notarial y el desempeño de la misma, que dirigido a enriquecer la cultura jurídica o los trabajos de investigación en el ámbito notarial mexicano.

La idea de tratar el tema de la forma de acceso a la función notarial, de la forma que estimo más respetada y transparente, va estrechamente ligada con el notario al que reconocemos en ésta recopilación de ensayos: Bernardo Pérez Fernández del Castillo.

Bernardo, ahora reconocido como escritor, investigador, historiador, profesor, notario y excelente amigo, es uno de los profesionales que más “sufrió” para llegar a ser notario del Distrito Federal, tuvo que superar varias veces, no solamente los obstáculos propios de toda evaluación: conocimientos, memoria, criterio, análisis, y redacción; hizo también acopio de paciencia, de tesón, de constancia y como él mismo lo ha reconocido, de mejorar su capacidad de comunicación verbal y mostrar el temple que se requiere para triunfar en un examen, pero más que eso, para ejercer dignamente una profesión de altísima responsabilidad.

ALGUNOS ANTECEDENTES DE LA FORMA DE INGRESO

Es oportuno entonces recordar que si el notario se convierte a la postre en un técnico del derecho, entre otros muchos atributos que debe reunir, la selección tiene que ser rigurosa y tomarse en cuenta, tanto la preparación

científica como la habilidad práctica para resolver problemas jurídicos, para redactar sus soluciones y para comunicarse de manera precisa y clara.

No puede dejarse de lado de ninguna manera, pues acaso es tanto o más importante que la preparación científica, la moralidad y el buen comportamiento profesional del notario.

Es de señalarse que de manera básica se distinguen como formas de acceso a la función notarial, en primer lugar la de la designación libre, ya sea porque la autoridad gubernamental lo decida con la discrecionalidad propia de su ejercicio como en muchos otros casos en que puede tener únicamente argumentos de conveniencia política o amistosa.

Recuerdo, en este tenor, a algún funcionario gubernamental que criticaba ferozmente la forma de acceso al notariado en varios Estados de la República, señalando que era increíble que los Gobernadores en turno “obsequiaran” notaría a personas allegadas a ellos sin mayor argumento que el de cumplir con un favor político como los que son comunes en nuestro medio y delegar una alta responsabilidad en personas impreparadas o sin vocación. Le expresé mi acuerdo con la crítica y le hice ver, que la misma, desgraciadamente era aplicable a muchísimos funcionarios públicos como él, a quienes se atribuían grandes responsabilidades, sin considerar su escaso o nulo conocimiento para ejercer las mismas. Sus críticas, desde luego justificadas, cesaron de inmediato...

En segundo lugar, aunque no ha resultado un sistema exitoso, menciono el que conlleva una formación escolar, es decir, aquel que no tiene que ver ni con favoritismos o compromisos políticos o económicos, pero tampoco con el de enfrentarse a un sínodo que igual puede ser objetivo que subjetivo, con todos los factores que ello involucra.

Me refiero al sistema de escuela especial o especialidad del notariado, creadas específicamente para la formación de notarios, con la enorme dificultad de tener que determinar “quien va primero” de entre los alumnos que han cursado y aprobado de manera satisfactoria todas las materias que se les han impartido, pues debe tomarse en cuenta que al ser la selección de notarios, principalmente “*numerus clausus*” y no “*numerus apertus*”, ello dificulta de manera muy grande decidir quién tiene derecho antes que otro, especialmente si no se da una competencia en la que pueda calificarse la preparación de cada uno.

En tercer lugar, encontramos otra forma de acceso, a la que me refiero principalmente en este trabajo, por ser la que rige en el Distrito Federal desde 1946, que es la del examen de oposición, que sin duda es la mejor, aunque desde luego también tiene inconvenientes, señalemos algunos.

Se dice que en muchos casos el sistema de examen de oposición está orientado, más que a formar un buen notario, a la preparación para aprobar un examen y además derrotar a los contendientes, lo que resta el carácter humanista y de servicio público que debe tener la profesión notarial.

En muchas ocasiones, quienes no obtienen el triunfo en el examen, ven reducida su autoestima y sienten frustración por el objetivo no conseguido, otros toman animadversión y antipatía a la función notarial, ya sea por el solo sentimiento de la mencionada frustración o bien porque consideren que había consigna en el jurado para aprobar a unos y reprobar a otros y que el propio sínodo no se condujo con imparcialidad y objetividad.

Debe admitirse también, que todo sistema de exámenes, tiene con frecuencia una dosis de suerte, en el caso del examen en el Distrito Federal, por ejemplo, el caso o tema a desarrollar, la eficiencia de la secretaria que auxilia al sustentante, la actitud de los integrantes del jurado, la elocuencia, la audacia o el carácter pusilánime del propio sustentante o de algún sinodal, el cansancio que ya no permite pensar con claridad y muchos otros factores relacionados con éste entorno.

Cuando el sistema de exámenes de oposición se aplica “a rajatabla” se corre el riesgo de convertirlo en una forma de acceso deshumanizada y cruel, pienso que muchos de quienes pasamos por esa experiencia del examen de oposición agotador y de feroz competencia, inevitablemente en algún momento pensamos, que no obstante ser mejores, no se nos valoraba en una justa dimensión y se medía con varas distintas a los sustentantes por el mismo jurado.

Me parece evidente que el hecho de convertir al sustentante en una especie de “máquina de memorizar”, así como de argumentar de manera contundente, aun cuando no siempre convincente y en pensar siempre en los fundamentos legales y no tanto en el criterio y el análisis jurídicos, tiene la desventaja de perder de vista aspectos que son fundamentales, no para el desahogo de un examen, sino para el ejercicio de una profesión profundamente humanista y de servicio.

De cualquier manera, si se llega a ser notario o no, a través del sistema de exámenes de oposición, el sólo hecho de haber empleado muchísimas horas en el estudio concienzudo, más que de doctrina o jurisprudencia, de disposiciones legales, tiene grandes ventajas si se aplican esos conocimientos con suficiente criterio en la práctica profesional, aunque no sea la notarial; así lo ha reconocido el propio Bernardo, señalando que la presentación de varios exámenes sin haber logrado el éxito al principio, le creó una disciplina de estudio que nunca ha dejado, no obstante sus muchos años de ejercicio notarial.

Si alguna vez tuve conciencia de haber ya estudiado, durante la carrera de derecho, por ejemplo, el Código Civil, la misma se vio considerablemente mermada cuando empecé a asistir a escuchar las réplicas de los sinodales en los exámenes y las respuestas de los sustentantes, así como los argumentos y conocimientos del notario Carlos de Pablo, con quien ya trabajaba desde muy joven, para llegar a la triste conclusión de que mis conocimientos eran escasísimos.

Una parte que estimo positiva de ésta forma de acceso al notariado, que es el examen de oposición, es que tanto propios como extraños, reconocen los conocimientos profundos que se requieren y que muchos notarios tienen en diversas ramas del derecho como el civil, el mercantil, el fiscal y desde luego el notarial y registral.

Aun cuando el sustentante no obtenga el triunfo en los exámenes, esa disciplina de estudio le va a representar indudables ventajas y beneficios profesionales propios y para los solicitantes de sus servicios.

En materias como las señaladas, la preparación y el estudio implicaron, por lo menos en mi caso, la experiencia de haber vuelto a cursar, aunque de manera no oficial, muchas materias del derecho y conocer y aplicar de manera mucho más profunda y concienzuda, gran cantidad de disposiciones legales que en principio ni siquiera relacionaba entre sí, para emplearlas de manera integral, de ahí que muchos reconozcan que el notariado constituye una verdadera especialidad o una especie de posgrado en el derecho.

FORMAS DE APLICACIÓN DE LOS EXÁMENES

La manera en que se aplican los exámenes en las distintas épocas y en diversos países que siguen este sistema, es motivo también de gran debate y largas discusiones.

En primer lugar, la composición de sínodo implica un serio problema para quienes organizan los exámenes, pues tenemos por una parte, a la autoridad, supervisora del notariado, vigilante y sancionadora de su función y por otro, los órganos directivos notariales y comisiones de notarios, encargados de participar y de organizar en gran medida los exámenes, labor por cierto harto difícil e ingrata para quienes asumen esa responsabilidad.

Ha sido siempre motivo de discusión, si el sínodo debe estar integrado por tres o por cinco miembros y si éstos deben ser todos notarios.

En diversas épocas se ha percibido la intención de la autoridad administrativa de “controlar” los exámenes incluyendo en el sínodo a funcionarios o a profesionales designados a su vez por los servidores o funcionarios en

turno, aun cuando los profesionales elegidos, siempre respetables, tengan escasa o ninguna experiencia y conocimiento de lo que implica la función notarial.

Debe decirse sin embargo, que tampoco es un sistema idóneo aquel que consiste en que la designación del jurado y la elaboración de los temas o preguntas a desahogar, recaigan en su totalidad en notarios integrantes de los órganos directivos, pues ello se presta, para decirlo con franqueza, a que algunos piensen que entonces las evaluaciones están dirigidas a hacer que triunfen los mejor recomendados por el órgano directivo o los más conocidos en el medio, aun cuando no sean los más capacitados.

Es claro que la integración de los jurados, la metodología de los exámenes, el sistema para calificar y muchas otras circunstancias que en principio pueden parecer triviales como el conocimiento, simpatía o antipatía por los sustentantes, el cansancio de los jurados y el número de horas que se destinan, implica serios problemas para tener la mayor objetividad y justicia en los resultados, sin embargo, por regla general, los jurados se conducen con imparcialidad en la aplicación de los exámenes.

A muchos nos parece indudable que aún con las grandes deficiencias que se tienen, lo correcto y lo lógico es que el jurado esté integrado mayormente por notarios y que éstos no tengan, en lo posible, relación de amistad, de trabajo o de parentesco con ningún sustentante.

Un número considerable de notarios, decimos que quien mejor y más autorizado para calificar al cirujano o al arquitecto que pretende acceder a un nivel superior en su trabajo o en su instrucción académica, que otro u otros cirujanos u otros arquitectos, este mismo principio es desde luego aplicable al notariado, más aún porque su ejercicio conlleva el de una función pública que se traduce en un servicio público de la mayor trascendencia para los ciudadanos.

Otro aspecto que es motivo de discusiones y reflexiones, estriba en si en la parte oral de los exámenes debe hacerse que el sustentante no sólo responda a los cuestionamientos que le hacen los miembros del jurado, sino que pueda expresar libremente y sin interrupciones, sus conocimientos sobre un tema determinado, lo que permite observar mejor su expresión verbal, sus conocimientos y su criterio sobre el tema que exponga.

Con frecuencia las críticas se dan porque no se permite al sustentante expresarse, las interrupciones de los sinodales son constantes y en muchos casos éstos dan una impresión de soberbia, de prepotencia y de estar ahí para que el público escuche sus profundos conocimientos y su elocuencia, que resulta lamentable, ya que lo importante es escuchar al sustentante para formarse una idea de su preparación y de sus conocimientos.

Hace falta en muchos, una dosis de humildad para reconocer que se requiere cierta preparación pedagógica y gran objetividad y lucidez para ser quien tiene en sus manos el futuro profesional de los sustentantes y conducirse en consecuencia con el resto de los miembros del jurado y principalmente con los examinados.

Sin duda, aunque no son los únicos elementos que deben tomarse en cuenta, pues ya me referiré a ellos más adelante, en el examen de oposición, todos los aspirantes están obligados a llegar preparados técnicamente, ser conocedores de la ley, de la doctrina y de resoluciones judiciales importantes, que tengan que ver con la función notarial y además, preparados en la práctica cotidiana para tener verdaderas posibilidades de triunfar, no sólo de llegar a competir y en un golpe de suerte obtener el triunfo.

VARIANTES EN EL SISTEMA DE EXÁMENES

Me refiero ahora, a las leyes del notariado que en el Distrito Federal han regulado el sistema de exámenes, en este caso siempre con la modalidad de oposición “cerrada”, es decir, aquella en la que sólo pueden presentarse quienes cuentan con patentes de aspirantes al ejercicio del notariado.

Prácticamente en todo el país y también en el extranjero, se reconoce que el sistema de acceso que tenemos en la capital de la República es el más riguroso y el que mayores exigencias representa para los sustentantes; éste se ha convertido en una especie de “modelo” para las Entidades Federativas en que se ha decidido que el acceso al notariado sea por oposición.

LEY DE 1946

La Ley del Notariado para el Distrito Federal y Territorios, expedida el 31 de diciembre de 1945 y publicada en el *Diario Oficial* de 23 de febrero de 1946, para entrar en vigor 30 días después, fue en México el primer ordenamiento que estableció el sistema de exámenes para acceder a la función notarial, lo que con ciertas variantes y para orgullo del notariado capitalino, prevalece hasta la fecha (año 2015).

La ley citada fue la primera en incluir disposiciones para que el acceso a la función notarial fuera a través de exámenes, lo que significa que desde marzo de 1946, todos los notarios del Distrito Federal, lo son por examen de oposición.

Se hizo obligatorio desde entonces, primero aprobar un examen que daba derecho a la obtención de una patente como aspirante al ejercicio del

notariado, pero que de ninguna manera y en ningún caso, permitía el ejercicio de la profesión notarial y así sigue siendo hasta la fecha.

Algunas de las disposiciones importantes de este ordenamiento respecto del tema que se trata son:

Art. 97.—Entre los principales requisitos para obtener la patente de aspirante al ejercicio del notariado estaban, los de ser mexicano por nacimiento, con 25 años cumplidos pero no más de 70, tener buena conducta y título de abogado.

Se establecía también, la obligación de comprobar que durante por lo menos ocho meses ininterrumpidamente, se había practicado bajo la dirección y responsabilidad de algún notario titular, plazo demasiado breve si se toma en cuenta que la práctica requerida para tener posibilidades reales de aprobación del examen era en realidad mucho mayor y finalmente, cumplir el requisito de aprobar el examen.

Art. 101.—Esta ley establecía que el jurado del examen se compondría de cinco miembros, que eran el Gobernador del Distrito Federal o un representante de éste, el Presidente del Consejo de Notarios y tres miembros más, nombrados por el propio Consejo de Notarios.

Art. 103.—Para cumplir con el examen se realizaba una prueba práctica que consistía en redactar un instrumento notarial que se sorteaba de entre 20 temas propuestos por el Consejo de Notarios y que se presentaban en sobres cerrados.

Art. 105.—No podían formar parte del jurado los notarios en cuyas notarías hubiere hecho su práctica el sustentante, ni los parientes consanguíneos o afines de éste dentro del tercer grado en línea recta o transversal y tampoco los que guardaran relación íntima de amistad con el sustentante.

Destaca también en esta disposición, que el sinodal que dejaba de concurrir al examen sin mediar impedimento o dispensa, era multado por el Gobierno del Distrito Federal.

El sustentante podía llevar códigos y libros de consulta para resolver la prueba práctica y contaba con 5 horas para desarrollar el tema, resolviendo el caso sorteado.

Art. 106.—Posteriormente, el sustentante leía en voz alta su trabajo y los miembros del jurado lo interrogaban con preguntas que tuvieran que ver con el tema resuelto.

Art. 107.—Si el sustentante no aprobaba no se le podía conceder nueva oportunidad sino hasta después de un año de celebrado el examen.

Art. 116.—Por lo que se refiere a la obtención de la patente de notario, la ley exigía contar con la patente de aspirante ya registrada, no tener impedimento para ingresar al notariado, que existiera alguna vacante y desde luego, triunfar en la oposición.

Art. 120.—El jurado del examen se componía de 5 miembros, el Delegado del Gobernador, el Presidente del Consejo de Notarios, un Vocal del Consejo y dos notarios más que también nombraba el Consejo, con lo que el sínodo se componía por 4 notarios y un funcionario.

Art. 121.—El examen de oposición también tenía, como hasta la fecha, un ejercicio práctico y otro teórico, en el primero se elegía un tema que venía en sobre cerrado de entre 20 propuestos por el Consejo, entre los casos más complejos que los consejeros hubieren tenido en el ejercicio de su profesión y el ejercicio teórico implicaba la parte oral en que los miembros del jurado podían interrogar al sustentante sobre cualquier punto de derecho relacionado con la función notarial.

Art. 122.—El sustentante disponía de 5 horas corridas para redactar el instrumento con el que resolvería el ejercicio o examen práctico.

Art. 123.—El ejercicio teórico se efectuaba en el salón de sesiones del Consejo de Notarios y era público, de manera que cualquier persona, notario o no, podía presenciar este ejercicio teórico, escuchando las preguntas de los sinodales y las respuestas del aspirante a notario.

Art. 124.—Finalmente, si la calificación era aprobatoria, el resultado se calificaba con tres opciones: “perfectamente bien”, “muy bien” o “bien” y el que obtenía la mayor calificación era el triunfador en la oposición y debía expedírsele la patente de notario.

La mayoría de estas reglas que, como se ve, son sumamente estrictas, se conservan con ciertos cambios que enseguida veremos, hasta nuestros días.

LEY DE 1980

Esta Ley del Notariado para el Distrito Federal se publicó en el *Diario Oficial* el 8 de enero de 1980 y entró en vigor 60 días después.

Respecto del tema que nos ocupa destacan las siguientes disposiciones.

Art. 13.—Señalaba que para obtener la patente de aspirante se requería, entre otras cosas, tener 25 años cumplidos pero no más de 60 (a diferencia de los 70 que disponía la ley anterior).

Se requería una práctica profesional de 3 años a partir del examen de licenciatura en derecho y subsistía la práctica de por lo menos 8 meses ininterrumpidos en una notaría del Distrito Federal.

Art. 19.—El jurado para los exámenes, tanto de aspirante como de oposición se integraba por 5 miembros, que eran el Jefe del Departamento del Distrito Federal o su suplente, los Directores Generales Jurídico y de Estudios Legislati-

vos y del Registro Público de la Propiedad y del Comercio del Distrito Federal o sus suplentes, así como 2 notarios designados por el Consejo del Colegio de Notarios del Distrito Federal.

Art. 20.—En esta disposición destaca el hecho de que si el sustentante no aprobaba, no podía volver a presentar examen sino después de seis meses, en vez de un año, como en la ley anterior.

Art. 23.—El sistema de calificación en el examen de oposición se volvió numérico, en una escala de 10 a 100 en la que el mínimo para aprobar, como hasta la fecha, es de 70 puntos y el sustentante con mayor puntuación era el triunfador y por ende, nuevo notario.

Si la calificación era de menos de 65 puntos, el sustentante no podía volver a presentar examen sino hasta pasados seis meses.

Art. 25.—El Jefe del Departamento del Distrito Federal, debía expedir las patentes de aspirantes al notariado y de notarios a los aprobados en el primer caso y a los triunfadores, en el segundo.

LEY DE 2000

La vigente Ley del Notariado para el Distrito Federal se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 28 de marzo de 2000 y entró en vigor 60 días después.

Respecto de la forma de acceso al notariado, son de señalarse las siguientes disposiciones.

Art. 54.—Acreditar cuando menos 12 meses de práctica notarial ininterrumpida bajo la dirección y responsabilidad de algún notario del Distrito Federal.

Art. 58.—El jurado se integra por 5 miembros, de los cuales el Presidente es nombrado por el Jefe de Gobierno de Distrito Federal, debiendo ser un jurista prestigiado en disciplinas relacionadas con la materia notarial o incluso notario.

Un secretario designado por el Colegio de Notarios que es el notario de menor antigüedad en el sínodo, mas tres notarios, de los cuales uno lo designa el Colegio de Notarios y los otros dos la Consejería Jurídica y de Servicios Legales del Distrito Federal, aunque es de señalarse que estos dos últimos, pueden ser profesores con especialización en cualquier disciplina relacionada con la función notarial.

Los miembros del jurado no pueden ser cónyuges o parientes consanguíneos hasta el cuarto grado o afines hasta el segundo grado, tampoco los notarios en cuyas notarías el sustentante haya realizado su práctica o prestado servicios, los que tengan o hubieren tenido relación laboral con el sustentante

o sus parientes en los grados mencionados, tampoco los notarios asociados o suplentes de los titulares citados, ni los cónyuges o parientes de éstos, en los grados indicados.

Como se ve, en aras de la imparcialidad, la disposición tiene el efecto actualmente, de que muchos notarios quedan inhabilitados para examinar.

Para la prueba práctica el sustentante dispone de 6 horas y ya no 5, pero debe redactar también, en pliego aparte, las razones que lo llevaron a la solución que dio al tema planteado, así como las alternativas de solución que tuvo.

Art. 59.—En el examen de aspirante, la calificación puede ser aprobatoria o reprobatoria por unanimidad o reprobatoria por mayoría; si es reprobatoria por unanimidad, el sustentante no puede solicitar nuevo examen sino hasta después de un año y si reprueba por mayoría, el plazo es de seis meses.

Art. 61.—El Gobierno del Distrito Federal puede designar uno o más observadores de los exámenes, que deben ser licenciados en derecho y pueden emitir opinión para perfeccionar los mismos.

Es importante mencionar que algunas de las disposiciones relativas a los exámenes, sufrieron modificaciones por decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal de 23 de julio de 2012, para entrar en vigor 60 días después.

El art. 60 establecía que el examen de oposición debía ser uno por cada notaría y se modificó para permitir el concurso de hasta tres notarías en una misma oposición, lo que me parece desafortunado pues cuando hay un solo ganador, generalmente no queda duda de su capacidad y del resultado, pero cuando hay tres triunfadores, es más probable que existan esas dudas.

Antes de llegar a las conclusiones de este trabajo, considero de suma importancia señalar un aspecto que no siempre se tiene como fundamental, aunque en mi opinión sí lo sea, para el acceso a la función notarial y más aún, para el ejercicio de la profesión, que es el de la buena conducta y la moralidad.

Las distintas leyes del notariado generalmente hacen referencia a este tema de la buena conducta, como parte de los requisitos que debe reunir el interesado en examinarse y han dispuesto que ello debe acreditarse, por ejemplo, con informaciones testimoniales en vía de jurisdicción voluntaria o con declaraciones notariales, generalmente hechas por dos personas que den buenas referencias del sustentante.

Difícil sería que la ley pudiera llegar más lejos en este terreno, pienso que son más bien los órganos directivos de los notariados, los que deben poner muchísima atención en esto.

Los códigos de ética o de buena conducta son un elemento muy útil para procurar el buen comportamiento cuando se ejerce la profesión, pero ello no se da respecto de los profesionales que están en la etapa de querer

ejercer la profesión, por lo que estimo que la selección para quien pretende examinarse y a la postre ejercer la función notarial, debiera ser elemento indispensable, no solo desde el punto de vista de la preparación, que, como ya se dijo, tiene que ser rigurosa y completa, sino también desde la perspectiva del comportamiento del interesado.

No debe perderse de vista desde luego, que las apreciaciones sobre la buena fama, la reputación o el buen comportamiento, suelen ser subjetivas y que aun cuando la opinión que se rinda sea positiva desde el punto de vista de la honestidad, nada garantiza que esa persona no resulte ser de ambición desmedida, dispuesta “a todo” con tal de obtener clientela y asuntos, incluyendo las prácticas que provocan la competencia desleal.

Por ello considero que sería útil conocer los antecedentes familiares del sustentante, así como saber de los notarios u otros patrones a quienes prestó servicios, no para hacer juicios “a priori” pero sí para tener una idea más completa de la persona de que se trate antes de proceder al examen.

En mi opinión, sería deseable que los órganos directivos o las comisiones internas en los notariados, pusieran especial atención en este aspecto de manera que se dieran entrevistas o reuniones rigurosas, que permitieran tener un mejor conocimiento de la forma de conducirse del futuro notario, sin desconocer la dificultad que entrañaría hacer del conocimiento del sínodo, las circunstancias del caso, para tomarlas en cuenta en el examen, pienso que esta información sería mejor que nada para el jurado respectivo.

Hay quienes opinan que esto sería tanto como juzgar o calificar anticipadamente al sustentante, sin haber escuchado sus respuestas, argumentos y explicaciones en el examen y que ello restaría imparcialidad al sínodo, sin embargo creo que al ser el jurado un órgano colegiado, que es a la vez maduro y conocedor, es preferible tener ese conocimiento que llegar “en blanco” a examinar a alguien.

CONCLUSIONES

Primera. Aun con todas las innegables deficiencias que se han comentado, de los sistemas analizados para efectos del acceso a la función notarial, el del examen de oposición sigue siendo con mucho, el mejor que se tiene para procurar imparcialidad y objetividad, para que de manera justa, sea quien técnicamente esté mas calificado, el triunfador. Es conveniente también, que quienes participan como miembros del jurado tengan conocimiento, aunque sea somero, de cierta preparación pedagógica para examinar.

Segunda. Que los órganos directivos o las autoridades, seleccionen de manera cuidadosa a los miembros del jurado, procurando no incluir a sino-

dales que más que conocer la preparación del sustentante, pretendan “lucirse” en el examen, dando a conocer sus “amplios conocimientos” sobre distintas materias del derecho, o peor aún, humillar al sustentante, exhibiéndolo como un ignorante y además que se le permita expresarse sin interrumpirlo para que demuestre su experiencia y conocimientos o la falta de los mismos.

Tercera. Es deseable que se den una o varias entrevistas de los sustentantes con los órganos directivos o comisiones encargadas de los exámenes, para tener una idea más completa y un conocimiento más amplio del interesado, independientemente de su preparación técnica.

Estimo de suma importancia, crear conciencia en los sustentantes para que tomen el examen con toda seriedad y vean la profesión notarial no como un “negocio” sino como una actividad humanista y de servicio que, cuando se desempeña bien, los frutos económicos vienen aparejados.

Cuarta. Se hace indispensable que los interesados que solicitan examen, no vean esta solicitud como una especie de “lotería” en la que en un golpe de suerte resulten triunfadores, pues es cada vez más común escuchar críticas por la deficiencia en la preparación de estudiantes, no sólo para fines de ejercer el notariado, sino de manera general, que prevalece en muchas universidades y escuelas de derecho.

Quinta. Para efectos del ejercicio de la profesión notarial, más que para el acceso a la misma, muchos pensamos que más vale una persona de “mediana inteligencia” pero de valores firmes, con verdadero espíritu de servicio y siempre con una actitud respetuosa con los demás notarios y con sus clientes, que aquel que pueda considerarse un “genio del derecho” que no admite críticas ni argumentos en contra o que, peor aún, se desempeña con ambición y voracidad desmedidas.

Sexta. No debe descartarse ni soslayarse, la práctica de conocer, por los órganos directivos del notariado y desde luego por los miembros del jurado en los exámenes, la forma de pensar de cada interesado en ser notario, así como sus antecedentes profesionales y familiares. Aun cuando este conocimiento pudiera perjudicar al sínodo, ello es preferible a examinar a alguien sin tener la menor idea de la persona de que se trata, más aún, tomando en cuenta que la actividad notarial es principalmente humanista y de servicio público.

PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS QUE SE DERIVAN DE LA REASIGNACIÓN DE IDENTIDAD PARA LA CONCORDANCIA SEXO-GENÉRICA

Othón Pérez Fernández del Castillo



Felicito al señor licenciado Ángel Gilberto Adame López, por convocar a distintos maestros y juristas a escribir un libro en homenaje al maestro, notario y doctor en derecho, Bernardo Pérez Fernández del Castillo, quien es un prestigiado jurista, honorable e intachable; un autor reconocido por la proliferación de sus obras, por la profundidad de los temas de que se ocupa, y cuya dedicación, constancia y perseverancia en el estudio del derecho, le ha dado los merecimientos más que suficientes para recibir de quienes lo estimamos y admiramos, este libro homenaje.

La primera cuestión que se plantea para escribir un artículo, es la elección del tema; en este caso particular, y dentro de las opciones de un sin número de cuestiones a tratar, hay dos temas que en este momento presentan cuestiones relevantes a debatir, a saber: 1. El síndrome de alienación parental y sus delicados efectos en los niños y niñas; y 2. La reasignación de identidad para la concordancia sexo genérica por la multitud de efectos jurídicos que de él se desprenden.

PREGUNTAS Y DUDAS

Resulta que este tema de la reasignación de identidad para la concordancia sexo genérica presenta más preguntas y dudas que respuestas y soluciones; así que dentro del catálogo de preguntas podríamos citar las siguientes:

1. La identidad de género, ¿es una cuestión esencial o es un mero accidente en la persona humana?; es decir, ¿es una cuestión substancial o irrelevante?
2. La reasignación de identidad para la concordancia sexo-genérica, ¿es un tema del cual deba conocer el juez de lo familiar o basta la declaración

ser respetada por los deberes, obligaciones y derechos que emanan de las leyes federales, por ejemplo: 1. La CURP: la clave única del registro de población que debe de tener un código alfanumérico único de identidad y entre los caracteres debe tener el sexo y consecuentemente hay que cambiar los caracteres de la CURP.

15. Otro tanto sucede con el registro federal de contribuyentes.

16. No podemos soslayar la actualización del pasaporte que además hace referencia al sexo tiene impresa la fotografía y es frecuente que las personas que entran al cambio de identidad de género se realicen cirugías plásticas no solo del cuerpo sino también del rostro.

17. Lo mismo sucede no solo con el título profesional sino también como los grados académicos relativos a maestrías, especialidades y doctorados.

18. No nos podemos imaginar el conflicto que se puede suscitar con el abogado “Jorge”, cuya cédula profesional está dada de alta en el Tribunal superior de justicia o en algún tribunal o juzgado y que resulta que ahora es Margarita y no así hecho tales modificaciones y por tanto no tiene acceso ni al expediente ni para comparecer en una audiencia.

19. El IFAI (instituto federal de acceso a la información) será otra instancia ante la cual Margarita tiene que comparecer para manifestar la protección a sus datos personales: INAI, e INTAI.

20. La seguridad social está regulada por leyes federales, es el caso del IMSS (Instituto Mexicano del Seguro Social) y el ISSSTE (Instituto Social de Seguridad para los trabajadores al servicio del Estado), ante los cuales podría estar registrado Jorge como beneficiario de su cónyuge y no es fácil ahora aceptar como beneficiaria a “Margarita”.

22. El problema de las actas de nacimiento es seguramente uno de los más graves porque no solamente es el cambio de sexo para lograr la reasignación de identidad para la concordancia sexo-genérica sino también el cambio de nombre.

23. Pero que hacemos con las actas de nacimiento del hijo que cambio de sexo, la pregunta sería ¿es necesario adecuar el acta de nacimiento de un niño que aparecía como padre “Jorge” y ahora se pretende que aparezca “Margarita”?, lo cual implica que no se trata solo de cambio de nombre sino del padre, es decir, un sujeto de género masculino al que no corresponde margarita, entonces queda en suspenso encontrar la salida a esta cuestión.

24. En materia internacional tenemos el pasaporte que requiere un cambio en el sexo y también un cambio en la fotografía.

25. Pero el tema más agudo es si solo los mexicanos, en México, pueden promover el cambio. La cuestión es si solo los mexicanos pueden promover el cambio de identidad de género. La pregunta sería: ¿qué pasaría si un código civil de un estado fronterizo con Estados Unidos de Norteamérica abriera la puerta diciendo que cualquier persona de cualquier nacionalidad pudiera venir a México a tramitar su cambio de identidad de género?

Acaso estaríamos abriendo un renglón sobre “el turismo jurídico”, en donde se cobraran cantidades importantes para formalizar cambios de identidad de género a los extranjeros.

26. El derecho penal quizás es el que más debería poner atención sobre la cuestión que nos ocupa porque que fácil sería hacer cambio de reasignación de identidad para la concordancia sexo genérica para que los delincuentes de cuello blanco o delitos de crimen organizado, narcotráfico, tráfico de armas, trata de personas, etc., se transformaran radicalmente con intervenciones quirúrgicas para que nunca más encontraran a “Jorge” el cual ahora ya es una persona difícil de localizar cuando se transforma en “Margarita”, y así eludir la acción de la justicia.

Todos estos casos no son hipotéticos, ya se han dado en la realidad en México, lo que ha implicado averiguaciones especiales en la Procuraduría General de la República, el secretariado ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública y en la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

Igualmente se han presentado éstas situaciones en defraudadores en Pemex y en Comisión Federal de Electricidad uno de los cuales fue aprehendido, con gran sorpresa el delincuente precisamente por haber acudido al registro civil del Distrito Federal a inscribir la reasignación de identidad para la concordancia sexo-genérica.

27. La defraudación fiscal es un tema inevitable en estas circunstancias, porque podríamos preguntarnos si tendría “Jorge” éxito para evitar el cobro de las prestaciones tributarias, si dejara de ser el contribuyente defraudador para ser ahora una inocente “Margarita”.

28. No podemos eludir el tema de los derechos de autor. Es conocido por todos que algunos artistas y galanes de televisión han dejado de hacerlo para convertirse en modelo femeninos.

29. Si seguimos con este último tema tendríamos que preguntarnos si el derecho de exclusividad para trabajar en una televisora puede ser burlado en el momento en que ahora se trata de “Margarita”, o si ésta también queda incluida con los derechos de exclusividad de la televisora. Es conocido el caso de un cantautor que se convirtió en ella, y los problemas que tuvo que enfrentar.

30. Tema especial es si la CONAPRED (Consejo para prevenir y eliminar la discriminación) y la Ley Federal de Derechos Humanos podrían obligar a las iglesias de cualquier credo a aceptar la reasignación de identidad para la concordancia sexo-genérica.

Vamos a suponer un matrimonio contraído por católicos de conformidad con el derecho canónico.

Siguiendo nuestros ejemplos, “Jorge” contrajo matrimonio bajo el rito de la Iglesia Católica Apostólica Romana y bajo las normas del código canónico.

¿Se podría aceptar la reasignación de identidad para la concordancia sexo-genérica, de tal manera que “Jorge”, aun siendo ya “Margarita” siga estando casada religiosamente con su cónyuge femenina?, ¿o cada religión tendrá que pronunciarse al respecto?

31. ¿Pueden los hijos reclamar como daño moral irreparable conforme al artículo 1916 del código civil una indemnización por las consecuencias del descrédito o deshonor de su familia por la reasignación de identidad para la concordancia sexo genérica?

Y en su caso, ¿a quién demandarían: a Jorge o a Margarita, o a ambos?, ¿procede esta acción?

32. Y en materia contractual por ejemplo ¿en un contrato de mutuo entre un acreedor “Jorge” o un deudor “Jorge” se alterarían porque ahora es “Margarita”?; ¿en un arrendamiento o en cualquier contrato civil o mercantil, la situación es indiferente e irrelevante?; parece ser que cuando menos en los contratos *intuitu* persona no procedería sustituir al “Margarita” por “Jorge”; pensemos en la asociación denominada “Damas de San Ángel”. Es evidente que “Jorge” no sería aceptado.

33. Por último, en los casos de hermafroditismo natural, podrían los padres en el ejercicio de la patria potestad, decidir sobre la reasignación sexual de sus hijos, y en su caso, autorizar las operaciones quirúrgicas necesarias?, o ¿esta decisión es una decisión personalísima que ni los padres en ejercicio de la patria potestad ningún representante legal o voluntario pueden decidir, sino el sujeto que es la persona humana afectada; o ¿no sería un crimen de los padres decidir el sexo de sus hijos hermafroditas sin dar oportunidad a que estos adquieran la mayoría de edad para decidir?

Todo lo anterior debe estar matizado por el concepto de derechos humanos regulados en la Ley Federal del Consejo para prevenir y eliminar la discriminación. El artículo segundo del código civil, y especialmente el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

ANTECEDENTES DEL PRIMER PROCEDIMIENTO PARA LA REASIGNACIÓN DE IDENTIDAD PARA LA CONCORDANCIA SEXO GENÉRICA

En la gaceta oficial del Distrito federal del 10 de octubre de 2008, se incorporó un capítulo IV Bis del código de procedimientos civiles para el Distrito Federal que se refieren al artículo 498 y 498 Bis, Bis 1 al Bis 8, y que del tenor siguiente:

Artículo 498.—La demanda donde se solicite el levantamiento de una nueva acta de nacimiento por reasignación de concordancia sexo-genérica, previa anotación correspondiente al acta de nacimiento primigenia, deberá cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 95 y 255 del presente Código y presentarse ante el Juez de lo Familiar en turno.

Artículo 498 Bis.—Además de lo señalado en el artículo anterior, se deberá cumplir con los siguientes requisitos:

1. Ser de nacionalidad mexicana;
2. Mayor de edad o actuar a través de quien ejerza sobre la persona la patria potestad o tutela;
3. Anexar a la demanda el dictamen que determine que es una persona que se encuentra sujeta al proceso de reasignación para la concordancia sexo-genérica con un mínimo de cinco meses, expedido por dos profesionistas o peritos que cuenten con experiencia clínica en materia de procesos de reasignación para la concordancia sexo-genérica, uno de ellos deberá ser el profesionista a cargo del tratamiento del solicitante.

Así como manifestar lo siguiente:

1. El nombre completo y sexo original de la persona promovente, con los datos registrales correspondientes;
2. El nombre sin apellidos y, en su caso, el sexo solicitado.

Artículo 498 Bis 1.—Presentada y admitida la demanda por el Juez de lo Familiar se dará vista al Registro Civil del Distrito Federal y a la Procuraduría de Justicia del Distrito Federal, a través del Ministerio Público adscrito al juzgado; para que dentro del término de cinco días hábiles manifiesten lo que a su derecho convenga.

Artículo 498 Bis 2.—En el auto de admisión de la demanda se señalará fecha y hora para la audiencia de pruebas y alegatos, que se llevará a cabo dentro de los quince días hábiles siguientes.

Artículo 498 Bis 3.—Además de los otros medios de prueba, el promovente deberá comparecer a la audiencia con los peritos que hayan emitido los dictá-

menes en que se funde la demanda. En caso de ausencia de los peritos, se tendrá por desierta la probanza.

En dicha audiencia, el Juez podrá cuestionar a los peritos sobre el contenido de los dictámenes emitidos y podrá ordenar la práctica y el desahogo de los dictámenes periciales que considere necesarios, únicamente y exclusivamente para determinar la procedencia de la acción; en cuyo caso se podrá suspender la audiencia hasta por diez días hábiles. También podrá interrogar a los testigos, si se hubieren ofrecido y presentado, para los mismos efectos que los peritos.

Cuando el Registro Civil haya manifestado oposición a la solicitud del promovente, deberá ofrecer las pruebas que considere necesarias para acreditar su dicho cuando se le dé vista con la demanda y comparecerá a la audiencia para su desahogo.

Artículo 498 Bis 4.—Una vez desahogadas todas las pruebas, se dará la palabra al promovente y al Agente del Ministerio Público adscrito para que formulen sus alegatos.

Artículo 498 Bis 5.—Al concluir la audiencia el Juez citará para oír sentencia dentro del término de diez días hábiles.

Artículo 498 Bis 6.—El promovente así como el Agente del Ministerio Público podrán apelar la sentencia, recurso que se admitirá en ambos efectos.

Artículo 498 Bis 7.—El Juez ordenará de oficio, dentro del término de cinco días hábiles posteriores a que cause ejecutoria la sentencia favorable, que se realice a favor de la persona la anotación correspondiente al acta de nacimiento primigenia y el levantamiento de una nueva acta de nacimiento por reasignación de concordancia sexo-genérica.

El acta de nacimiento primigenia quedará reservada y no se publicará ni expedirá constancia alguna, salvo mandamiento judicial o petición ministerial.

El Juez del Registro Civil remitirá oficio a la Oficina Central y al lugar donde se encuentra la base de datos; así como enviará dicha información, en calidad de reservada, a la Secretaría de Gobernación, Secretaría de Relaciones Exteriores, Instituto Federal Electoral, Procuraduría General de Justicia del Justicia del Distrito Federal y Procuraduría General de la República, para los efectos legales procedentes.

Artículo 498 Bis 8.—Cuando la persona hubiese obtenido el levantamiento de una nueva acta de nacimiento con motivo de reasignación para la concordancia sexo-genérica, y ésta no sea acorde con su identidad de género, procederá su restitución siguiendo el mismo procedimiento previsto en este capítulo.

PRIMERA VERSIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL RELATIVAS A LA REASIGNACIÓN DE IDENTIDAD PARA LA CONCORDANCIA SEXO GENÉRICA

Se trata del único artículo que regula la materia que nos ocupa y que fue publicada en la gaceta oficial del Distrito Federal el 18 de octubre de 2008, y es el artículo 135 Bis, que es del tenor siguiente:

Artículo 135 Bis.—Pueden pedir el levantamiento de una nueva acta de nacimiento por reasignación de concordancia sexo-genérica, previa la anotación correspondiente en su acta de nacimiento primigenia, las personas que requieran el reconocimiento de su identidad de género.

Se entenderá por identidad de género la convicción personal de pertenecer al género masculino o femenino, es inmodificable, involuntaria y puede ser distinta al sexo original.

La reasignación para la concordancia sexo-genérica es el proceso de intervención profesional mediante el cual la persona obtiene concordancia entre los aspectos corporales y su identidad de género, que puede incluir, parcial o totalmente: entrenamiento de expresión de rol de género, administración de hormonas, psicoterapia de apoyo o las intervenciones quirúrgicas que haya requerido en su proceso; y que tendrá como consecuencia, mediante resolución judicial, una identidad jurídica de hombre o mujer, según corresponda.

Se entenderá por expresión de rol de género, el conjunto de manifestaciones relacionadas con la vestimenta, la expresión corporal o verbal y el comportamiento.

Los derechos y obligaciones contraídas con anterioridad a la reasignación para la concordancia sexo-genérica no se modifican ni extinguen con la nueva identidad jurídica de la persona.

REFORMAS AL CÓDIGO CIVIL Y TEXTO VIGENTE DEL ARTÍCULO 135 BIS A PARTIR DE SU PUBLICACIÓN EN LA GACETA OFICIAL DEL DISTRITO FEDERAL EL 5 DE FEBRERO DEL 2015

Artículo 135 Bis.—Pueden pedir el levantamiento de una nueva acta de nacimiento para el reconocimiento de la identidad de género, previa la anotación correspondiente de una nueva acta de nacimiento primigenia, las personas que requieran el reconocimiento de su identidad de género.

El reconocimiento respectivo se llevará a cabo ante las instancias y las autoridades correspondientes del Registro Civil del Distrito Federal cumpliendo todas las formalidades que exige el Reglamento del Registro Civil del Distrito Federal.

Se entenderá por identidad de género la convicción personal e interna, tal como cada persona se percibe así misma, la cual puede corresponder o no, al sexo asignado en el acta primigenia.

Se entenderá por identidad de género la convicción personal e interna, tal como cada persona se percibe a sí misma, la cual puede corresponder o no, al sexo asignado en el acta primigenia. En ningún caso será requisito acreditar intervención quirúrgica alguna, terapias u otro diagnóstico y/o procedimiento para el reconocimiento de la identidad de género.

Los efectos de la nueva acta de nacimiento para identidad de género realizados, serán oponibles a terceros desde de su levantamiento.

Los derechos y obligaciones contraídas con anterioridad al proceso administrativo para el reconocimiento de identidad de género y a la expedición de la nueva acta, no se modificarán ni se extinguen con la nueva identidad jurídica de la persona; incluidos los provenientes de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados, los que se mantendrán inmodificables.

Artículo 135 Ter.—Para realizar el levantamiento de una nueva acta de nacimiento para el reconocimiento de identidad de género, las personas interesadas deberán presentar:

1. Solicitud debidamente requisitada;
2. Copia certificada del acta de nacimiento primigenia para efecto de que se haga la reserva correspondiente;
3. Original y copia fotostática de su identificación oficial, y
4. Comprobante de domicilio.

El levantamiento se realizará en el Juzgado Central, se procederá de inmediato a hacer la anotación y la reserva correspondiente; si se hiciere en un Juzgado distinto, se dará aviso mediante escrito al Juzgado en que se encuentre el acta de nacimiento primigenia para los mismos efectos anteriormente señalados.

El acta de nacimiento primigenia quedará reservada y no se publicará ni expedirá constancia alguna, salvo mandamiento judicial o petición ministerial.

Una vez cumpliendo el trámite se enviarán los oficios con la información, en calidad de reservada, a la Secretaría de Gobernación, Secretaría de Finanzas, Secretaría de Educación Pública, Secretaría de Salud, Secretaría de Relaciones Exteriores, Instituto Nacional Electoral, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Procuraduría General de la Republica, Centro Nacional de Información del Sistema Nacional y al Consejo de la Judicatura Federal, para los efectos legales procedentes.

Artículo 135 Quater.—Además de lo señalado en el artículo anterior, para el levantamiento del acta correspondiente, se deberá cumplir con los siguientes requisitos:

1. Ser de nacionalidad mexicana;
2. Tener al menos 18 años de edad cumplidos.
3. Desahogar en el Juzgado Central del Registro Civil, la comparecencia que se detalla en el reglamento y manual de Procedimientos del Registro Civil.

Así como manifestar lo siguiente:

4. El nombre completo y los datos registrales asentados en el acta primigenia;
5. El nombre solicitado sin apellidos y, en su caso, el género solicitado.

Artículo 135 Quitus.—Existirá un consejo integrado por la Secretaría de Desarrollo Social, la Secretaría de Gobierno, la Consejería Jurídica y de Servicios Legales, todas del Distrito Federal. El Consejo para Prevenir y Eliminar la Discriminación de la Ciudad de México, y el Mecanismo de Seguimiento y Evaluación del Programa de los Derechos Humanos del Distrito Federal.

El Consejo será el encargado de garantizar los derechos humanos en el desahogo del procedimiento administrativo de reconocimiento de identidad de género presidido por la Consejería Jurídica y de Servicios Legales del Distrito Federal y sesionará a convocatoria de esta misma.

CONCLUSIONES

Primera: Las reformas del 5 de febrero de 2015 al artículo 135 Bis, Ter, Quarter y Quintus de alguna forma dan respuesta a algunas de las preguntas planteadas, como son las atribuidas a la Secretaría de Gobernación, Secretaría de Educación Pública, Salud, Relaciones Exteriores, Instituto Federal Electoral, Centro Nacional de Información del Sistema Nacional, Consejo de la Judicatura Federal, Tribunal Superior del Distrito Federal, Secretaría de Finanzas y, del Distrito Federal, la Secretaría de Desarrollo Social, Secretaría de Gobierno, Consejería Jurídica, Servicios Legales, y Consejo para prevenir y eliminar la discriminación en la ciudad de México y el Mecanismo de seguimiento y evaluación del programa de los Derechos Humanos en el Distrito Federal.

Segunda: Hay una clara tendencia a proteger los derechos humanos de quien pretende obtener una nueva acta de nacimiento para el reconocimiento de la identidad de género, y, una protección al acta primigenia y una reserva de la información a las Instituciones públicas arriba citadas. Sin embargo, hay dos posiciones encontradas al respecto: 1. Que reserva la información del acta primigenia sólo a las entidades públicas arriba citadas sin

que los particulares o terceros afectados puedan tener acceso a la citada información y, 2. El sujeto afectado y promovente de la nueva acta para el reconocimiento de la identidad de género, puede libremente si a su derecho conviene divulgar la información del acta primigenia y de la nueva acta del reconocimiento de identidad de género, lo cual deja en estado de indefensión a los terceros ya que sí el interesado se reserva la secrecía, ninguna persona privada puede obtenerla porque sería un atentado a los derechos humanos del promovente de la nueva acta de identidad de género lo cual deja sin defensa los intereses de terceros.

Tercero: no hay una separación clara entre los efectos económicos-patrimoniales, y los efectos morales que pueden afectar gravemente los derechos de la personalidad, es decir, los derechos que atentan contra la dignidad de aquellos familiares a quienes les afecta, en ocasiones gravemente, las decisiones tomadas por el promovente. No así, los sentimientos, emociones, afectos, dignidad y otros que afectan el patrimonio moral especialmente de los familiares que se quedan totalmente desprotegidos frente a los atropellos que puedan recibir de parte de quien decide tener una nueva identidad de género.

Cuarta: No debe permitirse que el cambio de identidad de género se use para eludir la responsabilidad penal de quienes utilizan este instrumento para cometer delitos, incumplir obligaciones y deberes o violar la ley.

Quinta: En los contratos de contenido meramente económico, el cambio de género es irrelevante, como en el caso de la compraventa de mercaderías. Sin embargo, en todos los contratos *intuitu personae* se debe analizar la afectación que el sujeto contratante sufre o le afecta por el cambio de identidad de género.

COMPRAVENTA Y TRANSMISIÓN DE PROPIEDAD: ENSAYO EN BUSCA DE UNA AUTÉNTICA “OBLIGACIÓN DE TRANSMITIR LA PROPIEDAD”

Matías Pérez García



HOMENAJE E INTRODUCCIÓN

Una de las habilidades más agudas y envidiadas de Bernardo Pérez Fernández del Castillo es la expresión en forma simple, de cosas infinitamente complejas. Bernardo es capaz de interrumpir sonriente a cualquiera, en medio de una explicación de una compleja problemática de derecho civil o notarial, para hacerle saber que ya la ha comprendido y que la solución no tiene que ser tan compleja como el planteamiento del problema. La simplicidad de sus razonamientos y explicaciones pueden hacer incluso dudar de su certeza.

Estamos mal acostumbrados a la elegancia de lo rimbombante y de lo barroco. Con el tiempo siempre ha convencido a sus maestros, colegas y alumnos, de la contundencia de sus argumentos, por más simples que estos sean.

Incuestionable pilar de la ética en el notariado mexicano, Bernardo Pérez tiene múltiples aportes al derecho civil y a la práctica notarial. Nadie como él defendió en su momento la idea de la tramitación de la sucesión intestada ante notario. Si no hay intereses de orden público en juego, como por ejemplo, menores de edad o incapaces, y todos los sujetos de la sucesión están de acuerdo en reconocer la calidad de heredero del otro y en la forma de repartirse los bienes, ¿para qué cargar a los tribunales con un trabajo que no es el de juzgar? Decían los detractores que el notario no tiene la facultad de apreciación de las pruebas del entroncamiento entre los aspirantes a la herencia, y el autor de la misma. Que el notario no tenía la posibilidad legal ni la experiencia para calificar las respuestas de los testigos sobre la ausencia de personas con igual o mejor derecho para heredar, etc. Hoy nadie cuestiona las ventajas de la tramitación de los intestados ante el notario.

Bernardo fue uno de los más vehementes punteros en la defensa del poder irrevocable como medio para un eventual pago de obligaciones en favor del acreedor y de la posibilidad de que, en este tipo de poderes que se otorgan en interés y protección del apoderado y no del poderdante, aquel pueda contratar consigo mismo sin que sea aplicable la prohibición del art. 2280 fracción II del Código Civil, siempre que expresamente se le autorice al apoderado a contratar consigo mismo, y que de la economía general de la operación se aprecie claramente que se trata de un instrumento otorgado en interés del apoderado y no del poderdante.

Liberal en estos aspectos de la práctica del Derecho Civil, Bernardo Pérez es en cambio profundamente conservador¹ en otros. Su defensa a ultranza de la familia como valor supremo de la estabilidad social y de la educación, lo lleva necesariamente a ser opositor, no de las nuevas formas de la familia, sino de su asimilación e identificación con los recipientes u hormas jurídicas tradicionales que son incompatibles, según él, con las nuevas figuras que emergen en la vertiginosa evolución de la sociedad. Lo paradójico y al mismo tiempo genial, es que nuestro maestro con sus ideas conservadoras y su oposición a que las uniones del mismo sexo se llamen matrimonios, es ciertamente incapaz de discriminación ni de homofobia. Difícilmente se encuentran notarios en el Distrito Federal que hayan sabido hacer implacable abstracción de sus opiniones personales en su ejercicio profesional. Lo que quiero decir es que tiene la entereza ética para asumir y luchar por sus convicciones personales y para, al mismo tiempo, asumirse como notario por entero, cumplir con amor su deber profesional y escuchar, asesorar y trabajar para cualquier persona, independientemente de cualquier consideración de su persona, como su religión o preferencia sexual. En eso consiste la ética de un profesionista. La coherencia ética no consiste en llevar nuestras convicciones personales al extremo en todos los aspectos de la vida aunque tengamos que torcer nuestros deberes profesionales. La coherencia ética es llevar la vida personal que consideramos correcta de acuerdo con nuestras convicciones personales, y al mismo tiempo cumplir sin vacilación las reglas cuyo contenido ético hacen de la profesión de abogado y de notario, una actividad tan noble, que nos lleva a ejercerla con toda intensidad; ese notario, profesor, jurista y persona, es Bernardo Pérez Fernández del Castillo. ¿Y qué tiene que ver este homenaje con el tema que desarrollamos a continuación? Justamente la intensidad de las discusiones que un aprendiz como yo, ha tenido a lo largo de más de veinte años de trabajar con él.

¹ Por *conservador* entiéndase un sujeto que libremente prefiere para sí lo ya establecido por la cultura y la sociedad en la que se desenvolvió y se crió, y no un sujeto intolerante o vetusto en sus ideas.

Convivencia esta, no exenta de diferendos que la hacen, desde luego, más rica y fascinante.

La problemática de saber si la transmisión de la propiedad es un mero efecto del contrato, o una obligación que debe cumplirse por el deudor, es una de las más interesantes discusiones que he tenido con él. He aquí el desarrollo que he preparado como un homenaje, con la correspondiente pretensión frustrada de la simplicidad de la que el maestro homenajeado goza para exponer sus posiciones técnico-jurídicas.

Cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa y el otro a su vez se obliga a pagar por ella un precio cierto y en dinero, hay compraventa. Lo dice el art. 2248 del Código Civil;² es derecho positivo y punto final. El vendedor queda obligado, es decir, constreñido al cumplimiento de sus obligaciones, entre ellas, a transmitir la propiedad al comprador. Lo ideal es que cumpla con esas obligaciones, y si no lo hace; si decide no cumplir, la propiedad no se transmitirá al comprador y este podrá optar por demandar la rescisión del contrato, o su cumplimiento forzado, es decir, que el juez fuerce al vendedor a cumplir con su obligación haciendo que transmita la propiedad de la cosa vendida al comprador. Tal sería la consecuencia del art. 2248 del Código Civil. Además, esto es congruente con el art. 2011 que abre el capítulo relativo a las obligaciones de dar, y nos dice: *La prestación de cosa puede consistir: I. En la traslación de dominio de cosa cierta*. El sistema parece ser perfectamente coherente. Sin embargo, en el preciso momento en que este mecanismo pareciera ser perfecto, se abre un abismo y nada parece marchar bien. ¿Cómo es que se cumple una obligación de transmitir la propiedad?, es decir, una vez perfeccionada la venta ¿qué debe hacer el vendedor para transmitir la propiedad al comprador? Es más difícil responder esta pregunta, que explicar científicamente la existencia de naves marcianas o de fantasmas.³

Lo normal para alguien que no es jurista es que la propiedad se transmite con la entrega de la cosa vendida. Eso creeríamos intuitivamente que sucede en una gran mayoría de las ventas no solo de cosas muebles, sino de inmuebles y derechos consignados en títulos. Es más, la historia muestra que así ocurría al menos en occidente hasta mediados del siglo XVIII. Y así sigue ocurriendo en España⁴ y en Argentina.⁵ Es entonces cuando revisamos

² Por razones prácticas utilizaremos Código Civil simplemente para referirnos al Código Civil mexicano (al federal y del Distrito Federal) y *Código Napoleón* para hablar del francés.

³ Más adelante analizaremos la ficción a la que el legislador francés tuvo que recurrir para dar razón a la *obligation de donner* u obligación de dar.

⁴ Arts. 609 y 1095 del Código Civil español.

⁵ Arts. 577 y 3265 del Código Civil argentino.

nuestro Código y nos percatamos de que ni en el capítulo de la compraventa, ni en el capítulo de la posesión, ni en el de la propiedad, ni en la parte que habla del cumplimiento forzado de las obligaciones, y menos en el capítulo de las obligaciones de dar, se explica la acción o actividad que el deudor debe realizar para que opere la transmisión de propiedad. Muy al contrario, en este último capítulo un artículo 2014 nos termina de confundir diciendo que *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...* lo cual elimina de plano a la *traditio* como medio para cumplir con la obligación de transmitir la propiedad, salvo el caso en que las partes hayan pactado esa modalidad, lo cual es raro, si no inexistente en la práctica, al menos del derecho civil.⁶ Además, el art. 2283 del Código Civil, que establece las obligaciones del vendedor, no menciona la obligación de transmitir la propiedad, sino tan sólo las obligaciones de entrega de la cosa, de garantía de calidad y de saneamiento en caso de evicción.

El derecho civil francés tiene la misma problemática planteada en el art. 1138 del Código Napoleón de la siguiente manera: *La obligación de entregar la cosa es perfecta por el solo consentimiento de las partes contratantes. Esta obligación vuelve al acreedor propietario...* Es decir que desde el momento en que, por el solo consentimiento de las partes, nace la obligación de entrega, el acreedor de la obligación se convierte en dueño. Aquí se teje una cadena que pierde utilidad práctica desde que nace. El consentimiento de las partes crea —y perfecciona— la obligación de entrega de la cosa, que a su vez desde ese preciso momento en que nace, transmite la propiedad al acreedor. La diferencia es que el Código Napoleón, tal cual está redactado crea un eslabón intermedio entre el acuerdo de voluntades y la transmisión de la propiedad. De la simultaneidad de los tres eslabones resulta entonces que la propiedad se transmite en el momento mismo del intercambio de voluntades, exactamente como en el derecho mexicano. En este tema, como en muchos otros, nuestro código se inspiró del Código Napoleón a través del código portugués (art. 715), del que se inspiraron los códigos mexicanos de 1870 (art. 1552) y de 1884 (art. 1436).⁷

Para resolver este problema que consiste en la existencia de una obligación de transmitir la propiedad proclamada por el art. 2248, es necesario intentar explicar por cualquier medio, cuál es la actividad que debe realizar

⁶ Es sabido que en materia mercantil, la transmisión de ciertos títulos valor se verifica con la entrega del título.

⁷ BATIZA, Rodolfo, *Las Fuentes del Código Civil de 1981*, 1a. ed., México, Porrúa, 1979, p. 900.

el deudor de la obligación de transmitir la propiedad para cumplir con ese deber (I) Una vez agotado ese esfuerzo, hay que poner a prueba la premisa según la cual la transmisión de la propiedad no es nunca una obligación, sino un efecto *solo consensu* del contrato de compraventa (II).

I. NO HAY NADA QUE HACER PARA TRANSMITIR LA PROPIEDAD

Antes de explicar que la transmisión de la propiedad no puede no cumplirse *ipso iure* (2), es necesario explicar la lógica de la obligación civil en general (1).

1. LA NATURALEZA FALIBLE DE LA OBLIGACIÓN Y SU LÓGICA

La obligación, ese nexo que constriñe a un deudor a dar, hacer o no hacer algo en favor del acreedor, tiene por vocación moral —y jurídica— la actividad del deudor para satisfacer ese dar, hacer o no hacer. Sin embargo, se trata de una vocación contingente, es decir, falible. Esta falibilidad es también parte de la esencia de la obligación, desde el momento en que depende de la actividad de un ser falible como el hombre. En efecto, las obligaciones no se cumplen por arte de magia. El deudor debe desplegar una determinada actividad para lograr que el contenido de la obligación se cumpla. Puede cumplirse y satisfacer el derecho del acreedor y las expectativas del aparato normativo, pero puede ser que el deudor, por cualquier razón falle en el cumplimiento de su obligación, caso en el cual, se desencadenarán todas las consecuencias del incumplimiento como son, la opción del acreedor para exigir el cumplimiento forzoso en especie o por equivalente, o la rescisión del contrato, mas los daños y perjuicios (Art. 1949 del Código mexicano)⁸, o la *exceptio non adimpleti contractus*, etc. Si bien, al final de un largo camino judicial, el aparato coercitivo estatal logrará el cumplimiento de la obligación de una u otra forma, y es posible que el acreedor tenga que conformarse con una ejecución equivalente, es decir, con el pago de una suma de dinero, por tratarse de una obligación de hacer o de no hacer, o porque la cosa se haya perdido en poder del deudor, es la voluntad

⁸ En Francia, el cumplimiento forzado de las obligaciones contractuales se estudia y encuentra su fundamento en el derecho procesal. La ejecución forzada es la consecuencia de una sentencia, luego, es regulada por la *procedure civile* como una cuestión de medios de apremio.

del deudor, la que va a determinar si se cumple o no la obligación tal y como estaba previsto que debía cumplirse, es decir, en el momento y en el lugar pactados en el contrato.

Ahora bien, cuando el deudor tiene a su cargo una “obligación” cuyo cumplimiento no depende de su voluntad ni de su actividad en lo absoluto, no estamos en presencia de una verdadera obligación, sino de un efecto del contrato. Así, por ejemplo el que constituye una hipoteca sobre un inmueble de su propiedad, no puede impedir ni la constitución del derecho real hipotecario, ni sus efectos, por más que actúe de mala fe. Asimismo, un socio en una sociedad regularmente constituida, no tiene nada que hacer ni para cumplir, ni para incumplir la creación de una persona moral. El contratante en una cláusula compromisoria arbitral legalmente pactada, no es necesario que haga nada para someterse al arbitraje, pues dicha sumisión ya está dada. Tampoco puede incumplir con la sumisión, pues la excepción de incompetencia del juez, ya se encuentra en el arsenal de su contraparte desde la conclusión del contrato de compromiso⁹. Del mismo modo, el mandatario de una persona tiene su representación por mero efecto del contrato de mandato, sin que esta tenga que cumplir con ninguna obligación para dar lugar a la representación, y sin que esta pueda impedir dicha representación.¹⁰

Así, es fundamental la distinción entre los efectos obligacionales del contrato, es decir, la creación de deberes a cargo de las partes, y los efectos no obligacionales,¹¹ es decir, aquellos que no implican un deber, sino una nueva realidad jurídica que se da *per se* por el solo efecto del contrato, como son, la transmisión de la propiedad, la constitución de derechos reales, la creación de excepciones procesales o la extinción de acciones procesales, la creación de personas morales, la representación, etc. Siempre que la actividad o inactividad del deudor no incidan en la situación jurídica a la cual aspira el contrato, estamos en presencia de un efecto no obligacional y no de una obligación.

No es tan raro encontrar actos jurídicos —y no solo contratos— con efectos no obligacionales. No solo la compraventa, hipoteca, la sociedad, la transacción, el compromiso en árbitros o el poder y el mandato tienen efectos no obligacionales. También existen actos jurídicos como el pago, que

⁹ Art. 620 del Código de Procedimientos Civiles.

¹⁰ Art. 2554 del Código Civil.

¹¹ V. al respecto, PASCAL, Ancel, “Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat” en *Revue Trimestrielle de droit civil*, París, Dalloz, 1999, n° 4, pp. 771 y ss.

tienen efectos inmediatos. El pago produce subrogación de inmediato. La substitución del acreedor se verifica *ipso iure*.

En otra hipótesis particularmente interesante, el pago hecho en estricto cumplimiento de la obligación, extingue la hipoteca sin que sea necesario que intervenga la voluntad del acreedor para extinguir el derecho real hipotecario. El acto de la cancelación de la hipoteca no es mas que una mera formalidad de autenticidad exigida por el Registro Público de la Propiedad (art. 3005 fracc. I del Código Civil). En el instante preciso en que el deudor paga, la hipoteca deja de existir aunque siga inscrita en el registro. Afirmar lo contrario sería, en primer lugar, atribuir al registro un carácter constitutivo que jamás ha tenido en México. En segundo lugar rompería la regla de lo accesorio, lo cual es imposible dada la esencia de la hipoteca. Es inconcebible una hipoteca sin crédito cuyo pago garantice. En consecuencia, la regla del formalismo según la cual toda operación, en este caso la extinción, que tenga por objeto derechos reales inmobiliarios debe otorgarse en escritura pública, debe ceder ante la regla de lo accesorio en materia de hipotecas, pues en primer lugar, sería absurdo pensar que la hipoteca —ya inexistente— subsiste mientras su extinción no se otorgue en escritura pública porque tal acto jurídico tendría la nada como objeto —¡ya no existe la deuda!—; la hipoteca ya no existe por el pago. En segundo lugar, porque el registro en el sistema jurídico mexicano, como en el francés, es meramente declarativo, es decir, que el asiento de la hipoteca no es indisociable de la existencia jurídica del derecho real; puede haber inscripción de hipoteca, sin que el derecho real exista, como ocurre entre el momento en que se hace el pago y el momento en que se cancela el asiento. Por último, es bien sabido que la regla del paralelismo de formas¹² entre el acto constitutivo y el acto extintivo, admite un gran número de excepciones, como lo es la hipoteca, y que la forma notarial de la cancelación es únicamente para cumplir con un requisito de certeza exigido por el registro por los imperativos de seguridad jurídica. Esta es una excepción al paralelismo de formas. La palabra *cancelación de hipoteca* no debe entenderse como extinción del derecho real, a menos que el acreedor quiera extinguir el derecho real hipotecario sin que haya extinción de la obligación garantizada por hacer una liberalidad en favor del deudor, caso en el cual la obligación subsiste sin hipoteca.¹³ Fuera de este caso, la “cancelación de hipoteca” debe apreciarse como la cancelación del

¹² Sobre la cual, ver PÉREZ GARCÍA, Matías, “Una teoría del paralelismo de formas” en *Nuevos Temas de Derecho Corporativo*, 1a. ed., México, Porrúa-Universidad Anáhuac, 2003, pp. 55 y ss.

¹³ PÉREZ GARCÍA, Matías, *op. cit.*, p. 65.

asiento registral de la hipoteca. La prueba de ello es que al hacerse el pago, el deudor puede demandar la cancelación del asiento registral y el juez la va a ordenar directamente al registro. Sería absurdo pensar en demandar al acreedor, en ejercicio de una acción *pro forma*, el otorgamiento y firma de la escritura de cancelación de la hipoteca para el efecto de que el juez, una vez constatado el pago del crédito garantizado, ordenara al deudor a cumplir con su “obligación” de cancelar la hipoteca. Ahora bien, en este orden de ideas, ¿cómo se cancelaría el asiento de la hipoteca en el registro? Basta cualquier documento público del que se deduzca la extinción del derecho real por extinción de la obligación garantizada: un recibo de pago ante notario, o ante el juez como resultado de una consignación, o cualquier documento indubitable que cumpla con el requisito de autenticidad del art. 3005 del Código Civil. La extinción del derecho real hipotecario es un efecto inmediato del pago. El acreedor no puede, constatado el pago puntual, impedir el efecto extintivo porque este no depende de él.

Veremos más adelante, que el pago tiene el mismo efecto inmediato respecto de la reserva de dominio en la compraventa celebrada bajo esa modalidad.

Pues bien, la compraventa, al igual que todos los contratos con efectos no obligacionales y los demás actos jurídicos con este tipo de efectos, tiene el efecto no obligacional de transmitir la propiedad. El vendedor no debe hacer nada para transmitir la propiedad, ni puede hacer nada para impedir dicha transmisión.

2. LAS PRUEBAS DEL CARÁCTER INFALIBLE DEL EFECTO TRASLATIVO DE DOMINIO

Pongamos ahora a prueba el carácter infalible que caracteriza los efectos no obligacionales como el traslativo de dominio. Imaginemos un vendedor que al recibir la oferta del comprador, la acepta y firma un contrato de compraventa. Inmediatamente después se arrepiente y decide no cumplir con sus obligaciones, de tal suerte que no entregará la cosa vendida al comprador. Se aprovechará de la sensata redacción del art. 2248 del Código Civil que califica la transmisión de la propiedad como una obligación, y decide no cumplirla. El comprador, muy afligido al leer dicho artículo, ocurre ante el juez y en el capítulo de prestaciones de su demanda, exige entre otras cosas, el cumplimiento forzado de la obligación de transmitir la propiedad al vendedor, desde luego, consignando el precio total de la venta. El juicio sigue su curso y se cierra la instrucción, y el juez tiene en su escritorio el expediente para dictar sentencia. Habiendo leído el art. 2248 del Código

Civil, único invocado por el actor para lograr su pretensión de ser dueño, condena al vendedor a transmitir al comprador la propiedad de la cosa vendida. Le concede un término improrrogable de cinco días.¹⁴ ¿Cómo se transmite entonces la propiedad? El artículo 2248 del Código Civil erige la transmisión de la propiedad en una obligación, congruentemente con el art. 2011 fracción I.

En primer lugar, el código no dice en ninguna parte, cómo es que el deudor de dicha obligación debe cumplirla. En realidad, no hay manera de cumplirla porque no hay manera de no cumplirla. Es en este orden que se explica la infalibilidad de la transmisión de la propiedad y por consecuencia su carácter no obligacional. Es porque no podemos incumplirla, que no es susceptible de cumplirse y entonces no existe obligación alguna.

Además, en ese momento el art. 2014 entra en escena y nos confirma rotundamente lo que acabamos de decir. Y en realidad, es más por el carácter infalible del efecto, que por el positivismo del art. 2014, que podemos explicar que la transmisión de la propiedad no es una obligación. El art. 2014 es una explicación que además descarta la *traditio* como modo de transmisión de la propiedad. De hecho esto último es muy importante porque ante la interrogante de ¿cuál de las dos posiciones debe prevalecer?, el positivismo es completamente inútil para resolverla porque los dos artículos son derecho positivo. Sólo podemos resolverla recurriendo a la explicación de la infalibilidad del efecto traslativo.

II. LA PROBABLE REFUTACIÓN

Existen muchas hipótesis en las que pareciera que la transmisión de la propiedad es una obligación en razón de la disociación temporal entre la ce-

¹⁴ Art. 506 del Código de Procedimientos Civiles, aunque cabe la cuestión de saber si se trata de una condena de dar, o de hacer. Si se trata de “hacer lo necesario” para transmitir la propiedad, ¿en cuál de los supuestos del art. 517 del código ya citado nos encontramos? Si se trata de un hecho personal del obligado que no puede prestarse por otro, el juez empleará “los medios de apremio más eficaces” ¿Cuáles serían los medios de apremio más eficaces para compeler al vendedor a transmitir la propiedad al comprador? Esta pregunta es el núcleo de la prueba de que la transmisión de la propiedad no puede depender de una actividad voluntaria del vendedor. Continuando con el relato, el juez puede enviar al secretario actuario con el apoyo de la policía para hacer cumplir su sentencia. Una vez llegados al domicilio del vendedor condenado, este abrirá la puerta, se identificará y al explicarle el actuario el motivo de la diligencia, el vendedor le responderá: “Señor actuario, habiendo llegado a este extremo, tal parece que tendré que cumplir con la sentencia. Le ruego me indique qué debo hacer.” Esta sería la historia más frustrante, más angustiante y más triste de la biografía de este secretario actuario.

lebración del contrato y el momento en que ocurre la transmisión de la propiedad (1.) o bien, en razón de la imposibilidad de la transmisión de la propiedad de forma automática si no es por una actividad del vendedor, como en la venta de cosa ajena (2.) o bien, en razón de un acto jurídico de un tercero aparentemente indispensable para que se produzca tal transmisión, como es el caso del fideicomiso (3.). No hay que olvidar las hipótesis en las la transmisión de la propiedad depende de la muerte de una persona (4.) y aquellas en las que por el contrario, depende de la existencia o del nacimiento de otra persona (5). En todas estas series de supuestos habremos de buscar si la transmisión de la propiedad es una obligación a cargo de un deudor, o si por el contrario el principio de transmisión de la propiedad es mero efecto ya del contrato, ya de hechos o actos que no son el cumplimiento de una “obligación de transmitir de la propiedad”.

1. LOS CASOS EN QUE LA FORMACIÓN DEL CONTRATO Y LA TRANSMISIÓN NO SON SIMULTÁNEOS

Hasta el momento lo que acabamos de explicar es aplicable a la compraventa simple. Aquella en que las partes no han querido impedir que el contrato despliegue todos sus efectos inmediatamente. Sin embargo, existen varias hipótesis que parecerían ser la refutación fulminante de nuestra posición. Se trata de la compraventa con reserva de dominio, la compraventa sujeta a condición o a término, la compraventa de géneros y la compraventa de cosa futura, entre otras figuras que vamos a analizar. En estas modalidades del contrato, existe una disociación entre el momento de formación de la venta y el momento de la transmisión de la propiedad. Y pareciera entonces que después de la formación del contrato, y llegado el hecho del cual depende la venta, el vendedor tuviera que cumplir con la transmisión de la propiedad de la cosa.

En efecto, por ejemplo, en la venta con reserva de dominio, el vendedor tiene que “cancelar la reserva de dominio” para que se entienda transmitida la propiedad en el registro público de la propiedad. En la venta de géneros, el vendedor debe convertir el género en cosa en cierta y determinada y notificar al comprador de esa individualización para que la propiedad se transmita (Art. 2015 del Código Civil). En la compraventa de cosa futura, la propiedad no se transmite sino desde el momento en que el vendedor hace que la cosa exista, es decir, cuando por ejemplo, construye el edificio cuyo departamento es objeto de la venta, o la siembra produce la cosecha vendida.¹⁵

¹⁵ En este último caso estamos en presencia de la compra de esperanza (arts. 2792 y 2793 del Código Civil), que para los efectos de nuestro tema, puede asimilarse a una compraventa de cosa futura como veremos más adelante.

A. *La Compraventa con reserva de dominio*

¿En qué momento se transmite la propiedad en la venta con reserva de dominio? Si decimos que la transmisión de la propiedad es una obligación del vendedor, la propiedad se transmite en el momento en que el vendedor cancela la reserva de dominio. Si por el contrario, decimos que la transmisión es un efecto no obligacional, entonces dicha transmisión se verifica por mero efecto del pago. En primer lugar, la finalidad de esta modalidad de la venta es una garantía del pago del precio en favor del vendedor. Si la propiedad no se transmite en el momento del contrato, es para que el precio total se pague. Las partes quieren que, pagado el precio, y sólo hasta ese momento, el comprador sea dueño y señor de la cosa comprada. Luego entonces, la reserva de dominio no tiene razón de ser una vez pagado el precio. En segundo lugar, ningún comprador estaría de acuerdo en comprar bajo esta modalidad siendo que la propiedad le será transmitida, no al hacer el pago, sino cuando al vendedor se le pegue la gana “cancelar la reserva”. Considero que a esta modalidad le son aplicables las mismas consideraciones que hicimos sobre la hipoteca más arriba. Así, lo que muchos notarios llaman “cancelación de la reserva de dominio” debería llamarse mejor “cancelación del asiento registral de reserva de dominio” porque la propiedad ya se transmitió al comprador con el sólo pago. Se ha dicho también en el medio notarial que podría llamarse “transmisión de la propiedad por pago”, lo que personalmente consideramos incorrecto, ya que la transmisión de la propiedad ya tuvo lugar en el instante preciso en que se hizo el pago. Sólo si el pago del saldo del precio se hace ante el notario en el preciso momento de otorgarse el instrumento, podríamos calificarlo como una transmisión de la propiedad por pago.

La disociación temporal entre la celebración del contrato y la transmisión de la propiedad, en el caso de la compraventa con reserva de dominio no significa que la transmisión sea una obligación que el vendedor deba cumplir.

B. *La compraventa sujeta a condición o a plazo*

Antes de analizar este tipo de compraventas hay que hacer una distinción entre las condiciones o plazos a que están sujetas las obligaciones y aquellas a las que están sujetos los contratos. ¿Qué sentido tiene hacer una tal distinción si finalmente son las obligaciones creadas por los contratos las que van a depender en su exigibilidad o en su resolución, de tal o cual condición? Tiene mucho sentido desde el momento en que también los efectos no obligacionales del contrato pueden estar sujetos a una condición o plazo

y no solo las obligaciones. Aquí nuevamente es fundamental reconocer que hay que distinguir entre los efectos obligacionales y los no obligacionales del contrato.

A los efectos del contrato se les aplica por analogía las disposiciones sobre la condición y el plazo de las obligaciones, pues de otra manera sería imposible concebir la compraventa con reserva de dominio, por ejemplo¹⁶.

Todo depende del acontecimiento en el que consista la condición. Si la venta está sujeta a una condición válidamente pactada, es decir, que el hecho en que consiste la condición no sea imposible y no sea contraria a la ley ni a las buenas costumbres, no habrá mayor problema. Si la condición es suspensiva, al realizarse esta, la propiedad se transmitirá *ipso iure* al comprador sin que adicionalmente el vendedor tenga ninguna actividad que realizar. Sobra decir que si la condición no se realiza jamás o por lo menos en el tiempo fijado, no habrá nunca transmisión de propiedad. Lo mismo sucede con el plazo.

El problema surge cuando la condición es potestativa del vendedor (a) o cuando sin serlo, su realización es impedida por el vendedor (b).

a) *La condición es puramente potestativa del vendedor.* Todo el mundo está de acuerdo en que, si la realización de la condición es un hecho que depende exclusivamente de la voluntad del vendedor, la venta es nula por aplicación analógica del art. 1944 del Código Civil. Esto es porque no tiene sentido una venta en la que el efecto traslativo de propiedad esté sujeto a un hecho que depende de la exclusiva voluntad del vendedor. Esto es congruente con el art. 1797 del Código Civil. En este caso, la venta sería nula y no habría efecto traslativo de dominio.

b) *La condición no es potestativa pero el vendedor impide su realización.* La diferencia entre este caso y el anterior parece muy sutil pero es abismal. No es lo mismo que desde el principio las obligaciones y los efectos del contrato dependan de la exclusiva voluntad del vendedor, caso en el cual el contrato es nulo, que aquel en que la condición es un hecho exterior a la voluntad del vendedor, pero este tiene o consigue los medios para impedir su realización y de hecho la impide. Dicho de otro modo, hace trampa para que el hecho del cual dependen los efectos del contrato, no se realice. En este caso, la condición se tiene por cumplida (art. 1945 del Código Civil) y el comprador se convertirá en propietario *ipso iure*. Mientras que en el primer

¹⁶ Ver la interesante y certera reflexión que hace DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, en *Contratos*, 2a. ed., México, Porrúa, 2002, p. 214 a propósito del efecto retroactivo del cumplimiento de la condición, a la celebración del contrato por aplicación del art. 1941 del Código Civil.

caso, la condición es potestativa desde su nacimiento, en el segundo, la condición podríamos decir, se vuelve potestativa posteriormente desde el momento en que el vendedor, por su voluntad, puede impedir su cumplimiento.

C. *La compraventa de géneros*

Más difícil es aquí defender la transmisión de la propiedad como un efecto no obligacional. Pareciera que el único que puede decidir si la individualización de la cosa se realiza y por consecuencia se transmite la propiedad, es el vendedor. Si de las sesenta toneladas de trigo que el vendedor tiene en su granero, sólo se vendió una, el comprador no será el dueño sino hasta saber cual tonelada se ha cargado en su camión. En la práctica, en la mayoría de los casos, la determinación y la individualización de la cosa es un acto del vendedor comerciante, aunque puede ser que los usos comerciales para el producto de que se trata, implican que el comprador elije las semillas, frutos o piezas integrantes del género en cuestión que se va a llevar. En este último caso, dependerá del comprador la individualización de la cosa para convertirse en dueño en ese momento. La sola posibilidad de que, en algunos casos, según los usos o las estipulaciones de las partes, el comprador pueda individualizar la cosa, excluye la pretensión de que la transmisión de la propiedad sea una obligación a cargo del vendedor.¹⁷ Sería como pretender que la venta de géneros debe estudiarse como dos contratos totalmente distintos, según que la individualización la haga el vendedor o la haga el comprador. En otras palabras, en la venta de géneros cabría preguntarse ¿porqué en algunos casos —cuando el vendedor individualiza— la transmisión sería una obligación de este, y en otros —cuando el comprador es quien individualiza— sería un mero efecto del acto de individualizar? Además, el vendedor, por más que se rehúse a individualizar la cosa él mismo, e impida que el comprador la individualice, si la cosa se individualiza por que la medida del género vendida al comprador, es decir, la tonelada, kilo, litro, metro, etc., llega a ser la última que tiene el vendedor por cualquier razón en su negociación mercantil o incluso en su patrimonio, y el acreedor conoce esta circunstancia, la propiedad se habrá transmitido sin que el vendedor pueda hacer nada para impedirlo. Para entender esta hipótesis, es importante entender el significado de los artículos 2015 del Código Civil que encuentra su fuente en el art. 1585 del Código Napoleón.¹⁸

¹⁷ Esta posibilidad queda abierta en el art. 2022 del Código Civil.

¹⁸ “Cuando las mercancías [son vendidas] por peso, por unidad o por medida, la venta no es perfecta y el riesgo de las cosas es para el vendedor hasta que sean contadas, pesadas o medidas...”

La propiedad no puede transmitirse porque no se puede ser dueño de algo que materialmente no podemos reivindicar. No se puede saber cuál kilo de trigo, de los cincuenta mil que tiene el vendedor, es el nuestro. Pero si el vendedor solamente tiene un kilo, la cosa ha quedado individualizada y desde el momento en que ese kilo se separó de las demás semillas, con conocimiento del comprador, este se convirtió en dueño. Lo que queremos demostrar es que hay dos hipótesis en que el efecto traslativo no depende de una acción del vendedor; cuando es el comprador quien individualiza la cosa y cuando la cosa se individualiza al irse agotando el género en los haberes del vendedor. Ahora bien, si estudiamos el caso aislado de la venta de géneros en que el vendedor es el único que puede individualizarla, quizás tengamos que reconocer que es el único caso en que la transmisión de la propiedad depende del cumplimiento de la obligación de hacer, a cargo del vendedor, consistente en la separación de lo vendido. Y aquí, efectivamente la transmisión depende de la actividad del vendedor, como en el caso de la venta con objeto alternativo a elección del vendedor, que veremos más adelante.

De cualquier forma, sin ir tan lejos, lo que pretendemos probar es que la transmisión de la propiedad no resulta de una obligación autónoma a cargo del vendedor —¡o del comprador!—, sino del mero efecto de la determinación de la cosa en el momento que el comprador toma conocimiento de la misma. En todo caso, el acto de individualizar que no necesariamente depende de la voluntad del vendedor, sería una obligación de hacer consistente en separar la cantidad comprada del género, y no de transmitir la propiedad, porque la transmisión tiene lugar como un efecto *ipso iure* de dicha individualización. En efecto, si el comprador demandara al vendedor el cumplimiento forzado del contrato y ganara la causa, el resolutivo del juez no sería en nuestra opinión en el sentido de que se condena al vendedor demandado a transmitir la propiedad de una tonelada de trigo al comprador, sino en el sentido de que se condena al vendedor a la entrega de una tonelada de dicho género al comprador. Técnicamente, al separar una tonelada para su entrega, en presencia del comprador, se le transmite la propiedad. En todo caso, estamos en presencia de una obligación de hacer, y no de dar.

D. *La venta con objeto alternativo*

a) *La elección de la cosa es del comprador.* Es el caso de algunas tómbolas. En este caso, cuando el comprador es quien elige una cosa de entre varias, por aplicación analógica del artículo 2015, la propiedad se habrá transmitido por mero efecto de la elección de la cosa de entre los objetos

ofrecidos alternativamente por el vendedor. La designación de la cosa elegida hace las veces de la individualización de la cosa de género. Es exactamente igual que la venta de géneros en que el comprador “se sirve” la cantidad comprada.

b) *La elección de la cosa es del vendedor.* Aunque en la práctica es muy rara, existe la compraventa en que las partes pactan que el vendedor debe elegir entre dos o más objetos del mismo valor, o de valor muy similar, para entregar al comprador. Esta modalidad presenta el mismo problema que la venta de géneros en la que el vendedor es quien individualiza la medida a entregar al comprador. Aquí podemos aplicar la misma observación: la propiedad se transmite por efecto de la elección del objeto que constituye una obligación de hacer, cierto, cuyo cumplimiento depende de la buena voluntad del vendedor, pero no por el cumplimiento de una obligación de dar consistente en la transmisión de la propiedad.

E. *La compraventa de cosa futura y de esperanza*

No abordaremos la discusión sobre la validez o la utilidad económica de la venta de cosa futura, porque ello no es objeto del presente análisis. Nos limitaremos a responder la cuestión de cuándo y cómo el comprador se convierte en dueño de la cosa que va a existir. Hagamos el ejercicio de explicar la cuestión desde la posición de que la transmisión de la propiedad es una obligación. El constructor de un edificio, no ha comenzado siquiera la excavación de los cimientos y ya vendió el pent-house. Es más, ya le pagaron el total del precio, y el objeto material de la venta aún no existe. Obviamente no ha habido transmisión de propiedad en el contrato porque la cosa aún no existe, y sólo se puede ser propietario de algo que existe.¹⁹ La obra avanza y finalmente el constructor concluye el edificio. ¿Sigue siendo suyo el pent-house? Si la transmisión de la propiedad es una obligación, el departamento seguirá siendo suyo hasta en tanto el vendedor no decida cumplir con dicha obligación. Aquí aparece nuestro viejo problema: el Código Civil no nos dice cómo cumplir con esa enigmática obligación y quizás tampoco el contrato. Ahora bien, ¿no será que la construcción del edificio constituye el cumplimiento de la obligación de hacer, consistente en la construcción misma, necesaria a su vez para cumplir con la obligación de entrega, y de paso, se cumple así con la obligación de transmitir la propiedad? Posiblemente, pero ¿no sería extraño ver cumplida una obligación de dar, tal como la califica el art. 2011 fracción I del Código Civil, a través del cumplimiento

¹⁹ Arts. 747, 748, 749 y 1825 del Código Civil.

de una obligación de hacer? Planteada esta cuestión en otros términos, si el juez condena al vendedor al cumplimiento forzado de la obligación de transmitir la propiedad, obligación de dar según el citado art. 2011, ¿lo haría a través de la ejecución de una obligación de hacer consistente en la construcción de un edificio? ¿Cumplir una obligación de dar substituyéndola por una obligación de hacer?

La obligación de dar no tendría sentido; no sería útil.²⁰ Consideramos que es más adecuado hablar de la transmisión de la propiedad como efecto del cumplimiento de una obligación de hacer. Y esto es aplicable también al caso de la venta de géneros o la venta con objeto alternativo cuando le corresponde al vendedor individualizar la cosa o elegir el objeto respectivamente, para su entrega.

En el caso concreto de la compraventa de cosa futura, la propiedad se transmite a medida que la cosa va existiendo, en nuestro ejemplo, —el pent-house—. Cada ladrillo que el constructor pone para levantar el muro de ese pent-house, al incorporarlo, va siendo propiedad del comprador. Esto permite explicar, entre muchas otras cosas, la acción reivindicatoria que tendría el comprador, en caso de conclusión parcial de la construcción, sobre la parte de la cosa futura construida: “No terminaste la obra, pero la parte del pent-house que llevas construida, me pertenece”.

En la compra de esperanza, en cambio, no hay una actividad consistente en la creación de la cosa futura, que dependa de la actividad del vendedor. La existencia o no de la cosa futura, depende de una serie de hechos en relación con los cuales, el vendedor es pasivo: la llegada del temporal de lluvias si se trata de una cosecha, la ocurrencia del hecho del cual depende el nacimiento de los frutos —rentas, dividendos, etc.—. Aquí la transmisión de la propiedad se verifica en la medida en que esos frutos existen. Para ser más ilustrativos, en la medida en que las semillas o las frutas se dan y son útiles en tanto que cosecha; en la medida en que una sociedad, después de las operaciones contables respectivas, produce dividendos, etcétera.

²⁰ En efecto, no tendría sentido instituir una obligación de dar consistente en la transmisión de la propiedad de una cosa, que sólo se vería cumplida a través del cumplimiento de una obligación de hacer. En estricto rigor lógico, o desaparecemos la obligación de dar consistente en la transmisión de la propiedad, o bien, la conservamos y admitimos que en su contenido no se “da” nada, sino se “hace” algo de lo cual resultará la transmisión de la propiedad, lo cual nos remite a los formalismos sacramentales romanos que tenían que celebrarse para transmitir la propiedad. Y es justamente esos formalismos, los que fue necesario eliminar para facilitar el tráfico comercial, lo que se logró con el consensualismo del Código Napoleón.

F. *Otras ventas con cláusulas especiales*

Lo cierto es que, por aplicación del principio de autonomía de la voluntad las partes pueden pactar en la compraventa, por ejemplo, que la propiedad del bien no se transmitirá sino hasta el momento en que el contrato se formalice ante notario público, o bien que se cumpla con determinado formalismo contractual. O bien, que la propiedad se transmita en el momento de la entrega material de la cosa. En estos casos, dicha transmisión está disociada y depende quizás del cumplimiento de una obligación del vendedor. En el primer caso, de la obligación de formalizar el contrato, que se materializa con la firma de la escritura, que a su vez no puede ser otra cosa mas que una obligación de hacer, resulta el efecto traslativo de dominio. En el segundo caso la transmisión opera en el instante de la entrega. La entrega es quizás una obligación de dar, pero es una obligación de dar consistente en entregar materialmente una cosa al vendedor y no una obligación de dar que tiene por objeto la transmisión de la propiedad. Tal obligación de dar consistente en la entrega material de la cosa, tiene como fin, y como efecto, la transmisión de la propiedad, pero su contenido es el hecho de poner a disposición del comprador la tenencia material de la cosa y no transmitir su propiedad.

2. ¿LA VENTA DE COSA AJENA?

Es en la venta de cosa ajena donde algunos autores pretenden encontrar una obligación de transmitir la propiedad. Aunque el comprador no sepa que la cosa es ajena, el vendedor se obliga a conseguir que el comprador se convierta en dueño (A). En lo personal opino que el régimen legal de la venta de cosa ajena en el derecho positivo mexicano es, al contrario, una prueba contundente de que la transmisión de la propiedad no es una obligación (B).

A. *La venta de cosa ajena crearía una auténtica obligación de transmitir la propiedad*

Siguen vivos los debates sobre la suerte de la venta de cosa ajena. Para algunos el contrato sería inexistente,²¹ para otros sería nulo²² y finalmente

²¹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 5a. ed., Puebla, México, Cajica, 1974, n° 106, p. 136 citado por ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel en “La Compraventa de Cosa Ajena”, en *Libro del Cincuentenario del Código Civil*, 1a. ed., México, UNAM, 1978, pp. 317 y ss, especialmente p. 335. Sin embargo en sus ediciones más recientes, GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ cambió la redacción de su ejemplo. Ver. *Derecho de las Obligaciones*, 14a. ed., México, Porrúa, 2001, n° 125, p. 172. LOZANO NORIEGA, Francisco, *Cuarto Curso de Derecho Civil Contratos*, 6a. ed., México, Asociación Nacional del Notariado Mexi-

se ha llegado a sostener que es válido.²³ Aún entre quienes reconocen la validez de la venta de cosa ajena, nadie puede decir que esta transmite la propiedad. La venta de cosa ajena produciría una serie de obligaciones de medios consistentes en hacer todo lo necesario para lograr que se le transmita la propiedad de la cosa vendida al comprador. En estricta técnica habría que recalificar al contrato en una promesa de *porte-fort* más que una compraventa.

Lo cierto es que la venta de cosa ajena no transmite la propiedad al celebrarse, sino, en el mejor de los casos, en el momento en que, de acuerdo con el art. 2271 del Código Civil, el vendedor adquiere la cosa vendida. En este orden de ideas, entre la celebración de la venta y la adquisición de la cosa por el vendedor, este tiene una obligación de hacer consistente ya sea en adquirir la cosa para que, en ese preciso momento a su vez el comprador se vuelva propietario o bien, en lograr que el tercero dueño de la cosa, le transmita al comprador la cosa directamente. Estamos en presencia de obligaciones de hacer que son además, de medios y no de resultados. Así, si bien la compraventa de cosa ajena es obligacional en el sentido de que crea dichas obligaciones de hacer a cargo del vendedor, y que pareciera que existe en todo esto una obligación general de transmisión de la propiedad, no es así. La transmisión de la propiedad es un mero efecto automático del cumplimiento de las obligaciones de hacer del vendedor, consistentes en adquirir la cosa o lograr el consentimiento del dueño para que este la venda al comprador.

En efecto, si el vendedor adquiere la cosa, no será dueño ni una milésima de segundo porque en ese preciso momento la propiedad se habrá transmitido al comprador. Si en la otra hipótesis, el vendedor consigue que el verdadero dueño otorgue su consentimiento para enajenar la cosa a favor del comprador, la propiedad se transmitirá *ipso iure* por mero efecto del acto jurídico por el cual dicho verdadero dueño consintió.

Ahora bien, ¿qué no a fin de cuentas el vendedor está obligado a convertir en dueño al comprador? En efecto, a través del cumplimiento de obligaciones de hacer se desencadenará el efecto traslativo. Este es el gran riesgo

cano A.C., 2001, p. 99, quien sin embargo, en la pp. 100 y ss. analiza y recoge la nulidad por falta de capacidad.

²² LOZANO NORIEGA, Francisco precit., pp. 98 y ss.; ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, "La Compraventa de Cosa Ajena", en *Libro del cincuentenario...* precit. pp. 346 y 347, entre otros.

²³ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Contratos Civiles*, 15a. ed., México, Porrúa, 2014, p. 101; SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los Contratos Civiles*, 5a. ed., México, Porrúa, 1980, pp. 134 y ss.

de confundir el fin de un acto, con el contenido de las obligaciones que este produce. En la venta de cosa ajena, el fin que necesariamente se persigue es convertir al comprador en dueño, pero una vez más, no es el contenido de una obligación, en nuestra muy personal opinión.

B. *La venta de cosa ajena como prueba de que la transmisión de propiedad no es una obligación*

La venta de cosa ajena hace surgir una prueba de que la transmisión de la propiedad no se produce por cumplimiento de una obligación. Por un error muy sutil podríamos pretender —y la tentación es grande— que la fuerza obligatoria del contrato de compraventa, nos prueba que la transmisión de la propiedad viene de una obligación, pues de otro modo, ¿cómo explicaríamos la fuerza obligatoria del contrato?

Sin embargo, si la venta de cosa ajena es nula, no es porque el vendedor falta al cumplimiento de sus obligaciones, entre ellas la de transmitir la propiedad, sino porque no es el dueño y por ende, no se puede transmitir la propiedad de la cosa. En otras palabras, la venta de cosa ajena es nula porque el efecto traslativo de propiedad es imposible que se verifique por mero efecto del contrato,²⁴ lo que lo convierte en un contrato con objeto jurídica-

²⁴ Hay en cambio, quienes sostienen con cierta razón, sobre todo en doctrina francesa, que la compraventa de cosa ajena es nula por falta de capacidad del vendedor. En efecto, no siendo dueño, no puede transmitir la propiedad de la cosa, y tiene una incapacidad especial. BENABENT, Alain, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 6a. ed., París, Montchrestien, 2004, pp. 24 y 25. En contrario, ver, en doctrina mexicana, DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Contratos Civiles*, 2a. ed., México, Porrúa, 2002, p. 258 y ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, *Contratos Civiles*, 9a. ed., México, Porrúa, 2002, p. 120. En realidad, la razón que los doctrinarios mexicanos esgrimen para descartar la nulidad relativa por falta de capacidad o de legitimación es que las características de la nulidad relativa son incompatibles con el derecho del verdadero propietario de la cosa para demandar la nulidad del contrato, y siendo la nulidad por falta de capacidad, una nulidad relativa, no es la sanción adecuada para este tipo de contrato. Sin embargo, este argumento puede ser rebatido en razón de que, si bien, la nulidad relativa por falta de capacidad priva al verdadero propietario de una acción de nulidad, lo cual parece injusto, ello no lo priva de la acción reivindicatoria. El verdadero propietario, según la jurisprudencia y la doctrina francesas, no tiene que preocuparse por entrar en el mundo contractual del vendedor y el comprador e intentar una acción tendiente a destruir los efectos del contrato —efectos que, en lo tocante a la transmisión de propiedad, no han podido realizarse—. En cambio, una acción real extracontractual derivada directamente de su derecho de propiedad, es más adecuada: la reivindicación. El comprador al que se le entregó la cosa, sufriría la evicción y el vendedor tendría que proceder al saneamiento. Por esta razón no nos parece tan descabellada la idea de una nulidad relativa por falta de capacidad del vendedor, quien *no puede* (no tiene capacidad) vender lo que no es de su propiedad,

mente imposible.²⁵ *A contrario*, aquí se prueba una vez más, que el legislador quiso que la transmisión de la propiedad fuera un efecto del contrato y no una obligación creada por él. Si realmente analizáramos la transmisión como una obligación, la nulidad no tendría ninguna razón de ser. El contrato no sería nulo porque el vendedor quedaría obligado a transmitir la propiedad por cualquier medio. Bastaría con darle al comprador una acción de cumplimiento forzado de la obligación de “hacer lo necesario” para que se le transmita la propiedad, o de rescisión por incumplimiento, como sucede con las demás obligaciones.²⁶

3. EL FIDEICOMISO

Aunque el fideicomiso no es una compraventa y quedaría por ello fuera de este estudio, es una rendija, probablemente la única, en que podría fundarse la idea de una obligación de transmitir la propiedad que depende de la buena voluntad de del fiduciario, lo cual le daría una vocación contingente o falible que confirmaría su carácter obligacional. Es decir, la sola designación del fideicomisario por parte del fideicomitente o de la propia fiduciaria, en la práctica del fideicomiso al parecer no vuelve al fideicomisario dueño. Es necesario el acto jurídico de la fiduciaria que transmita la propiedad al fideicomisario, que en la práctica se conoce como “transmisión de propiedad en ejecución del fideicomiso”. Para simplificar la esquematización podemos pensar en un contrato de mandato por virtud del cual el mandatario se obliga a otorgar los actos jurídicos necesarios en nombre y por cuenta del mandante para transmitir la propiedad de un bien a un tercero, lo cual, en términos generales nos lleva a pensar en un fideicomiso con esos fines. ¿Cómo explicar la transmisión de la propiedad en un tal esquema? Es decir, ¿en qué momento se transmite la propiedad? Y ¿cuál es el acto, contrato o actividad por el cual se transmite la propiedad? ¿Existe, en

como lo dispone el art. 2269 del Código Civil. Desde luego, este argumento sería válido siempre que utilizáramos el término jurídico de *capacidad* en sentido muy amplio, no sólo como la capacidad de ejercicio a que se refieren los arts. 450, 647 y demás que se refieren a la capacidad de juicio, sino una capacidad identificada con el verbo “poder” utilizado por la ley, por ejemplo, en el art. 436, 830, 1719 y precisamente el 2369, entre muchos otros, del Código Civil, desde luego, sacrificando un poco el rigor jurídico del significado tradicional del vocablo “capacidad”.

²⁵ Art. 1828 del Código Civil. La transmisión de la propiedad de una cosa ajena sin el consentimiento del propietario, es incompatible con las reglas del contrato de compraventa. Luego entonces, es un hecho, objeto del contrato, jurídicamente imposible.

²⁶ ANCEL, Pascal, precit. p. 783.

virtud del mandato o del fideicomiso una verdadera obligación de transmitir la propiedad a cargo del mandatario o de la fiduciaria?

Para resolver esta interrogante es necesario averiguar cuál es la naturaleza o la calificación del acto que transmite la propiedad en el mandato (1.), después de lo cual habremos de determinar la utilidad de los actos jurídicos que se celebran en ejecución del fideicomiso (2.).

4. LA NATURALEZA O CALIFICACIÓN DEL ACTO TRASLATIVO DE PROPIEDAD EN EJECUCIÓN DEL MANDATO

Imaginemos un mandato especial otorgado con el fin de que el mandatario celebre con determinada persona, un contrato de compraventa de un inmueble en especial en un determinado precio. El propietario, que será el vendedor en ese contrato de compraventa, no puede hacer el viaje a México para celebrar dicha venta, de tal suerte que el mandatario, en nombre y por cuenta del mandante, hará la oferta de la casa al comprador en determinado precio y en su caso firmará la venta. Debemos aceptar que el sólo mandato no transmite la propiedad al futuro comprador. El mandato por sí sólo nunca es traslativo de dominio.²⁷ Pese al otorgamiento del mandato, el propietario sigue siendo el mandante; y el vendedor es el mandante porque es el propietario. Es la compraventa la que va a transmitir la propiedad del vendedor-mandante al comprador. Y ello es así porque en el mandato, siendo un acto entre el propietario vendedor, y el mandatario, no interviene el consentimiento del comprador, necesario para la transmisión de la propiedad.

Supongamos ahora, en un caso de laboratorio, que el comprador comparece al acto del mandato y da su consentimiento para que el mandatario en representación del propietario vendedor le transmita la propiedad del inmueble en determinado valor. Supongamos que la redacción de un tal acto implica aceptación, por parte del futuro comprador, del inmueble y de su precio. En este caso, cualquiera que sea la denominación que se le da al acto, existe, dentro de él, de manera explícita, un contrato de compraventa,

²⁷ Existen casos en los que un contrato de compraventa privado, es decir, aquel al que le falta la forma exigida por la ley para su validez y para su registro, va acompañado de un poder irrevocable para actos de dominio con el fin de darle al comprador la seguridad de que él sólo, sin depender de la buena voluntad del vendedor, podrá realizar los actos jurídicos tendientes a la formalización de dicha compraventa. El mandato no fue el acto que transmitió la propiedad. Lo fue la compraventa privada. El mandato solamente implica la habilitación al comprador para que este pueda formalizar la venta sin depender de la firma del vendedor.

por el cual, la propiedad se le transmite al comprador, ya que hay acuerdo sobre la cosa y su precio tanto del propietario como del comprador, independientemente de que el precio se pague o no en ese acto. Si, por el contrario, la tarea consignada para el mandatario en un mandato es la oferta pública de venta de la cosa que se pretende vender y en su caso, la firma del contrato de compraventa, la propiedad no se habrá transmitido sino hasta el momento en que tiene lugar la celebración de dicha venta.

5. LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN EJECUCIÓN DE UN FIDEICOMISO

El supuesto del fideicomiso es parecido. El fideicomitente transmite al fiduciario un determinado bien para que este cumpla los fines que el fideicomitente le encargó.²⁸ En este caso, hay que distinguir entre dos momentos. En la celebración del contrato de fideicomiso existe transmisión de propiedad hacia el fiduciario por el sólo efecto de dicho contrato, sin que el fideicomitente tenga que cumplir con una “obligación de transmitir la propiedad”.

Pero la cuestión que nos interesa para efectos de este estudio es ¿en qué momento se transmite la propiedad al fideicomisario? Supongamos que desde el contrato de fideicomiso, queda designada la persona del fideicomisario. Supongamos además que el fin del fideicomiso es transmitir la propiedad de un inmueble o de cualquier otra cosa, bajo ciertas condiciones. Por último, supongamos que el fideicomisario cumple de inmediato con tales condiciones, por ejemplo, el pago de un precio o la prestación de determinados servicios o méritos. La cuestión a resolver en esta hipótesis es si el cumplimiento de la condición —precio, servicios o méritos— es suficiente para, por sí misma, producir el efecto traslativo de dominio del fiduciario al fideicomisario, como sucedería, por ejemplo, en la venta con reserva de dominio.

La inercia de la práctica nos daría una respuesta negativa. En este caso el fiduciario queda obligado a celebrar con el fideicomisario un acto jurídico que explicita la transmisión de la propiedad. Sin embargo esta respuesta que obedece a la práctica no resiste, al menos en el terreno teórico, el siguiente cuestionamiento. Tenemos claro el fin establecido en el contrato de fideico-

²⁸ Desde la reforma a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de junio del 2003, el fideicomiso es por esencia traslativo de dominio. La fiduciaria siempre tiene la propiedad de los bienes, derechos, títulos o recursos fideicomitados para el cumplimiento de los fines del mismo. Art. 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en adelante LTOC.

miso, que es la transmisión de la propiedad de una cosa determinada al fideicomisario, una vez que se cumplan ciertas condiciones. Tenemos, por otro lado que, en la especie, dichas condiciones ya se cumplieron. Los fines del fideicomiso impuestos por el fideicomitente y aceptados por el fiduciario, han quedado plenamente satisfechos. En el plano moral ya no debería de haber obstáculo ni paso alguno para que el fideicomisario se convierta en dueño de la cosa, es más, desde el preciso momento en que se cumplieron las condiciones impuestas, ya sea que dependan o no de la voluntad de este. La mejor forma de honrar la palabra del fideicomitente —y esto es lo que persigue el principio de eficacia económica del derecho y en particular del contrato— sería la transmisión de la propiedad en favor del fideicomisario por mero efecto del cumplimiento de sus obligaciones o de las condiciones impuestas. Pretender lo contrario sería obstaculizar la eficacia del fideicomiso y del derecho que lo regula, condicionando la transmisión de la propiedad a la buena voluntad y caprichos del fiduciario. Este tendría entonces que estar dispuesto a otorgar un nuevo acto jurídico para la transmisión de la propiedad en ejecución del fideicomiso, como ocurre en la práctica.

Ahora bien, existen otros casos en que dicho paso intermedio, es decir, el acto jurídico celebrado por voluntad del fiduciario, llamado “transmisión de propiedad en ejecución del fideicomiso”, tendría una importancia mayor, como lo veremos a continuación.

Supongamos que en el ejemplo anterior, la verificación de las condiciones a las que debe sujetarse la transmisión de la propiedad al fiduciario, es un proceso difícil. Supongamos que el fin del fideicomiso es transmitir una vivienda digna y decorosa a algún ciudadano con alguna discapacidad física, que viva en una colonia pobre ya designada, y que además se destaque por su trabajo social en favor de los discapacitados y de su comunidad en general. Supongamos además, como ocurre frecuentemente en la práctica, que en este caso, se designa dentro del fideicomiso un comité técnico cuya tarea será el calificar a los candidatos y declarar un ganador. Si estos fueran los fines del fideicomiso y aplicáramos el principio de la transmisión inmediata de la propiedad por mero efecto del cumplimiento de las condiciones, muchos candidatos con discapacidad y que hayan sido en cierta medida luchadores sociales, se sentirían auténticamente dueños. No habría ningún requisito intermedio entre la demostración de sus condiciones y la transmisión de la propiedad. En cambio, si la transmisión de la propiedad está condicionada a la designación de un ganador por parte del comité técnico, todo el mecanismo del fideicomiso sería más seguro jurídicamente. La transmisión de la propiedad no opera sino hasta que, en cumplimiento de la designación del

comité técnico, el fiduciario transmite, a través de un acto jurídico, la propiedad del inmueble al fideicomisario ganador.

Sin embargo, la complejidad de la calificación del cumplimiento de las condiciones impuestas por el fideicomitente en el fideicomiso para la transmisión de la propiedad, no eliminan el cuestionamiento previo que aquí se formula de otra manera pero que es el mismo: ¿La designación del fideicomisario por el comité técnico, por el cumplimiento de las condiciones del fideicomiso, no sería el acto jurídico necesario y suficiente para transmitir la propiedad al fideicomisario? Una vez verificado el cumplimiento de dichas condiciones y designado por ende al ganador, no hay nada que debiera impedir que este se convierta en dueño si somos partidarios de la eficiencia económica de los contratos. Y este cuestionamiento estaría presente siempre, por más requisitos y trabas formales que le impongamos al comité técnico, o al fiduciario mismo, para calificar el cumplimiento de las condiciones para la ejecución del fideicomiso. Es decir ¿una vez constatado formalmente el cumplimiento de esas condiciones, siempre tiene que haber un acto jurídico posterior a partir del cual y sólo a partir del cual tendría lugar la transmisión de la propiedad? La pregunta tiene un cierto valor práctico.

En la práctica de los fideicomisos de los años noventa hasta la fecha, los fideicomisarios se han enfrentado a varios tipos de problemas que no son menores. Con todo el proceso que duró desde la nacionalización de la banca en septiembre de 1982, pasando por la reprivatización de la banca a fines de los años ochentas, y ya bien entrados los años noventa y posteriormente la entrada de bancos de origen extranjero que compraron a los bancos nacionales, los fideicomisarios han tenido que sufrir un calvario para seguir la línea siempre confusa y a veces hasta inexistente, de adquisiciones de los derechos y obligaciones fiduciarias que tenían los bancos extintos hacia los nuevos bancos. Vivimos sujetos al hecho de que los fiduciarios substitutos, en primer lugar, se reconocieran causahabientes de las obligaciones fiduciarias de los bancos viejos, y en segundo lugar, que se comprobara, una vez más, el cumplimiento de las condiciones del fideicomiso original, dentro del marco de las políticas de los bancos nuevos que imponen cargas adicionales que el fideicomisario no tendría porqué sufrir por no haber sido previstas en el contrato de fideicomiso original. Los fideicomitentes, en la mayoría de los casos, personas físicas o morales, ya no existen. Me refiero a los fideicomisos de vivienda de todo tipo, en especial los privados, que nacieron en los años setenta y que no han terminado de ejecutarse hoy en día por estas dificultades.

Aún así, parece ser que los imperativos formales y sobre todo de seguridad jurídica, imponen como un paso adicional al cumplimiento de las con-

diciones, para transmitir la propiedad de los bienes fideicomitidos al fideicomisario, el acto jurídico de transmisión de la propiedad en ejecución del fideicomiso. Ese acto jurídico puede ser conveniente, no para retrasar la transmisión de la propiedad y hacer ineficiente al fideicomiso, sino para otorgar al fideicomisario un título formal que le brinde seguridad jurídica.²⁹ El solo acto de designación del fideicomisario en un acta de sesión de un comité técnico, no parece ser ni formal ni funcionalmente, el título más idóneo para este sobre todo desde el punto de vista de la seguridad jurídica a la que tienen derecho todos los fideicomisarios. Así, en el caso del fideicomiso, parece ser que la transmisión de la propiedad es una auténtica obligación civil a cargo del fiduciario, que se cumple con la celebración del acto jurídico denominado “transmisión de la propiedad en ejecución de fideicomiso”, y es en nuestro concepto el único o uno de los pocos casos en que la transmisión de la propiedad es una obligación y no un mero efecto de la designación del fideicomisario, aunque persiste la duda teórica para los que defendemos el principio de eficiencia económica del contrato y del derecho, es decir, el principio de transmisión inmediata de la propiedad.

Para terminar con el tema tangencial del fideicomiso y consolidar la excepción al principio de transmisión automática de la propiedad, hago aquí una ejemplificación procesal del incumplimiento de la obligación de transmitir la propiedad a cargo del fiduciario.

Supongamos que en un fideicomiso, el fideicomisario ha cumplido con todas las condiciones establecidas en el contrato de fideicomiso, por más difícil que sea el proceso de verificación del cumplimiento de las mismas. El comité técnico ha designado a determinada persona como fideicomisario para transmitirle, por ejemplo, una casa, un tractor para labores agrícolas, o cualquier otro bien. El fiduciario se niega por cualquier razón, a transmitirle la propiedad de dicho bien. Si optamos por el principio de transmisión automática de la propiedad, ¿cuáles serían las pretensiones técnicamente correctas que tendría que exigir en su demanda? La respuesta, bajo este principio sería que el actor tendría que demandar únicamente la entrega del bien que ya es suyo desde el momento en que se comprobó formalmente el cumplimiento de las condiciones del fideicomiso y quizás el otorgamiento o la entrega de su título de propiedad, que sería, en la hipótesis, su designación como fideicomisario, de un bien determinado. Supongamos que el fiduciario se allana a la demanda o es condenado en la sentencia. El actor lograría la entrega de la cosa a la que tiene derecho. Lograría también la entrega de un documento

²⁹ Esta reflexión y las que siguen en este apartado, hay que reconocerlo, es válida también para la compraventa.

de la fiduciaria, o del comité técnico del fideicomiso en que conste su designación. Pero ese documento normalmente sería privado. No cumpliría con los requisitos de validez a que se refieren los artículos 2317 y 2320 del Código Civil, que son extensivos al fideicomiso, es decir, la forma de escritura pública. Tampoco podría hacer oponible frente a terceros dicha adquisición, porque un tal documento no cumple con los requisitos de autenticidad del artículo 3005 del Código Civil para su inscripción en el Registro Público de la Propiedad. Su título sería inoponible. Tendría que haber una escritura pública que subsanara todos esos defectos. Esa sería la gran utilidad de la escritura notarial de transmisión de propiedad en ejecución de fideicomiso.

Contra esta posición podríamos alegar una postura intermedia: dicho instrumento notarial debería ser una mera formalización de la transmisión de la propiedad que ya ocurrió en realidad por la sola designación del fideicomisario al verificarse el cumplimiento de las condiciones impuestas por el fideicomiso.³⁰ Y esta postura intermedia no encontraría más argumento en contrario que el de saber a partir de qué momento el fideicomisario esperaría que corriera el plazo de prescripción de la acción indemnizatoria por vicios ocultos a que se refieren los artículos 2142 y siguientes del Código Civil. Así, este paso intermedio, aparentemente innecesario, y que dificulta la transmisión de la propiedad al fideicomisario que ya cumplió con todas las condiciones del fideicomiso, le beneficia porque el plazo de prescripción de la acción indemnizatoria por vicios ocultos, comienza desde la transmisión de la propiedad en un acto nuevo y ello le da más tiempo.

6. ALGUNAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS

La penúltima serie de casos que tienen interés en el cuestionamiento del efecto traslativo de la propiedad, la encontramos en algunas disposiciones particulares del testamento.

En principio, por cierto, la herencia se transmite al heredero en el momento preciso de la muerte del autor de la sucesión. Así lo establecen los arts. 1288, 1649 y 1660 del Código Civil. He aquí otra manifestación de la

³⁰ El art. 390 de la LTOC interpretado en cierto sentido, puede ser muy interesante para nuestro estudio. El fideicomisario tiene acción reivindicatoria para perseguir los bienes fideicomitidos cuando indebidamente salen del patrimonio del fideicomiso. La pregunta es ¿la acción reivindicatoria la intenta el fideicomisario para sí, en nombre propio? ¿O la acción tiene como finalidad la reintegración del patrimonio del fideicomiso en manos de la fiduciaria? Nos inclinamos por la segunda postura, aunque la primera satisface más el principio de transmisión *ipso iure* de la propiedad y es más congruente con otros textos que sostienen el mismo principio, por ejemplo, en materia de sucesiones, el art. 1650 del Código Civil.

opción por el principio de eficiencia económica del derecho. La aceptación de la herencia se retrotrae al momento de la muerte del autor de la sucesión. Aún cuando la partición no haya sido hecha, el heredero puede defender y reivindicar los bienes de la herencia antes del discernimiento del cargo de albacea.

Que la razón sea el imperativo de que ningún patrimonio puede permanecer acéfalo, o el imperativo de defender los bienes de la herencia para respetar la voluntad del testador —expresa en presencia de un testamento, o presuntiva en ausencia de este— o cualquier otra, existe en nuestro Código, tributario del Código Napoleón, una coherencia consensualista que suprime sacramentos innecesarios que antes explicaban la transferencia de la propiedad de una persona a otra.

Existen sin embargo, algunas hipótesis especiales que dificultan la aplicación de este principio. En primer lugar, haremos un rápido recuento de los supuestos en que los efectos inmediatos de la disposición testamentaria —transmisión de la propiedad, constitución de derechos reales, creación de fundaciones, etc.— se deben a la naturaleza del acto particular contenido en la disposición testamentaria (A), y en un segundo inciso, analizaremos aquellos supuestos cuyos efectos inmediatos se deben auténticamente a la muerte como acto detonador de la sucesión (B).

A. *Los supuestos en que el testador reconoce o instituye un acto jurídico que por su naturaleza tiene efectos inmediatos.*

a) *El testador reconoce una oferta de venta o de compra.*³¹

Hay que aclarar que si el testador en su testamento reconoce la existencia de un contrato de compraventa, es decir, su oferta y la aceptación del comprador, el contrato quedó formado y la propiedad se transfirió desde ese momento, caso que quedaría fuera de esta problemática.

El caso a estudio es el siguiente: Para evitar problemas entre sus herederos y alguien que pretende haber comprado un bien del testador, éste puede reconocer en su testamento, el hecho de haber ofrecido en venta a cierta persona, un determinado bien a un determinado precio. Si el testador recibe la aceptación en vida, el contrato de compraventa se habrá formado, caso que sale de esta hipótesis.

Pero supongamos que el testador muere antes de recibir la aceptación del comprador, y que éste ignoraba la muerte del testador. Siguiendo el ar-

³¹ Lo cual, el nuestro concepto, es perfectamente posible dada la redacción de la definición legal del testamento consagrada en el art. 1295 del Código Civil. El testador *reconoce un deber* en este caso.

título 1809 del Código Civil, quedarán los herederos del testador *obligados a sostener el contrato*. ¿Cómo interpretar esta última parte del art. 1809? El testador en su testamento, de manera formal, que por alguna razón no lo quiso hacer en otro documento, reconoció haber hecho una oferta de venta en la cual se manifestaron la intención de vender, la cosa, su precio y se identificó al destinatario de la oferta. El testador muere y el destinatario, sin conocer su muerte, acepta la oferta. El contrato de compraventa quedó formado con la aceptación de la compra, específicamente en el momento en que recibe por correo la aceptación en su domicilio, según la regla contenida en el art. 1807 del mismo código, o, si se trata de correo electrónico, en la bandeja de entrada del servicio de correo al que haya estado afiliado, por aplicación analógica de la misma regla, o cuando se presenta al domicilio de este en forma personal y hace saber a los herederos su aceptación de la oferta antes de enterarse de la muerte. En ese preciso momento, es cuando el contrato quedó formado y la propiedad de la cosa vendida se transmitió al comprador. En este caso, la transmisión de la propiedad se verifica por efecto del perfeccionamiento de la compraventa y no por la muerte del testador. En este caso, la muerte no juega ningún papel en la transmisión de la propiedad y el testamento sólo será un medio de prueba de la existencia de una oferta de venta hecha en vida del testador. El mismo razonamiento es aplicable a la oferta de compra hecha en un testamento y aceptada por el dueño de la cosa antes de enterarse de la muerte del testador.

b) El testador ofrece u ordena una venta.

Se trata de dos supuestos diferentes. El primer supuesto se formula en forma de pregunta: ¿Puede el testador en su testamento hacer una oferta directa de venta? En nuestra opinión, la respuesta está en la interpretación jurídica de la palabra “disposición”, porque por virtud del testamento, el testador puede *disponer* de sus bienes. Ahora bien, la cuestión es saber si la oferta de venta es un acto de disposición de bienes. Si bien, la sola oferta no enajena el bien, basta con que el destinatario haga su aceptación para que la enajenación se produzca. Consideramos que una oferta de venta sí puede ser calificada como un acto de disposición. Además, a la luz de la libertad de disposición de la que goza el propietario de un bien, y del principio de libre testamentifacción que priva en el derecho mexicano, la balanza parece inclinarse hacia una respuesta afirmativa.³² El testador podría disponer en una

³² Aunque en la práctica es más frecuente imponer al albacea la obligación de ofrecer en venta determinada cosa a determinada persona en determinado precio, o bien, imponer a los herederos la carga de realizar dicha oferta de venta.

cláusula: “Por este acto ofrezco en venta, al Señor Juan Pérez Martínez, mi casa “X” en precio de un millón de Pesos, quien tendrá un plazo de diez días contados a partir de la notificación de mi oferta que le haga el albacea, para aceptar dicha oferta...”. Si Juan Pérez declina aceptar, entonces la cosa, objeto de la oferta, se integrará al acervo hereditario y será de los herederos. Si por el contrario, acepta la oferta, la propiedad se habrá transmitido con su aceptación, siguiendo la regla del art. 1807 ya citado. ¿Cuál es la utilidad de una tal disposición testamentaria tan abrupta y tan directa? ¿Qué ventajas presenta en relación con la imposición, más frecuente en la práctica, de una obligación al albacea de realizar él, en su carácter de albacea, la oferta? ¿Qué ventajas presenta en relación con una condición o carga impuesta a los herederos, consistente en hacer dicha oferta?

La primera ventaja es que la oferta de venta hecha directamente por el testador, facilita la realización de la voluntad del testador. La oferta ya está hecha, sólo falta esperar su aceptación. La segunda ventaja es que con una tal disposición escapamos a la posibilidad de la oposición de los herederos fundada en los artículos 1717 y 1719 del Código Civil. En efecto, por regla general el albacea no puede enajenar ni gravar los bienes de la sucesión sin el consentimiento de los herederos, pero en el caso de una tal disposición testamentaria, fue el testador, y no el albacea, el que dispuso de sus bienes, si admitimos que la oferta en cierta forma una disposición de bienes. Sin perjuicio del alegato en el sentido de que la oposición de los herederos no es aplicable frente a un mandato del testador al albacea para vender u ofrecer en venta, el problema de la interpretación quedaría resuelto con la oferta directa hecha por el testador en su testamento. Lo importante es que, también en este caso, la transmisión de la propiedad se verifica por la aceptación de la oferta y no por la muerte del testador.³³

c) La constitución de una fundación.

La constitución de una fundación por testamento plantea varios problemas. El primero de ellos, que es la falta de personalidad de la fundación en tanto que persona, al preciso momento de la muerte del testador, pero este problema queda resuelto con el art. 11 de la Ley de Instituciones de Asistencia Privada para el DF.³⁴ Una adecuada interpretación de dicho numeral, nos llevaría a pensar que la misma no destruye la regla contenida en los artículos 1313 fracción I y 1314 del Código Civil dogmática y arbitrariamente.

³³ En materia fiscal, para efectos del Impuesto Sobre Adquisición de Inmuebles, la cuestión sería determinar si hubo transmisión al heredero y luego de este al comprador, es decir, si hubo fiscalmente dos transmisiones de herencia. El art.

³⁴ En adelante simplemente LIAP.

El art. 11 de la LIAP supondría la existencia de la fundación desde el preciso momento de la muerte del testador. Sin embargo, una falta de técnica legislativa, en nuestra opinión, establece en el art. 9 de la LIAP, que la fundación no tiene personalidad jurídica sino desde la autorización de la Junta de Asistencia Privada.³⁵ Así, teóricamente tenemos que acudir a la teoría del patrimonio de afectación, con la dificultad adicional de la falta de su titular, para justificar el art. 11 de dicha ley y concebir que, entre la muerte del testador y la autorización de la Junta de Asistencia Privada, los bienes afectos a la Fundación no pertenecen a nadie; ni al testador, ni a los herederos, ni a la Fundación que aún no existe.

Más lógica sería, en nuestro concepto, la solución según la cual, la fundación, como persona moral, adquiriría su personalidad jurídica y la propiedad de los bienes afectos, con la sola muerte del testador. Tal solución sería mucho más congruente con los principios de prioridad, inmediatez e irrevocabilidad que irrigan dicho cuerpo legal y evitarían la posible rebeldía o negligencia de los albaceas en el cumplimiento de los trámites a que se refieren los arts. 8 y 15 de la LIAP.

Cuando se constituye una fundación por vía testamentaria.³⁶ La muerte del testador detona solamente el efecto de la afectación de los bienes, es decir, los sustrae de la herencia, para ser destinados a entrar en el patrimonio de la fundación, en el momento en que este exista, y a utilizarse exclusivamente para el cumplimiento de los fines asistenciales de la misma.

Como podemos ver, en este caso, ni la constitución de la persona moral, ni la transmisión de la propiedad de los bienes afectos a la asistencia privada, se detonan por la sola muerte del testador.

B. *Los supuestos en los que el testador declara, reconoce o instituye actos que deben sus efectos inmediatos a la muerte como único fundamento*

a) *La institución de heredero y de legatario.*

Este supuesto es contundente, como ya lo apuntamos, la transmisión de los bienes del difunto se verifica por su muerte, aún cuando los herederos ignoran la muerte o ignoran su calidad de herederos. Estos son, al momento

³⁵ V. ARCE GARGOLLO, Javier, *op. cit.*, p. 54.

³⁶ No se trata del supuesto en que el testador impone al albacea la obligación o al heredero o al legatario la carga de constituir una fundación, sino del caso en que el testador, de manera directa constituye la fundación en su testamento. V. ARCE GARGOLLO, Javier *op. cit.*, p. 53.

de la muerte del testador, una especie de copropietarios de los bienes de la herencia. Cabe hacerse la pregunta de ¿qué efectos tiene la aceptación y la repudiación de la herencia? En nuestra opinión, mientras que el heredero no repudie la herencia, se presume heredero³⁷ y por tanto, propietario o copropietario de la masa hereditaria hasta en tanto no se haga la partición.³⁸ El repudio se retrotrae al momento de la muerte del autor de la herencia.³⁹ Por esta razón, el repudiante no tiene derecho a los frutos de la herencia obtenidos entre el momento de la muerte del autor y el momento del repudio. Del mismo modo, la aceptación de la herencia se retrotrae a dicho momento.

En este orden de ideas, es la muerte del autor de la herencia, la que determina la transmisión de la propiedad entre el causante y sus herederos. Tanto la aceptación, como la partición y la adjudicación de los bienes de la herencia, deben retrotraerse al momento de la muerte del *de cuius*.

Para sostener esta afirmación, es necesario descubrir cuál es la naturaleza del acto de la partición (1) y de la adjudicación de bienes por herencia (2).

1. *La partición de la herencia*.⁴⁰ Es el acto por el cual se atribuye a cada heredero, el bien o los bienes ya determinados que le corresponden por voluntad del testador o por sucesión legítima.⁴¹ A este acto se llega por convenio entre los herederos,⁴² o a falta de este, por determinación judicial a

³⁷ ARCE GARGOLLO, Javier, *Disposiciones Testamentarias Atípicas*, 1a. ed., México, Porrúa-Colegio de Notarios del DF, "Colección de Temas Jurídicos en Breviarios", breviario n° 62, 2011, p. 9. Ver art. 1656 del Código Civil, sobre la aceptación tácita y el art. 1659 que implica esta presunción.

³⁸ Arts. 1779 y ss. del Código Civil.

³⁹ Art. 1660 del Código Civil.

⁴⁰ El principio de inmediatez que se postula en este apartado, es aplicable también a la disolución de la copropiedad y a la liquidación de la sociedad conyugal, razón por la cual se mencionan estas tres figuras. También es aplicable a la liquidación de una sociedad en su parte final en que, después de haber cobrado activos y pagado pasivos, los socios acuerdan aplicarse el patrimonio social en la asamblea final de liquidación, aunque esta figura no se menciona en este punto por la siguiente razón. Mientras que en la partición de la herencia, en la disolución de la copropiedad y en la liquidación de la sociedad conyugal, no existe una verdadera transmisión de propiedad, en la liquidación final de la persona moral, sí existe transmisión de la propiedad porque el dominio de los bienes pasa de la persona moral, a los socios. El momento en que se transmite la propiedad es el acuerdo de liquidación en que se designan los bienes y/o cantidades de dinero que a cada socio corresponden, tomado en la asamblea final de liquidación.

⁴¹ Art. 1779 del Código Civil.

⁴² Art. 177 *in fine* de la Ley del Notariado y 862 y 863 del Código de Procedimientos Civiles, ambos del DF.

partir de la propuesta que haga el albacea.⁴³ Para los efectos de este ensayo, la partición tiene una gran importancia que puede inducir algunas contradicciones con el principio del efecto traslativo inmediato por la muerte del autor. En efecto, si suponemos que el conjunto de los bienes de la masa hereditaria se transmite a los herederos por la sola muerte del testador, como lo establece el art. 1288 del Código Civil, la partición sería una especie de disolución de copropiedad para declarar qué bien se va a adjudicar a cada heredero.

Ahora bien, existe en el medio notarial la añeja discusión sobre si la partición, o la disolución de la copropiedad implica la transmisión de la cuota de propiedad del heredero al que no le va a corresponder ese bien, en favor del heredero o copropietario al que se le va a adjudicar el bien. Para algunos, existe una verdadera permuta de derechos de copropiedad, es decir, para que yo me adjudique el bien “A” como único propietario, tengo que transmitir, al heredero o copropietario que se va a adjudicar el bien “B”, mis derechos de copropiedad sobre ese bien “B”. Para otros, la disolución de copropiedad y la partición de los bienes de la herencia, no pasan por el imperativo lógico de la transmisión de la cuota que se tiene sobre el bien que va a ser adjudicado al otro. El patrimonio común, que antes tenía dos o más titulares, ahora simplemente se parte y tiene un solo titular. Son casos en que para ser propietario único del bien que antes era común, no se tiene que enajenar o transmitir la cuota correspondiente que sobre los demás bienes se tiene. Y esta última, es la posición mayoritaria de los profesionales del notariado. Las disposiciones fiscales en la materia, se han adherido a esta posición.⁴⁴ El copropietario o el coheredero, al hacerse la partición y la adjudicación del bien que le correspondió, no está obligado a pagar impuesto de adquisición por la parte que los demás copropietarios le “enajenaron” para llegar al punto de ser propietario único, salvo demásía que reciba uno de ellos en relación con el porcentaje de derechos que tenía en la copropiedad. En nuestra opinión, el copropietario del 50% de un bien, (o cualquiera que sea su porcentaje), o de un conjunto de bienes, no enajena ni una molécula de sus derechos al otro copropietario al hacerse la partición de la copropiedad o de la herencia o de la sociedad conyugal, al otro copropietario. Cada uno pasó, de tener el 50% indiviso de un bien o de un conjunto de bienes, a tener el bien o bienes que equivale exactamente al mismo porcentaje, sólo que ya individualizado y como propietario exclusivo. No vemos dónde se produce una tal enajenación.

⁴³ Art. 865 del Código de Procedimientos Civiles.

⁴⁴ Art. 115 fracción XI del Código Fiscal para el DF.

2. *La adjudicación de los bienes por herencia.*⁴⁵ Tiene una naturaleza formal y declarativa. En realidad, la partición implica la declaración de qué parte del bien, o qué bienes dentro de una universalidad patrimonial, pertenecen a cada partícipe con el fin de individualizarlos como un paso necesario para llegar a ser el propietario exclusivo. La partición otorga a los partícipes el carácter de propietarios exclusivos. La palabra adjudicar es en este caso sinónimo de *atribuir formalmente*. En realidad, al mencionar el bien o bienes que a cada partícipe —heredero, copropietario o cónyuge— pertenece en exclusiva propiedad, estamos atribuyendo el o los bienes a cada uno de estos. La partición lleva implícita la adjudicación. Sin embargo, en la práctica notarial es más común hablar de adjudicación o aplicación de bienes, que simplemente de partición. La adjudicación de bienes por herencia, por disolución de copropiedad o de sociedad conyugal, tiene por función, más que transmitir la propiedad del bien al adjudicatario, como erróneamente se cree, la de explicitar la partición en un instrumento en el cual se van a cumplir todos los requisitos administrativos, fiscales⁴⁶ y formales,⁴⁷ de la transmisión de la propiedad que ya tuvo lugar.

En el caso de la herencia, la transmisión de la propiedad ya tuvo lugar con la muerte del *de cuius*. En la disolución de la copropiedad, no hay transmisión de la propiedad sino determinación del bien, es decir, la parte específica del bien, que ya se separó de su resto, misma que ya tuvo lugar en el convenio de partición o en el momento en que se publica la sentencia que declara dicha partición, si esta fue judicial. Y en la liquidación de la sociedad conyugal ya tuvo lugar en el convenio de liquidación o en el momento de publicarse la sentencia que resuelve la liquidación, si esta fuera judicial.

b) El legado alternativo.

El caso del legado alternativo plantea la cuestión de saber si la toma de decisión sobre el bien que será objeto del legado, implica que quien la haga debe tener como requisito previo el *dominus* de los bienes entre los que el

⁴⁵ Lo dicho en este punto es también aplicable al acto formal que se otorga, en cumplimiento del convenio o la sentencia, de disolución de copropiedad, liquidación de sociedad conyugal y liquidación de personas morales.

⁴⁶ En la adjudicación de bienes por herencia, se paga el impuesto de adquisición a que se refiere el Código Fiscal del DF.; se comprueba que el inmueble no tenga adeudos de Impuesto Predial ni de derechos por suministro de agua; se cumple el requisito legal informativo de exhibir y agregar al instrumento la reglamentación aplicable al bien en materia de desarrollo urbano, etc. requisitos legales tanto para la formalización de la adquisición, como para su inscripción en el Registro Público de la Propiedad.

⁴⁷ Arts. 1777 del Código Civil y 868 del Código de Procedimientos Civiles, ambos el DF.

legado habrá de elegirse. En nuestra opinión, ya sea que el albacea tenga que hacer la elección, o bien, que sea el heredero quien debe hacerla, la cuestión de la propiedad de los bienes entre los cuales debe elegirse, no tiene mayor trascendencia. Sea cual sea la elección, esta se retrotrae al momento de la muerte del testador y se deberá considerar, una vez designado el bien, objeto del legado, que este se transmitió a la muerte del *de cuius* al legatario. Este caso no representa mayor dificultad.

7. LA APORTACIÓN DE UN BIEN A UNA SOCIEDAD MERCANTIL

El art. 11 de la Ley General de Sociedades Mercantiles (en adelante LGSM), establece que, salvo pacto en contrario, la aportación de un bien a una sociedad mercantil se entiende traslativa de dominio a la misma. ¿La transmisión en este caso opera por mero efecto del acuerdo sobre la aportación o representa una obligación que el futuro socio debe cumplir por un acto posterior?

La naturaleza jurídica de la aportación de un bien a una sociedad mercantil, es muy similar a la de la compraventa para efectos de este ensayo. El futuro socio propone a la asamblea constitutiva que, en lugar de aportar dinero al capital, aportará un bien determinado. La contraprestación por dicha aportación, será el número de acciones del capital, que representen el valor del bien aportado, o el valor que en el acuerdo se le asigne. La única diferencia entre una compraventa y la aportación de un bien a la sociedad, es que en esta última, la transmisión de la propiedad no puede tener lugar sino a partir del momento en que la persona moral que recibe el bien, exista. Por ende, mientras que en la compraventa, la propiedad del bien se transmite por mero efecto del contrato, más específicamente, con la aceptación del contrato propuesto, en la aportación ninguna aceptación de los futuros socios tiene ningún efecto traslativo hasta que la sociedad exista. Siguiendo las reglas de la LGSM en su art. 2, la aportación tendrá efecto traslativo entonces, en el momento inscripción de la constitución de la sociedad en el Registro Público de Comercio, o bien, en el primer momento en que se exteriorice como sociedad frente a terceros. En este orden de ideas, entre la propuesta de la aportación y la transmisión de la propiedad del bien, puede pasar mucho tiempo. La propuesta no se hace a los accionistas sino en tanto que miembros del órgano supremo de la sociedad que es su asamblea. Así las cosas, antes de que la aportación pueda tener efectos, debe existir la sociedad. En el caso más extremo la aportación puede tener lugar en seguida del

acuerdo constitutivo de la misma y luego del primerísimo acto en que la misma se exteriorice como sociedad frente a terceros.

En una primera hipótesis, cuando la aportación se hace dentro del acto de la constitución, primero deben los accionistas celebrar el contrato social, en seguida, se debe hacer cualquier anuncio u oferta comercial (acto de exteriorización frente a terceros), y después, si se quiere inmediatamente, la aportación tendrá efectos traslativos de dominio. Si en esta hipótesis, el futuro accionista “A” declara: “Aporto a esta sociedad *que estamos por formar*, “X” bien...” dicho acto sólo podrá recibir la calificación de una promesa de aportación, ya que al no existir aún la persona moral, no existirá el recipiente de la oferta.

En una segunda hipótesis, la oferta puede verificarse ya una vez formada la sociedad, es decir, después de la inscripción del contrato social en el Registro Público de Comercio, o bien, después del primer acto de exteriorización, en el caso de la sociedad irregular.⁴⁸ En este segundo supuesto, la transmisión de la propiedad se verifica entre el aportante y la sociedad, por mero efecto de la aceptación de la aportación, por la mayoría calificada de los socios. En un caso extremo, en el momento en que el escrutador declara la mayoría calificada del acuerdo de aceptación. Aquí el artículo 2014 del Código Civil encuentra toda su aplicación en nuestra opinión.

Volviendo a la primera hipótesis, en que la aportación se pretende hacer o se propone antes de la existencia de la persona moral, surge la siguiente cuestión. Si la persona moral existe por cumplirse los supuestos del art. 2 de la LGSM, y la oferta de aportación se hizo antes del momento en que nació, ¿su aceptación perfecciona el contrato de aportación y la propiedad del bien se transmite?

Para resolver esta cuestión tenemos que cuestionarnos sobre la validez de una oferta unilateral hecha a una persona inexistente al momento de hacerse. Podemos, por una parte, privilegiar el peso de la voluntad del aportante y el principio moral de que la oferta debe sostenerse porque el promitente debe honrar su palabra para no defraudar las expectativas creadas en terceros. En este caso, podríamos aplicar el criterio contenido en los arts. 1860, 1861, 1862 y siguientes del Código Civil para fundar la fuerza obligatoria de la oferta de la aportación, caso en el cual si constituida la sociedad, la asamblea acepta la oferta, la aportación habrá sido hecha, salvo revocación del promitente, antes del acuerdo de la aceptación tomado en la asamblea.

⁴⁸ Para emplear la terminología de la LGSM en su artículo 2.

Podemos, por otra parte, optar por la posición según la cual, la promesa hecha específicamente a una persona determinada que no existe, no es válida, y en este caso la aceptación de la oferta por la asamblea, una vez constatada la existencia de la persona moral, no tendrá ningún efecto mas que, si acaso, el de una oferta de suscripción de acciones por aportación de un bien a la sociedad, hecha por esta misma.

Consideramos que la respuesta tiene que ver con el contenido de la oferta. Y si estamos en presencia de una oferta hecha a una sociedad inexistente, a sabiendas del oferente, debemos darle toda fuerza y efectos al momento de la aceptación por parte de la asamblea, una vez existiendo la sociedad. Si el oferente de la aportación ignoraba, al momento de hacer su oferta, que la sociedad no existía, la oferta será nula por error, salvo que se pruebe que para el ofertante, el hecho de la inexistencia o no de la persona moral al momento de hacer su oferta, le era intrascendente, es decir, que la existencia de la persona moral no era el fin o motivo determinante de su oferta.

Como podemos constatar, son rarísimos los casos en que la transmisión de la propiedad es una obligación y no es el efecto automático del acto jurídico traslativo de dominio. Sólo en el fideicomiso la transmisión de la propiedad pudiera considerarse como una verdadera obligación personal cuyo cumplimiento depende de la fiduciaria, con las dudas ya expuestas. En todos los demás casos, al menos en todas las hipótesis de la compraventa, la transmisión de la propiedad no es una obligación, sino un mero efecto del contrato o, como ya lo vimos, de otros actos o hechos que no constituyen el cumplimiento de la obligación de transmitir la propiedad.

A manera de conclusión, no debemos confundir la fuerza obligatoria de un contrato como el de compraventa, y por ende, todo el vigor de la situación jurídica que crea, con la creación de obligaciones que conlleva. También los efectos no obligacionales del contrato se imponen tanto entre las partes como frente a terceros si se cumplen los requisitos de oponibilidad. Si el vendedor tiene que respetar la propiedad de la cosa vendida al comprador, es decir, el derecho exclusivo de usar, disfrutar y disponer de la cosa sin perturbarlo, no es porque la transmisión de la propiedad sea una obligación, sino porque el comprador es dueño y señor de la cosa por efecto del contrato; por la fuerza obligatoria de este.

Esta consideración abre las puertas a una nueva concepción del contrato. Tradicionalmente, al menos en la doctrina mexicana, el aspecto más estudiado del contrato es el de las obligaciones que produce a cargo de las partes. Los textos de licenciatura y los cursos que se imparten en las escuelas de Derecho son generalmente la reproducción de un catálogo de obligaciones para los contratantes según cada contrato. Las obligaciones del

vendedor y del comprador; del mandante y del mandatario; del mutuante y del mutuuario, etc. No se explica suficientemente, salvo algunas excepciones honrosas, que el contrato puede producir, además de obligaciones, una gran cantidad de efectos no obligacionales, entre ellos, la transmisión de la propiedad.

ANÁLISIS Y CONSIDERACIONES SOBRE DIVERSAS DISPOSICIONES MORTIS CAUSA EN LEYES FEDERALES

Pablo A. Pruneda Padilla

Pablo A. G. Pruneda Gross

INTRODUCCION

En nuestro Derecho, múltiples disposiciones de carácter federal en materias como la agraria, laboral, bancaria, de seguros, bursátil y algunas otras, regulan situaciones “mortis causa” que en algunos casos son verdaderas regulaciones sucesorias y en otras son aparentemente sucesorias.

El presente trabajo presenta las leyes federales que contienen este tipo de regulaciones mortis causa, no sólo para tenerlas identificadas, sino para hacer una valoración crítica de ellas.

El artículo ciento veinticuatro constitucional, base de la estructuración competencial de nuestro federalismo, con claridad establece: *Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.*

Como es de todos sabido, el Derecho Civil y una de sus partes fundamentales como lo es el Derecho Sucesorio, corresponde a una de las materias o ramas del Derecho que fueron reservadas por los Estados, por lo que cualquier disposición federal que pretenda regularlas, necesariamente requiere de una autorización expresa en la propia Constitución para que sea procedente y encuadre en la lógica de la competencia legislativa federal.

Atendiendo a ello, resulta relevante revisar si las disposiciones federales materia del presente estudio, son congruentes o no con la distribución competencial establecida en nuestra Constitución.

CAPÍTULO PRIMERO

Análisis de disposiciones mortis causa en el derecho agrario

1.1. ANTECEDENTES

Las leyes de 6 de enero de 1915, la de Ejidos del 28 de diciembre de 1920, el Reglamento Agrario, las Leyes de Dotaciones y Restituciones de Tierras y Aguas del 27 de abril de 1927 y del 21 de marzo de 1929, la Ley del Patrimonio Ejidal, los Códigos Agrarios del 22 de marzo de 1934, 23 de septiembre de 1940 y 31 de diciembre de 1942 y la abrogada Ley de la Reforma Agraria, en razón de que no reconocieron claramente los derechos que tanto ejidatarios como comuneros ejercían sobre sus parcelas, y mucho menos la facultad que tenían de disponer de esos derechos, no incluyeron en su reglamentación una forma de sucesión de los derechos ejidales (como actualmente si existe en la vigente Ley Agraria y que será materia de análisis posterior) sino que incluyeron una muy limitada regulación sobre la designación de adquirentes, dejando al derecho común la regulación de la transmisión por causa de muerte de los mencionados derechos.

La posibilidad de transmisión de los derechos ejidales, se restringía a que el adquirente o sucesor reuniera determinadas características como la de ser vecino o miembro del núcleo de población, pariente del enajenante, dependiente económico, o concubina o concubinario del ejidatario.

La circular número 48 de la Secretaría General de la Comisión Nacional Agraria del 1 de septiembre de 1921 sobre el régimen interior que imperaría para el establecimiento de los ejidos, así como lo estableció el art. 113 inciso 3 de la Ley de Dotaciones y Restituciones de Tierras y Aguas, reglamentaria del art. 27 Constitucional y los arts. 71 fracción II, 128, 133 y 306, fracción VII del Código Agrario de 1940, los arts. 65, 134, 153 fracción I, 156, 159, fracción II, 162 al 164, 170 al 172, 338 fracción: XII del Código Agrario de 1942, los artículos 47 fracción XI, 52, 72, 81 a 86 y 211 de la Ley Federal de la Reforma Agraria, presentaban disposiciones en las que se regulan las transmisiones *mortis causa* de los derechos ejidales, por lo que pueden considerarse antecedentes de la figura conocida como “Testamento Agrario” materia del siguiente análisis y que se regula en la Ley Agraria de reciente creación.

1.2. LA LEY AGRARIA VIGENTE

Esta ley, reglamentaria del artículo 27 Constitucional en materia agraria y de observancia general en toda la República, regula en su título tercero,

Capítulo Primero Sección Segunda, artículos 17 al 19, una forma especial de sucesión de los derechos sobre la parcela y en los demás inherentes a su calidad de ejidatario.

El propio artículo 27 otorga la facultad a las leyes agrarias emitidas por la Federación, de legislar la forma de transmitir los derechos parcelarios, y aún cuando expresamente no habla de transmisiones post mortem, en nuestra opinión estarían incluidas en el concepto general de transmisión. El mencionado artículo 27 en su fracción VII, cuarto párrafo, menciona en su parte conducente, lo que es del tenor literal siguiente: “... *La ley, con respeto a la voluntad de los ejidatarios y comuneros para adoptar las condiciones que más les convengan en el aprovechamiento de sus recursos productivos... establecerá los procedimientos por los cuales los ejidatarios... podrán... transmitir sus derechos parcelarios entre los miembros del núcleo de población;*...” Vale la pena mencionar que la Ley Agraria establece sólo dos formas de transmisión de los derechos ejidales individuales: mediante la sucesión o por efecto de privaciones y nuevas adjudicaciones de dichos derechos agrarios.¹

Transcribimos textualmente a continuación, los artículos 17, 18 y 19 de la Ley Agraria, que contienen esta figura de sucesión de derechos ejidales, para luego hacer los comentarios correspondientes:

...Artículo 17.—El ejidatario tiene la facultad de designar a quien deba sucederle en sus derechos sobre la parcela y en los demás inherentes a su calidad de ejidatario, para lo cual bastará que el ejidatario formule una lista de sucesión en la que consten los nombres de las personas y el orden de preferencia conforme al cual deba hacerse la adjudicación de derechos a su fallecimiento. Para ello podrá designar al cónyuge, a la concubina o concubinario en su caso, a uno de los hijos, a uno de los ascendientes o a cualquier otra persona.

La lista de sucesión deberá ser depositada en el Registro Agrario Nacional o formalizada ante fedatario público. Con las mismas formalidades podrá ser modificada por el propio ejidatario, en cuyo caso será válida la de fecha posterior.

Artículo 18.—Cuando el ejidatario no haya hecho designación de sucesores, o cuando ninguno de los señalados en la lista de herederos pueda heredar por imposibilidad material o legal, los derechos agrarios se transmitirán de acuerdo con el siguiente orden de preferencia:

- I. Al cónyuge;
- II. A la concubina o concubinario;
- III. A uno de los hijos del ejidatario;
- IV. A uno de sus ascendientes; y

¹ Cfr. *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM-Porrúa, 2000, t. D-H, p. 1063.

V. A cualquier otra persona de las que dependan económicamente de él.

En los casos a que se refieren las fracciones III, IV y V, si al fallecimiento del ejidatario resultan dos o más personas con derecho a heredar, los herederos gozarán de tres meses a partir de la muerte del ejidatario para decidir quién, de entre ellos, conservará los derechos ejidales. En caso de que no se pusieran de acuerdo, el Tribunal Agrario proveerá la venta de dichos derechos ejidales en subasta pública y repartirá el producto, por partes iguales, entre las personas con derecho a heredar. En caso de igualdad de posturas en la subasta tendrá preferencia cualquiera de los herederos.

Artículo 19.—Cuando no existan sucesores, el tribunal agrario proveerá lo necesario para que se vendan los derechos correspondientes al mejor postor, de entre los ejidatarios y vecindados del núcleo de población de que se trate. El importe de la venta corresponderá al núcleo de población ejidal...

1.3. ANÁLISIS Y COMENTARIOS

Como ya dijimos, nuestra Constitución, en la parte conducente del artículo 27 arriba mencionada, otorga a la federación la facultad de regular la transmisión (*inter vivos o post mortem*) de los derechos parcelarios, pero la acota a que dicha transmisión se dé entre los miembros del núcleo de población, por lo que será necesario acotar cuáles son los derechos entendidos como parcelarios y a quiénes se considera miembros del núcleo de población.

Por parcela ejidal, debemos entender que es la extensión de tierra, que para su cultivo y explotación, recibe cada uno de los miembros de un ejido cuando se lleva a cabo el fraccionamiento de la tierra objeto de la dotación presidencial. En la terminología agraria, se denomina igualmente como “unidad de dotación”.²

Aunque por la porción de tierra que cada ejidatario obtiene, se recibe título de propiedad, esta propiedad presenta modalidades que se apartan mucho del concepto clásico de la propiedad privada.³

En la misma Ley Agraria, se detallan esos derechos parcelarios su artículo 76: “Corresponde a los ejidatarios el derecho de aprovechamiento, uso y usufructo de sus parcelas”. La titularidad de esos derechos de los ejidatarios sobre sus parcelas se acreditará con los correspondientes certificados de derechos agrarios; certificados parcelarios; o con sentencia o resolución relativa del tribunal agrario, como se establece en los artículos 16 y 78 de la citada legislación.

² *Ibid.*, op. cit., tomo P-Z, pp. 2320 y 2321.

³ Cfr. MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio, *El problema agrario en México y la Ley Federal de Reforma Agraria*. 16a. ed., Porrúa, 1979.

Por núcleos de población entendemos lo que la Ley Agraria establece en su art. 9 que dice: *“Los núcleos de población ejidales ejidos tienen personalidad jurídica y patrimonio propio y son propietarios de las tierras que les han sido dotadas o de las que hubieren adquirido por cualquier otro título”*.

Al preguntarnos quiénes son los miembros del núcleo de población a que hace referencia la Constitución, no encontramos la respuesta ni en ese ordenamiento ni en la Ley Agraria. El sentido común nos hace suponer que serían quienes han vivido o viven en tal o cual ejido. Esta falta de precisión que no constituye un asunto menor, es relevante ya que es la propia Constitución la que limita al derecho agrario a regular la transmisión de los derechos de parcela sólo entre los miembros del núcleo de población. Existe una disposición en su artículo 13 que aunque no menciona el concepto de miembro de núcleo de población, define a los “avecindados del ejido” como aquellos mexicanos mayores de edad que han residido por un año o más en las tierras del núcleo de población ejidal y que han sido reconocidos como tales por la asamblea ejidal o el tribunal agrario competente. Lamentablemente sería infundado establecer un vínculo entre estos dos conceptos por lo que sostenemos la necesidad de aclarar este punto en la legislación agraria.

Por otro lado, el que la Ley Agraria no limite la facultad de nombrar herederos de derechos ejidales, sólo a aquellos miembros del núcleo de población ejidal, sino que luego de mencionar al cónyuge, concubina o concubinario, a uno de los hijos, a uno de los ascendientes (que en algunos casos podrían no ser miembros del núcleo de población) y que remata con *“o a cualquier otra persona”* (que definitivamente podría no ser miembro de dicho núcleo de población) es muy criticable, ya que, como hemos insistido, rebasa su competencia normativa y va más allá de lo establecido en la Constitución, generando las siguientes consecuencias:

El testamento agrario sólo es aplicable para la transmisión post mortem de derechos parcelarios siempre y cuando dicha transmisión se haga en favor de un miembro del núcleo ejidal. Como esta legislación no establece una disposición que impida o prohíba la transmisión de estos derechos si se otorgan en favor de persona que NO sea miembro del núcleo de población, en nuestra opinión SÍ podría argumentarse la COMPETENCIA de las legislaciones civiles locales regular este tipo de sucesiones “mortis causa” a través de las diferentes figuras testamentarias o de sucesión legítima, con lo que ya no se garantizaría la unitariedad de estos derechos (que fue lo que a nuestro criterio motivó estas disposiciones, como se explicará más adelante).

Por la misma situación resulta igualmente inadecuada la redacción del art. 15 de dicha ley en el que al establecer los requisitos para ser ejidatario,

establece en su fracción segunda: “*Ser avecindado del ejido correspondiente, excepto cuando se trate de un heredero, o cumplir con los requisitos que establezca cada ejido en su reglamento interno.*” ¿Con qué competencia otorga la ley agraria la posibilidad de ser titular de derechos ejidales a alguien que no sea avecindado (podría no ser miembro del núcleo de población), escudándose en su carácter de heredero? Queda claro que el legislador no comprendió las mencionadas limitaciones que le impone la Constitución en el art. 27 fracción VII. Irónicamente, resulta interesante esa disposición porque si el concepto de avecindado lo equiparara al de “miembro del núcleo de población” y no hubiera establecido la inexplicable excepción al heredero civil, este artículo quince cumpliría cabalmente con la limitación que respecto de la transmisión de los derechos de parcela establece la Constitución.

En otro orden de ideas es criticable el hecho de que para la elaboración de la “lista de sucesión” no se establece ninguna formalidad, salvo la obligatoriedad de depositarla en el Registro Agrario Nacional o formalizada ante fedatario público. Este criterio no garantiza la libertad de quien otorga la referida lista de sucesión y por otro lado, si el ejidatario decidiera formalizar esa lista ante fedatario público digamos un Notario del Distrito Federal, este NO lo podría hacer constar en una escritura pública como un acto jurídico otorgado ante su fe sino que tendría que asentarse como hecho jurídico en sentido estricto en un acta notarial que simplemente haría constar que tal persona se presentó ante su fe y solicitó fuera “depositada” la lista de sucesión de sí mismo o de otra persona (como la ley agraria no nos indica que debe ser el ejidatario quien solicite su depósito es válido pensar que incluso otra persona lo haga —sin mayor requerimiento o cuidado por parte de esta ley), agregando al apéndice de ese instrumento notarial la referida lista.

Esta lista de sucesión. ¿Debe contener elementos de existencia o requisitos para su validez? Recordemos que, por ejemplo, en el caso del derogado testamento ológrafo nuestro C.C establecía requisitos como que fuera realizado por persona mayor de 18 años; estuviera totalmente escrito de puño y letra por el testador; fuera firmado por él, con expresión de día, mes y año en que se otorgaba. En la disposición que analizamos no sólo no se establece ningún elemento de existencia o requisito para la validez de la «lista de sucesión» sino que ni siquiera se regula cómo podría presentarla alguien que no sepa o no pueda escribir, o de qué forma podría otorgar su sucesión un menor de edad titular de derechos ejidales (¿cuál sería la edad mínima para redactarla?). Si fue realizada contra la voluntad del “de cujus” por presiones o violencia, ¿Existe alguna disposición del la Ley Agraria que en alguna forma lo sancione?

Vale la pena resaltar que el Derecho Agrario, al decidir regular las sucesiones de sus derechos de parcela, lo hace en primer lugar induciendo al testador al mencionar a los posibles herederos (cónyuge, concubina, a uno de sus hijos, etc.) y que finalmente remata con “o a cualquier otra persona.” Si las sucesiones agrarias comparten la posición del derecho civil sobre la libre testamentifacción, entonces resulta inadmisibles que “sugiera” listando (aunque sea con la mejor intención) a los posibles herederos. Aunque nuestra legislación contiene una gran cantidad de disposiciones enunciativas, en este caso resulta reprochable pues induce a un criterio de nombramiento de herederos. Nos da la impresión que la Ley Agraria al procurar la titularidad única de los derechos ejidales, se enfrentó a la realidad del cambio de titular de derechos ejidales por razón de su muerte, lo que los motivó a redactar esa lista que en todo momento establece la designación de personas en singular y confirma lo anteriormente expuesto en la parte final del arriba transcrito artículo 18 de esta Ley Agraria en el que regula un procedimiento aplicable en el caso de que persistan dos o más personas con derecho a heredar (que no herederos) en su voluntad de serlo, a lo que el Tribunal Agrario procedería a la venta en Subasta de esos derechos (a una sola persona), para repartirles el producto de esa operación a los titulares de ese derecho de herencia.

Es lamentable que para evitar la pulverización de los ejidos por virtud de sucesiones en las que se instituya a más de un heredero, el legislador haya decidido crear una nueva forma de sucesión agraria. Este hecho no es en sí criticable sino porque al Derecho Civil le ha llevado siglos perfeccionar la regulación de las sucesiones, poniendo un cuidado extremo en la forma de manifestar la “última voluntad”, como para que en la materia agraria se “regulara” en TRES artículos. Lo que generaron nuestros legisladores, lejos de ser el llamado “Testamento Agrario”, es un mecanismo incompleto con infinidad de supuestos no previstos.

CAPÍTULO SEGUNDO

Designación de sucesores de pensiones y derechos laborales consignados en la Ley Federal del Trabajo, la Ley del INFONAVIT, la Ley del ISSFAM, la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, reglamentaria del Apartado “B” del Artículo 123 constitucional, la Ley del ISSSTE y la Ley del Seguro Social

2.1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

La legislación laboral, consagrada en nuestra Constitución Política como garantía individual en su artículo quinto:

A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del fruto de su trabajo, sino por resolución judicial. La ley determinará en cada Estado, cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo. Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123...

La facultad de legislar en materia de trabajo se estableció en el Art 73, que se la otorga al Congreso de la Unión, en su fracción X que estipula: *“Para legislar en toda la República sobre... y para expedir las leyes del trabajo reglamentarias del artículo 123”*.

Precisamente en el artículo 123 encontramos consagrados los derechos y obligaciones laborales, entendidos como garantía social. De este artículo resaltamos lo siguiente:

Art. 123.—...El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

A. Entre los obreros, jornaleros, empleados, domésticos, artesanos, y de una manera general, todo contrato de trabajo...

En esta parte del citado artículo, encontramos el otorgamiento de la facultad de legislar al Congreso de la Unión (entidad legislativa federal) en materia laboral, esto es aquella relación de subordinación por virtud de un contrato de trabajo.

Al mencionar las obligaciones de los patrones, establece en la fracción XII lo siguiente:

XII. Toda empresa agrícola, industrial, minera o de cualquier otra clase de trabajo, estará obligada, según lo determinen las leyes reglamentarias a proporcionar a los trabajadores habitaciones cómodas e higiénicas. Esta obligación se cumplirá mediante las aportaciones que las empresas hagan a un FONDO NACIONAL DE LA VIVIENDA a fin de constituir depósitos en favor de sus trabajadores y establecer un sistema de financiamiento que permita otorgar a estos créditos baratos y suficientes para que adquieran en propiedad tales habitaciones. Se considera de utilidad social la EXPEDICIÓN DE UNA LEY para la creación de un organismo integrado por representantes del Gobierno Federal, de los trabajadores y de los patrones, que administre los recursos del fondo nacio-

nal de la vivienda. Dicha ley regulará las formas y procedimientos conforme a los cuales los trabajadores podrán adquirir en propiedad las habitaciones antes mencionadas.

En esta fracción (recordemos que es parte del apartado “A” del artículo en comento), encontramos el sustento constitucional de lo que es el INSTITUTO DEL FONDO NACIONAL DE LA VIVIENDA PARA LOS TRABAJADORES (INFONAVIT). La relevancia de esta disposición, reformada el 9 de febrero de 1972, es que encauza la obligatoriedad por parte de los patrones a garantizarle vivienda a sus trabajadores a través de sus depósitos al referido Instituto del que define su objeto o finalidad y establece la necesidad de crear una ley que regule al mismo así como a la forma de llevar a cabo sus atribuciones.

En la fracción XXVIII, de este mismo artículo 123, encontramos la siguiente disposición: *“Las leyes determinarán los bienes que constituyan el patrimonio de la familia, bienes que serán inalienables, no podrán sujetarse a gravámenes reales ni embargos y serán transmisibles a título de herencia con simplificación de las formalidades de los juicios sucesorios”*.

Esta fracción, junto con la XVII del artículo 27 de la Constitución, son la base del Patrimonio de la Familia, que se regula en nuestro Código Civil, libro primero (de las personas), título duodécimo.

Hacemos referencia a esta figura pues menciona, en su última parte: (Los bienes que forman parte del patrimonio de la familia) *“...serán transmisibles a título de herencia con simplificación de las formalidades de los juicios sucesorios.”* No terminamos de entender la motivación a simplificar formalidades en la materia sucesoria, sobre todo si consideramos lo vulnerable que se vuelve el procedimiento sucesorio cuando hay intereses encontrados por parte de los herederos y ya no se cuenta con la existencia del titular del patrimonio materia de la sucesión. Afortunadamente, en las leyes secundarias no se estableció ninguna simplificación a las formalidades de los juicios sucesorios, por lo que simplemente resaltamos el hecho de este inadecuado enunciamiento.

2.2. ANÁLISIS Y COMENTARIOS DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO

Art. 115.—Los beneficiarios del Trabajador fallecido tendrán derecho a percibir las prestaciones e indemnizaciones pendientes de cubrirse, ejercitar las acciones y continuar los juicios, sin necesidad de juicio sucesorio.

En este artículo, encontramos un elemento que contribuye a una confusión que deriva en una extralimitación de la competencia normativa del derecho laboral, al pretender dejar sin efecto el juicio sucesorio que regula el derecho civil sin ningún respaldo constitucional que la faculte para ello.

Mezcla incorrectamente conceptos como indemnizaciones y prestaciones. Revisemos la trascendencia de distinguir estos conceptos:

Las diferentes indemnizaciones se encuentran reguladas por la Ley Federal del Trabajo en sus arts. 483 a 497 y concretamente en lo referente a indemnizaciones por caso de muerte, en su art. 500 (sobre la cuantía de la indemnización); art. 501 (sobre quienes tendrán derecho a recibir la indemnización —beneficiarios—); art. 502 (indemnización que corresponde a los beneficiarios); y art. 503 (sobre el procedimiento de investigación de personas dependientes económicamente del trabajador).

Podríamos definir a la indemnización (concretamente la que se da por la muerte del trabajador) como el pago en dinero que el patrón está obligado a otorgar, según la cuantía y procedimientos establecidos en la Ley Federal del Trabajo en favor de quienes esta misma normatividad establece.

Debemos precisar, que estas disposiciones entran dentro de la plena competencia del derecho laboral, ya que establecen criterios para beneficiar a aquellas personas cercanas al trabajador fallecido por causas de trabajo, a través de una imposición económica llamada indemnización.

En este caso, el análisis sobre la posible regulación a través del derecho sucesorio ni siquiera es posible ya que la disposición de bienes y derechos por parte del autor de la sucesión solo puede operar sobre aquéllos que se encuentren DENTRO DE SU PATRIMONIO al momento de su muerte. En el caso de la indemnización, la obligatoriedad de prestarla por parte del patrón se genera a consecuencia de la muerte del trabajador, por lo que no puede ingresar a su patrimonio, sino que ingresa directamente a aquél de quien o quienes hayan sido designados como beneficiarios.

Muy diferente es el caso de lo mencionado en este artículo, que reconoce “...*el derecho a percibir las prestaciones e indemnizaciones pendientes de cubrirse, ejercitar las acciones y continuar los juicios...*”, refiriéndose a acciones que en vida el trabajador ejercitó para hacer valer derechos adquiridos antes de su muerte, (v. gr. si el trabajador ahora muerto había exigido la indemnización por una lesión previa y que no se le había otorgado). En consecuencia de lo argumentado anteriormente, estos derechos o estas acciones sí habían entrado dentro del patrimonio del trabajador, por lo que forman parte de la masa hereditaria y por ende, la disposición de ellos compete al derecho sucesorio civil. Aseveraciones como la que encontramos en la última parte del artículo en la que se dice que no se necesitará el juicio

sucesorio para recibir la titularidad de esos derechos, evidencian una competencia legislativa no autorizada expresamente en la Constitución a una Ley Federal. Cabe mencionar que además del juicio sucesorio, el derecho civil contempla una segunda vía que es la del procedimiento sucesorio ante notario público y sobre ella el referido artículo no hace mención alguna, lo que hace aún más grande la vaguedad e improcedencia del artículo ya que puede válidamente pensarse que en ese supuesto el derecho común sí aplica.

Art. 141: Las aportaciones del Fondo Nacional de la Vivienda son gastos de previsión social de las empresas y se aplicarán en su totalidad a constituir depósitos en favor de los trabajadores que se sujetarán a las bases siguientes:

I. En los casos de... muerte del trabajador, se entregará el total de los depósitos constituidos, a él o sus beneficiarios, con una cantidad adicional igual a dichos depósitos, en los términos de la Ley a que se refiere el artículo 139... fracción II...⁴

...III. En caso de que el trabajador hubiere recibido crédito del Instituto, las cantidades a que tuviera derecho en los términos de las fracciones anteriores... salvo en los casos de incapacidad total permanente o de muerte en los términos del artículo 145 si después de hacer la aplicación de dichas cantidades a la amortización del crédito quedare saldo a favor del trabajador se le entregará a éste el monto correspondiente. Para la devolución de los depósitos y cantidades adicionales, bastará que la solicitud por escrito, se acompañe con las pruebas pertinentes.

Para el análisis de esta disposición habrá que establecer si los depósitos aludidos forman parte del Patrimonio del Trabajador, o si el derecho a la devolución de aquéllos se genera con el fallecimiento de éste y no es sino hasta entonces que se pueden hacer exigibles.

Si consideramos la primera opción, entonces la regulación de la disposición de los depósitos compete al derecho sucesorio civil y no al laboral, mientras que si consideramos la segunda, el derecho laboral tiene toda la facultad de regular los mecanismos para generar un beneficio a los supervivientes del trabajador que fallece.

El maestro Mario de la Cueva,⁵ hace un interesante y pertinente estudio sobre las aportaciones en favor del trabajador a través de los depósitos en el INFONAVIT, en el que establece que existe una doble finalidad de las aportaciones mencionadas: Por un lado, la de constituir depósitos a favor de los trabajadores, lo que da origen a un derecho de crédito personal equivalente

⁴ Se refiere a la Ley del INFONAVIT.

⁵ DE LA CUEVA, Mario, *El nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, 22a. ed., Porrúa, 2015, t. II, pp. 96-102.

a la cantidad periódica que corresponda al 5% de su salario y, por el otro, que este conjunto de aportaciones servirá para establecer un sistema de financiamiento que permita otorgar a los trabajadores crédito barato y suficiente para que adquieran, amplíen, o reparen su habitación o paguen los pasivos de la misma.

Además resalta el maestro De la Cueva lo establecido en el artículo 141 arriba transcrito, respecto a la calidad de prestaciones de previsión social que se le concede a las aportaciones. Diferencia a las aportaciones que se aplican para constituir depósitos a favor de los trabajadores, de las cotizaciones del Seguro Social, ya que éstas forman un fondo común para satisfacer la necesidad de los trabajadores víctimas de algún riesgo...

Finaliza otorgándole a la suma de aportaciones que constituyen el depósito, el calificativo de “... *una especie de Fondo de Ahorro del que podrá disponer*” en su totalidad, si se presentan los casos contemplados en el art. 141 fracción primera, materia de este análisis.

En conclusión, estando de acuerdo con el maestro citado, las aportaciones que constituyen depósitos a favor del trabajador ya se convierten en derechos de crédito personales, perfectamente determinables en cuanto a que lo constituyen la totalidad de dichas aportaciones y por lo tanto son parte del patrimonio del trabajador. Si a esto agregamos el criterio contenido en nuestro código civil referente a que se transmiten todos los derechos y obligaciones “que no se extinguen con la muerte” (art. 1,281 CC), queda claro el carácter anticonstitucional del multireferido artículo 141 que impide a los herederos del *de cujus*, disponer de las aportaciones depositadas a favor del trabajador, mismas que deberían considerarse como parte de la masa hereditaria del trabajador muerto. No obstante lo anterior, resulta interesante que este criterio de inconstitucionalidad no es aplicable al supuesto establecido en la parte final de la fracción primera del aludido artículo 141, en la que se ordena al INFONAVIT otorgar “...*una cantidad adicional igual a dichos depósitos...*” a él o los beneficiarios del trabajador, en virtud de que dicha cantidad adicional ingresa directamente al patrimonio de él o los beneficiarios, sin formar parte nunca del patrimonio del Trabajador (pues está muerto). Al no formar parte de su masa hereditaria, no entra en el supuesto regulado por el derecho civil sucesorio.

Persiste, en lo tocante a la regulación para la transmisión “post mortem” de los depósitos aludidos, una aberración no sólo por la inconstitucional invasión de competencias legislativas, sino también por la carencia de cuidado del legislador al establecer, en la Ley laboral, la facultad para designar sucesores, pero sin ahondar en la forma ni en el mecanismo para materializar esta designación, o para revocar o cambiar a los beneficiarios. Normas

tan elementalmente establecidas, que dan pie a infinidad de interpretaciones en cuanto a su alcance, que distan mucho del interés de procurar lo justo y dar certidumbre a quienes se rigen por ellas, por lo que insistimos en que esta no solo resultan anticonstitucionales sino pobres y mal reguladas en perjuicio de la seguridad jurídica de los implicados.

2.3. ANÁLISIS Y COMENTARIOS DE LA LEY DEL INFONAVIT

Es precisamente en lo dispuesto por la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, en su artículo 51, donde encontramos un punto de inicio a nuestro análisis y crítica. Este artículo establece:

Artículo 51.—Los créditos que el Instituto otorgue a los trabajadores estarán cobiertos por un seguro para los casos de... muerte, que libere al trabajador o a sus beneficiarios de las obligaciones, gravámenes o limitaciones de dominio a favor del Instituto derivados de esos créditos...

...El costo del seguro a que se refieren los párrafos anteriores quedará a cargo del Instituto.

...Los trabajadores acreditados podrán manifestar expresamente su voluntad ante el Instituto, en el acto del otorgamiento del crédito o posteriormente para que, en caso de muerte, la liberación de las obligaciones, gravámenes o limitaciones de dominio que existan a favor del Instituto, así como la adjudicación del inmueble libre de aquéllos, se haga en beneficio de las personas que designen conforme a lo que señala el artículo 40 de esta Ley, con la prelación ahí establecida cuando así lo haya manifestado expresamente el trabajador, con sólo las formalidades previstas en el penúltimo párrafo del artículo 42 de esta misma Ley y la constancia que asiente el Instituto sobre la voluntad del trabajador y los medios con que se acrediten la capacidad e identidad de los beneficiarios. En caso de controversia, el Instituto procederá exclusivamente a la liberación referida y se abstendrá de adjudicar el inmueble.

En los casos a que se refiere el párrafo anterior, los Registros Públicos de la Propiedad correspondientes deberán efectuar la inscripción de los inmuebles en favor de los beneficiarios, cancelando en consecuencia la que existiere a nombre del trabajador y los gravámenes o limitaciones de dominio que hubieren quedado liberados.

Artículo 40.—Los fondos de la subcuenta de vivienda que no hubiesen sido aplicados de acuerdo al artículo 43 Bis, serán transferidos a las administradoras de fondos para el retiro para la contratación de la pensión correspondiente o su entrega, según proceda, en los términos de lo dispuesto por las Leyes del Seguro Social, en particular en sus artículos 119, 120, 127, 154, 159, 170 y 190, 193

y de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, particularmente, en sus artículos 3, 18, 80, 82 y 83.

A efecto de lo anterior, el trabajador o sus beneficiarios deberán solicitar al Instituto la transferencia de los recursos de la subcuenta de vivienda a las administradoras de fondos para el retiro. El Instituto podrá convenir con el Instituto Mexicano del Seguro Social los términos y requisitos para simplificar y unificar los procesos para autorizar la disponibilidad de los recursos a que se refiere el párrafo anterior.

Art 42...

... Los contratos y las operaciones a que se refiere el párrafo anterior, así como la constitución del régimen de propiedad en condominio de los conjuntos que financie el Instituto podrán hacerse constar en documentos privados, ante dos testigos, e inscribirse en el Registro Público de la Propiedad que corresponda, con la constancia del registrador sobre la autenticidad de las firmas y de la voluntad de las partes...

Para el análisis de este artículo, lo dividiremos en dos partes:

A. La primera, que nos presenta, entre otros, el supuesto de la muerte de un trabajador que haya sido beneficiado por un crédito del INFONAVIT y que por virtud de ello, le aplicaría un seguro contratado por el mismo Instituto que liberaría al trabajador o a sus beneficiarios de las obligaciones, gravámenes o limitaciones de dominio a favor del Instituto derivados de esos créditos.

COMENTARIO.—Debido a que la Ley Federal del Trabajo no nos define al Beneficiario,⁶ tomaremos varias definiciones de la doctrina:

Por un lado, Briseño Ruiz⁷ los define simplemente como "...los familiares dependientes del asegurado." y nos aclara que el concepto de familiares se refiere al núcleo primordial de atención obligatoria para el asegurado, a su cónyuge, concubino (más bien concubinario), hijos y padres. Argumenta que el aspecto de la dependencia es el más delicado y oscuro ya que las leyes ni la definen ni la limitan, lo que da margen a una interpretación demasiado amplia. Critica el que se establezca la necesidad de una dependencia en el caso de los padres, hijos y cónyuge. Aunque interesante, esta definición no esclarece el objeto de la relación beneficiario-trabajador, es decir, cuáles son los derechos que adquiere o puede adquirir el beneficiario por el hecho de serlo.

⁶ Empero, la Ley Federal del Trabajo, en su art. 501 establece un listado de las personas que tendrían derecho a recibir la indemnización, en los casos de muerte. (Beneficiarios).

⁷ Cfr. BRISEÑO RUIZ, Alberto, *Derecho Mexicano de los Seguros Sociales*, Harla, 1990, p. 28.

Acudiremos entonces a la definición que establece el Diccionario Jurídico Mexicano:⁸

Es la persona que percibe una indemnización o una ayuda económica por la muerte de un trabajador a consecuencia de un riesgo profesional. La persona a quien un trabajador designa para recibir determinados beneficios derivados de una legislación laboral.

De esta definición, debemos concluir que beneficiario es la persona designada por el trabajador para que a su muerte, perciba las indemnizaciones que le correspondan según la ley laboral y de ninguna manera coincide este concepto con el de obligado solidario, copropietario o causahabiente que serían los únicos casos en los que alguna persona —por muy cercano familiar que sea— diversa del trabajador-deudor pudiera beneficiarse de la liberación de sus obligaciones y gravámenes que pesen sobre el inmueble.

Por lo tanto, resulta incomprensible que este artículo incluya dentro de la liberalidad de las obligaciones, los gravámenes o las reservas de dominio por virtud de la muerte del trabajador a sus beneficiarios ya que éstos no tienen ningún vínculo con el INFONAVIT y —con más razón—, con las cargas de las que liberan sólo al trabajador quien al aceptar el crédito, acepta las cargas que le impone el Instituto, por virtud de un crédito.

Por lo tanto, la liberalización de estas cargas sólo se dará en beneficio de quien resulte heredero o legatario (en su caso), de los bienes en cuestión, de conformidad con las disposiciones civiles competentes.

Por lo demás, el que la ley prevea la contratación de un seguro para el caso de muerte, en beneficio del acreedor para que con la suma asegurada se pague el adeudo que se tiene, no sólo es perfectamente procedente, sino constituye una práctica común y adecuada en el otorgamiento de mutuos o créditos hipotecarios. El pago del seguro se daría una vez fallecido el deudor, por lo que esta disposición no tendría nada que ver con la sucesión a bienes del “de cuius”.

B. Análisis aparte merecen los dos últimos párrafos del artículo 51 de la ley en comento, (subrayados en la transcripción que se hizo anteriormente).

En estos muy escuetos párrafos, el legislador federal pretende instituir TODO UN PROCEDIMIENTO SUCESORIO, al establecer que los trabajadores acreditados por el INFONAVIT *podrán manifestar expresamente su voluntad ante el Instituto, en el acto del otorgamiento del crédito o posteriormente, para que en caso de muerte, la liberación de las obligaciones, gravámenes o limitaciones de dominio que existan a favor del Instituto, así como la adjudicación del inmueble libre de aquéllos, se haga en beneficio de las personas que*

⁸ Cfr. Diccionario Jurídico Mexicano, *ibid.*, *op. cit.*, Tomo A-Ch, p. 333.

designen conforme a lo que señala el artículo 40 de esta Ley, con la prelación ahí establecida cuando así lo haya manifestado expresamente el trabajador, con sólo las formalidades previstas en el penúltimo párrafo del artículo 42 de esta misma Ley y la constancia que asiente el Instituto sobre la voluntad del trabajador y los medios con que se acrediten la capacidad e identidad de los beneficiarios. En caso de controversia, el Instituto procederá exclusivamente a la liberación referida y se abstendrá de adjudicar el inmueble.

Resulta penosa la irresponsable redacción del legislador federal en este tema. A una simple manifestación del trabajador hecha al INFONAVIT (manifestación consensual por no estar sujeta a formalidad alguna), pretenden darle efectos de DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA, pero no conformes con esa aberración, dispusieron en dos renglones toda una regulación de DERECHO SUCESORIO que de manera absolutamente aberrante, concluye con la adjudicación del bien, hecha por el INFONAVIT a favor del designado como “beneficiario”. Ni heredero, ni legatario, simplemente “beneficiario”. Lamentablemente, la secuencia de absurdos no paró con esto y el legislador continuó en su eufórica simplificación de lo “complicado”, al derogar cualquier formalidad, pero ahora en lo concerniente a la transmisión de bienes inmuebles, pues permite que la adjudicación del bien por herencia se haga *en documento privado, ante dos testigos, y se inscriba en el Registro Público de la Propiedad que corresponda, con la constancia del registrador sobre la autenticidad de las firmas y de la voluntad de las partes...*

Por cierto, se habla de un orden de prelación establecido en el artículo 40 de la citada ley, mismo que no existe.

Toda esta disposición federal CARECE ABSOLUTAMENTE de sustento constitucional. Inviade incorrectamente la esfera del derecho civil en el Derecho Sucesorio y también en lo referente a la formalidad a la que el derecho civil sujeta las enajenaciones de los bienes inmuebles.

2.4. ANÁLISIS Y COMENTARIOS DE LA LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO

2.4.1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Como exponíamos en el capítulo anterior, la legislación laboral, se regula en nuestra Constitución Política en su artículo quinto (como garantía individual) y en su artículo 73, fracción X, que establece la competencia legislativa en esta materia en favor del Congreso de la Unión.

En el artículo 123 apartado “B”, establece lo siguiente:

...El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán: ...B. Entre los Poderes de la Unión, el Gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores:

XI. La seguridad social se organizará conforme a las siguientes bases mínimas:

a) Cubrirá los accidentes y enfermedades profesionales; las enfermedades no profesionales y maternidad; y la jubilación, la invalidez, vejez y muerte.

2.5. ANÁLISIS Y COMENTARIOS A LA LEY FEDERAL DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO, REGLAMENTARIA DEL APARTADO “8” DEL ARTÍCULO 123 CONSTITUCIONAL

Esta ley, a diferencia de las disposiciones sucesorias contenidas en la Ley Federal del Trabajo y que analizamos y comentamos en el capítulo anterior, solamente estipula en su artículo 43, fracción VI, inciso c) lo siguiente:

Artículo 43.—Son obligaciones de los titulares⁹ a que se refiere el artículo 1o. de esta Ley:

...VI. Cubrir las aportaciones que fijen las leyes especiales, para que los trabajadores reciban los beneficios de la seguridad y servicios sociales comprendidos en los conceptos siguientes:

... c) Jubilación y pensión por invalidez, vejez o muerte.

Salvo este señalamiento, las demás disposiciones en materia de pensión por muerte, los encontraremos en la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, que estudiaremos a continuación.

2.6. ANÁLISIS Y COMENTARIOS A LA LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES DEL ESTADO (LEY DEL ISSSTE)

Esta ley, contiene las disposiciones relativas a las pensiones por causa de muerte que a continuación transcribimos:

Artículo 95.—A la muerte del Pensionado por cesantía en edad avanzada o vejez que estuviere gozando de una Pensión Garantizada, el Gobierno Federal,

⁹ Recordemos que las relaciones laborales reguladas en esta Ley son las que se establecen entre los titulares de las dependencias e instituciones que en ella se precisan y los trabajadores de base.

por conducto de quien determine la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, podrá contratar una Renta que cubra la Pensión correspondiente a favor de los Familiares Derechohabientes con la Aseguradora que éstos elijan o pagar las Pensiones conforme al mismo procedimiento utilizado para el pago de la Pensión Garantizada.

En caso de optar por la contratación de Rentas, los Familiares Derechohabientes del Pensionado fallecido y el Instituto, cuando tuviere conocimiento de este hecho, deberán informar del fallecimiento al PENSIONISSSTE o a la Administradora que, en su caso, estuviere pagando la Pensión, y observarse lo siguiente:

I. El PENSIONISSSTE o la Administradora deberá entregar al Instituto los recursos que hubiere en la Cuenta Individual del Pensionado fallecido, los cuales se destinarán al pago del Monto Constitutivo de la Renta de los Familiares Derechohabientes, y

II. El Gobierno Federal, por conducto de quien determine la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, deberá aportar los recursos faltantes para el pago del Monto Constitutivo de la mencionada Renta...

...SECCIÓN III

Pensión por Causa de Muerte

Artículo 129.—La muerte del Trabajador por causas ajenas al servicio, cualquiera que sea su edad, y siempre que hubiere cotizado al Instituto por tres años o más, dará origen a las Pensiones de viudez, concubinato, orfandad o ascendencia en su caso, según lo prevenido por esta Ley.

En este caso, las Pensiones se otorgarán por la Aseguradora que elijan los Familiares Derechohabientes para la contratación de su Seguro de Pensión. A tal efecto, se deberá integrar un Monto Constitutivo en la Aseguradora elegida, el cual deberá ser suficiente para cubrir la Pensión y las demás prestaciones de carácter económico previstas en este Capítulo. Para ello, el Instituto cubrirá el Monto Constitutivo con cargo al cual se pagará la Pensión y las demás prestaciones de carácter económico previstas en este Capítulo, por la Aseguradora.

En caso de fallecimiento de un Pensionado por riesgos del trabajo o invalidez, las Pensiones a que se refiere este artículo se cubrirán por el Instituto, mediante la entrega del Monto Constitutivo a la Aseguradora que elijan los Familiares Derechohabientes para el pago de la Renta correspondiente.

El saldo acumulado en la Cuenta Individual del Trabajador o Pensionado por riesgos del trabajo o invalidez fallecido, podrá ser retirado por sus Familiares Derechohabientes en una sola exhibición o utilizado para contratar un Seguro de Pensión que le otorgue una Renta por una suma mayor.

Artículo 130.—El derecho al pago de la Pensión por causa de muerte se iniciará a partir del día siguiente al de la muerte de la persona que haya originado la Pensión.

Artículo 131.—El orden para gozar de las Pensiones a que se refiere este artículo por los Familiares Derechohabientes será el siguiente:

I. El cónyuge supérstite sólo si no hay hijos o en concurrencia con éstos si los hay y son menores de dieciocho años o que no sean menores de dieciocho años pero estén incapacitados o imposibilitados parcial o totalmente para trabajar; o bien hasta veinticinco años previa comprobación de que están realizando estudios de nivel medio o superior de cualquier rama del conocimiento en planteles oficiales o reconocidos y que no tengan trabajo;

II. A falta de cónyuge, la concubina o concubinario solo o en concurrencia con los hijos o éstos solos cuando reúnan las condiciones señaladas en la fracción anterior, siempre que la concubina hubiere tenido hijos con el Trabajador o Pensionado o el concubinario con la Trabajadora o Pensionada, o vivido en su compañía durante los cinco años que precedieron a su muerte y ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el Trabajador o Pensionado tuviere varias concubinas o la Trabajadora o Pensionada tuviere varios concubinarios, ninguno tendrá derecho a Pensión.

Para efectos de esta Ley, para considerarse como tales los concubinos deberán acreditar haber vivido en común con el Trabajador en forma constante y permanente por un periodo mínimo de cinco años que precedan inmediatamente a la generación de la Pensión o haber tenido por lo menos un hijo en común;

III. A falta de cónyuge, hijos, concubina o concubinario la Pensión se entregará a la madre o padre conjunta o separadamente y a falta de éstos a los demás ascendientes, en caso de que hubiesen dependido económicamente del Trabajador o Pensionado;

IV. La cantidad total a que tengan derecho los deudos señalados en cada una de las fracciones, se dividirá por partes iguales entre ellos. Cuando fuesen varios los beneficiarios de una Pensión y alguno de ellos perdiese el derecho, la parte que le corresponda será repartida proporcionalmente entre los restantes, y

V. Los hijos adoptivos sólo tendrán derecho a la Pensión por orfandad, cuando la adopción se haya hecho por el Trabajador o Pensionado antes de haber cumplido cincuenta y cinco años de edad.

Artículo 132.—Los Familiares Derechohabientes del Trabajador o Pensionado fallecido, en el orden que establece la sección de Pensión por causa de muerte del seguro de invalidez y vida, tienen derecho a una Pensión equivalente al cien por ciento de la que hubiese correspondido al Trabajador por invalidez o de la Pensión que venía disfrutando el Pensionado, y a la misma gratificación anual a que tuviera derecho el Pensionado. La cuantía de este beneficio será hasta por un monto máximo de diez veces el Salario Mínimo.

Artículo 133.—Si otorgada una Pensión aparecen otros familiares con derecho a la misma, se les hará extensiva, pero percibirán su parte a partir de la fecha en que sea recibida la solicitud en el Instituto, sin que puedan reclamar el pago de las cantidades cobradas por los primeros beneficiarios. A efecto de lo anterior, el Instituto deberá solicitar por escrito a la Aseguradora con la que se hubiere contratado el Seguro de Pensión, que se incluya a los beneficiarios supervenientes en el pago de la Pensión.

En caso de que dos o más interesados reclamen derecho a Pensión como cónyuges supervivientes del Trabajador o Pensionado, exhibiendo su respectiva documentación se suspenderá el trámite del beneficio hasta que se defina judicialmente la situación, sin perjuicio de continuarlo por lo que respecta a los hijos, reservándose una parte de la cuota a quien acredite su derecho como cónyuge superviviente.

Cuando un solicitante, ostentándose como cónyuge superviviente del Trabajador o Pensionado reclame un beneficio que ya se haya concedido a otra persona por el mismo concepto, sólo se revocará el anteriormente otorgado, si existe sentencia ejecutoriada en la que se declare la nulidad del matrimonio que sirvió de base para la concesión de la Pensión. Si el segundo solicitante reúne los requisitos que esta Ley establece, se le concederá Pensión, la cual percibirá a partir de la fecha en que se reciba la solicitud en el Instituto, sin que tenga derecho a reclamar al Instituto las cantidades cobradas por el primer beneficiario.

COMENTARIO.—Esta Ley, (publicada el 31 de marzo de 2007), superó adecuadamente a la ley anterior, que contenía una gran cantidad de disposiciones sucesorias absurdas y aberrantes, independientemente de su inconstitucionalidad. Como se desprende de los artículos que transcribimos anteriormente, esta ley se limita a correctamente establecer los supuestos de pensión por causa de muerte, vinculándolos a la contratación de un seguro de pensión y que de manera muy acertada para nuestro estudio, expresamente establece en su artículo 130, que el derecho al pago de la Pensión por causa de muerte se iniciará a partir del día siguiente al de la muerte de la persona que haya originado la Pensión, lo que desde nuestro punto de vista deja en claro que dicha Pensión, al originarse con posterioridad a la muerte del trabajador, nunca ingresa a su patrimonio como un derecho, por lo que de ninguna manera podrá dársele connotación sucesoria alguna. Esta es una de las “Sucesiones” que al inicio del presente trabajo, calificamos como aparentes, pues no hay manera de encuadrarlas dentro del Derecho Sucesorio. No podemos dejar de comentar, sin embargo, que en la fracción segunda del artículo 131, resulta verdaderamente aberrante que se haya pretendido dar una definición de concubinato “para efectos de esta ley” que claramente rompe con la figura que solamente corresponde regular al derecho civil.

2.7. ANÁLISIS Y COMENTARIOS A LA LEY DEL SEGURO SOCIAL

Artículo 5 A.—Para los efectos de esta Ley, se entiende por:

XII. Beneficiarios: el cónyuge del asegurado o pensionado y a falta de éste, la concubina o el concubinario en su caso, así como los ascendientes y descendientes del asegurado o pensionado señalados en la Ley;

XIII. Derechohabientes o derechohabiente: el asegurado, el pensionado y los beneficiarios de ambos, que en los términos de la Ley tengan vigente su derecho a recibir las prestaciones del Instituto;

XIV. Pensionados o pensionado: el asegurado que por resolución del Instituto tiene otorgada pensión por: incapacidad permanente total; incapacidad permanente parcial superior al cincuenta por ciento o en su caso incapacidad permanente parcial entre el veinticinco y el cincuenta por ciento; invalidez; cesantía en edad avanzada y vejez, así como los beneficiarios de aquél cuando por resolución del Instituto tengan otorgada pensión de viudez, orfandad, o de ascendencia;

Artículo 64.—Si el riesgo de trabajo trae como consecuencia la muerte del asegurado, el Instituto calculará el monto constitutivo al que se le restará los recursos acumulados en la cuenta individual del trabajador fallecido, a efecto de determinar la suma asegurada que el Instituto deberá cubrir a la institución de seguros, necesaria para obtener una pensión, ayudas asistenciales y demás prestaciones económicas previstas en este capítulo a los beneficiarios.

Los beneficiarios elegirán la institución de seguros con la que deseen contratar la renta con los recursos a que se refiere el párrafo anterior, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 159 fracción IV de la presente Ley. En caso de que el trabajador fallecido haya acumulado en su cuenta individual un saldo mayor al necesario para integrar el monto constitutivo necesario para contratar una renta que sea superior al monto de las pensiones a que tengan derecho sus beneficiarios, en los términos de este capítulo, éstos podrán optar por:

a) Retirar la suma excedente en una sola exhibición de la cuenta individual del trabajador fallecido, o

b) Contratar rentas por una cuantía mayor.

Las pensiones y prestaciones a que se refiere la presente Ley serán:

I. El pago de una cantidad igual a sesenta días de salario mínimo general que rija en el Distrito Federal en la fecha de fallecimiento del asegurado.

Este pago se hará a la persona preferentemente familiar del asegurado, que presente copia del acta de defunción y la cuenta original de los gastos de funeral;

II. A la viuda del asegurado se le otorgará una pensión equivalente al cuarenta por ciento de la que hubiese correspondido a aquél, tratándose de incapacidad permanente total. La misma pensión corresponde al viudo o concubinario que

hubiera dependido económicamente de la asegurada. El importe de esta prestación no podrá ser inferior a la cuantía mínima que corresponda a la pensión de viudez del seguro de invalidez y vida;

III. A cada uno de los huérfanos que lo sean de padre o madre, que se encuentren totalmente incapacitados, se les otorgará una pensión equivalente al veinte por ciento de la que hubiese correspondido al asegurado tratándose de incapacidad permanente total. Esta pensión se extinguirá cuando el huérfano recupere su capacidad para el trabajo;

IV. A cada uno de los huérfanos que lo sean de padre o madre, menores de dieciséis años, se les otorgará una pensión equivalente al veinte por ciento de la que hubiera correspondido al asegurado tratándose de incapacidad permanente total. Esta pensión se extinguirá cuando el huérfano cumpla dieciséis años.

Deberá otorgarse o extenderse el goce de esta pensión, en los términos del reglamento respectivo, a los huérfanos mayores de dieciséis años, hasta una edad máxima de veinticinco años, cuando se encuentren estudiando en planteles del sistema educativo nacional, tomando en consideración, las condiciones económicas, familiares y personales del beneficiario y siempre que no sea sujeto del régimen obligatorio;

V. En el caso de las dos fracciones anteriores, si posteriormente falleciera el otro progenitor, la pensión de orfandad se aumentará del veinte al treinta por ciento, a partir de la fecha del fallecimiento del segundo progenitor y se extinguirá en los términos establecidos en las mismas fracciones, y

VI. A cada uno de los huérfanos, cuando lo sean de padre y madre, menores de dieciséis años o hasta veinticinco años si se encuentran estudiando en los planteles del sistema educativo nacional, o en tanto se encuentren totalmente incapacitados debido a una enfermedad crónica o discapacidad por deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, que les impida mantenerse por su propio trabajo se les otorgará una pensión equivalente al treinta por ciento de la que hubiera correspondido al asegurado tratándose de incapacidad permanente total.

El derecho al goce de las pensiones a que se refiere el párrafo anterior, se extinguirá en los mismos términos expresados en las fracciones III y IV de este precepto.

Al término de las pensiones de orfandad establecidas en este artículo, se otorgará al huérfano un pago adicional de tres mensualidades de la pensión que disfrutaba.

A las personas señaladas en las fracciones II y VI de este artículo, así como a los ascendientes pensionados en los términos del artículo 66, se les otorgará un aguinaldo anual equivalente a quince días del importe de la pensión que perciban.

Artículo 65.—Sólo a falta de esposa tendrá derecho a recibir la pensión señalada en la fracción II del artículo anterior, la mujer con quien el asegurado vivió como si fuera su marido durante los cinco años que precedieron inmedia-

tamente a su muerte o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hubieran permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el asegurado tenía varias concubinas, ninguna de ellas gozará de pensión.

Artículo 66.—El total de las pensiones atribuidas a las personas señaladas en los artículos anteriores, en caso de fallecimiento del asegurado, no excederá de la que correspondería a éste si hubiese sufrido incapacidad permanente total. En caso de exceso, se reducirán proporcionalmente cada una de las pensiones.

Cuando se extinga el derecho de alguno de los pensionados se hará nueva distribución de las pensiones que queden vigentes, entre los restantes, sin que se rebasen las cuotas parciales ni el monto total de dichas pensiones.

A falta de viuda o viudo, huérfanos, concubina o concubinario con derecho a pensión, a cada uno de los ascendientes que dependían económicamente del trabajador fallecido, se le pensionará con una cantidad igual al veinte por ciento de la pensión que hubiese correspondido al asegurado, en el caso de incapacidad permanente total.

Tratándose de la viuda o concubina o, en su caso, del viudo o concubinario, la pensión se pagará mientras no contraigan nupcias o entren en concubinato. Al contraer matrimonio, cualquiera de los beneficiarios mencionados recibirá una suma global equivalente a tres anualidades de la pensión otorgada. En esta última situación, la aseguradora respectiva deberá devolver al Instituto el fondo de reserva de las obligaciones futuras pendientes de cubrir, previo descuento de la suma global que se otorgue.

Artículo 130.—Tendrá derecho a la pensión de viudez la que fue esposa del asegurado o pensionado por invalidez. A falta de esposa, tendrá derecho a recibir la pensión, la mujer con quien el asegurado o pensionado por invalidez vivió como si fuera su marido, durante los cinco años que precedieron inmediatamente a la muerte de aquél, o con la que hubiera tenido hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el asegurado o pensionado por invalidez tenía varias concubinas, ninguna de ellas tendrá derecho a recibir la pensión.

La misma pensión le corresponderá al viudo o concubinario que dependiera económicamente de la trabajadora asegurada o pensionada por invalidez.

Artículo 131.—La pensión de viudez será igual al noventa por ciento de la que hubiera correspondido al asegurado en el caso de invalidez o de la que venía disfrutando el pensionado por este supuesto.

Artículo 132.—No se tendrá derecho a la pensión de viudez que establece el artículo anterior, en los siguientes casos:

I. Cuando la muerte del asegurado acaeciera antes de cumplir seis meses de matrimonio;

II. Cuando hubiese contraído matrimonio con el asegurado después de haber cumplido éste los cincuenta y cinco años de edad, a menos que a la fecha de la muerte haya transcurrido un año desde la celebración del enlace, y

III. Cuando al contraer matrimonio el asegurado recibía una pensión de invalidez, vejez o cesantía en edad avanzada, a menos de que a la fecha de la muerte haya transcurrido un año desde la celebración del matrimonio.

Las limitaciones que establece este Artículo no regirán cuando al morir el asegurado o pensionado la viuda compruebe haber tenido hijos con él.

Artículo 133.—El derecho al goce de la pensión de viudez comenzará desde el día del fallecimiento del asegurado o pensionado por invalidez y cesará con la muerte del beneficiario, o cuando la viuda, viudo, concubina o concubinario contrajeran matrimonio o entraran en concubinato. El disfrute de esta pensión no se suspenderá porque aquéllos desempeñe un trabajo remunerado.

La viuda, viudo, concubina o concubinario pensionados que contraigan matrimonio, recibirán una suma global equivalente a tres anualidades de la cuantía de la pensión que disfrutaban.

Artículo 134.—Tendrán derecho a recibir pensión de orfandad cada uno de los hijos menores de dieciséis años, cuando muera el padre o la madre y alguno de éstos hubiera tenido el carácter de asegurado, y acrediten tener ante el Instituto un mínimo de ciento cincuenta cotizaciones semanales o haber tenido la calidad de pensionados por invalidez.

El Instituto prorrogará la pensión de orfandad, después de alcanzar el huérfano la edad de dieciséis años, y hasta la edad de veinticinco, si se encuentra estudiando en planteles del sistema educativo nacional, tomando en consideración las condiciones económicas, familiares y personales del beneficiario, siempre que no sea sujeto del régimen obligatorio.

El huérfano mayor de dieciséis años que desempeñe un trabajo remunerado no tiene derecho a percibir esta pensión; salvo que no pueda mantenerse por su propio trabajo, debido a una enfermedad crónica, defecto físico o psíquico, en tanto no desaparezca la incapacidad que padece.

Artículo 135.—La pensión del huérfano de padre o madre será igual al veinte por ciento de la pensión de invalidez que el asegurado estuviese gozando al fallecer o de la que le hubiera correspondido suponiendo realizado el estado de invalidez. Si el huérfano lo fuera de padre y madre, se le otorgará en las mismas condiciones una pensión igual al treinta por ciento de la misma base.

Si al iniciarse la pensión de orfandad el huérfano lo fuera de padre o de madre y posteriormente falleciera el otro progenitor, la pensión de orfandad se aumentará del veinte al treinta por ciento, a partir de la fecha de la muerte del ascendiente.

Artículo 136.—El derecho al goce de la pensión de orfandad comenzará desde el día del fallecimiento del asegurado o pensionado por invalidez y cesará con la muerte del beneficiario, o cuando éste haya alcanzado los dieciséis años de edad, o una edad mayor, de acuerdo con las disposiciones de los dos artículos anteriores.

Con la última mensualidad se otorgará al huérfano un pago finiquito equivalente a tres mensualidades de su pensión.

Artículo 137.—Si no existieran viuda, viudo, huérfanos ni concubina o concubinario con derecho a pensión, ésta se otorgará a cada uno de los ascendientes que dependían económicamente del asegurado o pensionado por invalidez fallecido, por una cantidad igual al veinte por ciento de la pensión que el asegurado estuviese gozando al fallecer, o de la que le hubiera correspondido suponiendo realizado el estado de invalidez.

...Artículo 171.—El asegurado, cuyos recursos acumulados en su cuenta individual resulten insuficientes para contratar una renta vitalicia o un retiro programado que le asegure el disfrute de una pensión garantizada y la adquisición de un seguro de sobrevivencia para sus beneficiarios, en los porcentajes del capítulo V de este Título, recibirá del Gobierno Federal una aportación complementaria suficiente para el pago de las pensiones correspondientes, mismas que se otorgarán en los siguientes términos:

I. La pensión de viudez será igual al noventa por ciento de la que estuviese gozando el pensionado al fallecer;

II. La pensión del huérfano de padre o madre será igual al veinte por ciento de la pensión que el asegurado estuviese gozando al fallecer. Si el huérfano lo fuera de padre y madre, se le otorgará en las mismas condiciones una pensión igual al treinta por ciento de la misma base.

Si al iniciarse la pensión de orfandad el huérfano lo fuera de padre o de madre y posteriormente falleciera el otro progenitor, la pensión de orfandad se aumentará del veinte al treinta por ciento de la base señalada, a partir de la fecha de la muerte del ascendiente, y

III. Si no existieran beneficiarios con derecho a pensión conforme a lo previsto en las fracciones I y II anteriores, ésta se otorgará a cada uno de los ascendientes que dependían económicamente del pensionado fallecido, por una cantidad igual al veinte por ciento de la pensión que el asegurado estuviese gozando al fallecer.

En estos casos, la administradora de fondos para el retiro continuará con la administración de la cuenta individual del pensionado y efectuará retiros con cargo al saldo acumulado para el pago de la pensión garantizada, en los términos que determine la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro.

... Artículo 172 A.—A la muerte del pensionado por cesantía en edad avanzada o vejez que estuviere gozando de una pensión garantizada, el Instituto deberá contratar una renta vitalicia que cubra la pensión correspondiente conforme a lo previsto en las fracciones I a III del artículo 171 de esta Ley, a favor de los beneficiarios con la aseguradora que éstos elijan.

A efecto de lo anterior, el Instituto deberá informar del fallecimiento a la administradora de fondos para el retiro que, en su caso, estuviere pagando la pensión, y observarse lo siguiente:

I. La administradora de fondos para el retiro deberá entregar al Instituto los recursos que hubiere en la cuenta individual del pensionado fallecido, los cuales se destinarán al pago del monto constitutivo de la renta vitalicia de los beneficiarios, y

II. El Gobierno Federal, por conducto del Instituto, deberá aportar los recursos faltantes para el pago del monto constitutivo de la mencionada renta vitalicia.

...Artículo 193.—Los beneficiarios del trabajador titular de una cuenta individual del seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez serán los que establecen las fracciones III al IX del artículo 84, en relación con los artículos 129 al 137 de esta Ley.

En caso de fallecimiento del trabajador, si los beneficiarios legales ya no tienen derecho a pensión por el seguro de invalidez y vida, la Administradora de Fondos para el Retiro respectiva les entregará el saldo de la cuenta individual en partes iguales, previa autorización del Instituto.

El trabajador asegurado, deberá designar beneficiarios sustitutos de los indicados en el párrafo anterior, única y exclusivamente para el caso de que faltaren los beneficiarios legales. El trabajador podrá en cualquier tiempo cambiar esta última designación. Dicha designación deberá realizarla en la Administradora de Fondos para el Retiro que le opere su cuenta individual.

A falta de los beneficiarios legales y sustitutos, dicha entrega se hará en el orden de prelación previsto en el artículo 501 de la Ley Federal del Trabajo. Cualquier conflicto deberá ser resuelto ante la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje.

COMENTARIOS.—Al igual que en la Ley del ISSSTE, la Ley del Seguro Social genera el mecanismo de contratación del seguro por pensión y aunque establece un sistema más definido sobre quiénes serán los beneficiarios de dicha pensión, deja claro que dichos derechos nacen a partir de la muerte del trabajador, nunca entrando a la esfera patrimonial de éste, por lo que nuestra conclusión, para efectos del presente trabajo, coincidiría con la expresada en relación con la Ley del ISSSTE, en el sentido de que no habría lugar a encuadrar la designación de los beneficiarios de la pensión por la ley en comento como una disposición sucesoria.

2.8. ANÁLISIS Y COMENTARIOS A LA LEY DEL ISSFAM

La ley del ISSFAM contiene disposiciones que regulan específicamente al seguro de vida militar obligatorio, como se regula en los artículos que transcribimos a continuación:

Artículo 73.—En el seguro de vida militar obligatorio, como en el potestativo, los militares podrán designar beneficiarios libremente. Las designaciones se

formularán en el documento de afiliación o en escrito por triplicado dirigido al Instituto, con las firmas de dos testigos y la del asegurado, y su huella digital o sólo con ésta en caso de que no supiera firmar o estuviere impedido físicamente para hacerlo.

Artículo 74.—Las designaciones de beneficiario pueden ser revocadas libremente, con las formalidades que se mencionan en el artículo anterior. Una designación posterior revoca la anterior.

En el supuesto de que una nueva designación de beneficiarios no se reciba en el Instituto dentro del plazo a que se refiere el artículo 177 de esta Ley, el pago se realizará al último beneficiario de que se tenga conocimiento, sin responsabilidad para el Instituto ni para la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Artículo 75.—La calidad de beneficiario es personal e intransmisible por herencia.

Los derechos del beneficiario sobre la suma asegurada, una vez ocurrido el siniestro, sí son transmisibles por herencia.

Artículo 76.—Cuando los beneficiarios sean varios, la suma asegurada se entregará:

- I. De acuerdo con los porcentajes que hubiere señalado el militar asegurado;
- II. Por partes iguales, en caso de que el militar asegurado no hubiere hecho señalamiento de los porcentajes, y
- III. Si algún beneficiario muere o pierde sus derechos antes de que fallezca el militar, su parte acrecentará la del o la de los demás beneficiarios al fallecer el asegurado.

Artículo 77.—Si al morir el militar no existiere designación de beneficiarios conforme a esta Ley, el seguro se pagará a los familiares de acuerdo con la prelación siguiente:

- I. Al cónyuge o, si no lo hubiere, a la concubina o al concubinario, en los términos de los artículos 38, fracción II, incisos a) y b), y 160 de esta Ley, en concurrencia con los hijos del militar por partes iguales;
- II. La madre;
- III. El padre, y
- IV. Los hermanos.

La existencia de alguno o algunos de los beneficiarios mencionados en cada fracción excluye a los comprendidos en las fracciones siguientes.

COMENTARIO.—A pesar de que la presente ley establece la posibilidad de que éste designe beneficiario y que regula la prelación u orden para ser considerado beneficiario de un militar cuando no haya uno designado, la realidad es que todas las disposiciones y criterios que en este tema adopta la ley, son perfectamente válidas y aplicables pues concretamente estamos en presencia de un derecho de cobro del seguro que nace con posterioridad a

la muerte del militar, por lo que nunca ingresa a su patrimonio y con ello no forma parte de los derechos que pueden transmitirse por sucesión *mortis causa*.

CAPÍTULO TERCERO

Disposiciones en materia de instituciones bancarias y de seguros

3.1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Constitucionalmente, el fundamento de la regulación bancaria, de intermediación y servicios financieros, de instituciones de crédito y seguros, como actividades sujetas a la legislación y regulaciones federales, es realmente pobre y escueta, como se desprende de las fracciones X y XXIX del artículo 73, que a continuación transcribo:

SECCIÓN III

De las Facultades del Congreso

Artículo 73.—El Congreso tiene facultad:

X. Para legislar en toda la República sobre ...intermediación y servicios financieros ...

XXIX. Para establecer contribuciones:

...

3o. Sobre instituciones de crédito y sociedades de seguros;

3.2. ANÁLISIS Y COMENTARIOS A LA LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO

Iniciar el estudio de la Ley de Instituciones de Crédito, resulta muy relevante para el presente trabajo, pues en la presente ley se encuentran disposiciones realmente SUCESORIAS que habremos de analizar una vez transcritos los artículos conducentes a continuación:

CAPÍTULO II

De las Operaciones Pasivas

Artículo 56.—El titular de las operaciones a que se refieren las fracciones I y II del artículo 46 de esta Ley, así como de depósitos bancarios en administración de títulos o valores a cargo de instituciones de crédito, deberá designar beneficiarios y podrá en cualquier tiempo sustituirlos, así como modificar, en su caso, la proporción correspondiente a cada uno de ellos.

En caso de fallecimiento del titular, la institución de crédito entregará el importe correspondiente a quienes el propio titular hubiese designado, expresamente y por escrito, como beneficiarios, en la proporción estipulada para cada uno de ellos.

Si no existieren beneficiarios, el importe deberá entregarse en los términos previstos en la legislación común.

Como se desprende del artículo transcrito, esta legislación bancaria impone un mecanismo auténticamente SUCESORIO pues dispone que en caso de fallecimiento del titular de un depósito bancario, la institución de crédito entregará el importe del depósito sin mayor procedimiento a quien o quienes hubieran sido designados ante la institución de crédito como beneficiarios. Dicha designación de beneficiarios nuevamente carece de una formalidad como requisito de validez y sólo en el caso de que no hubiera designación de beneficiario, la institución de crédito, deberá entregar el monto del depósito a quien o quienes le acrediten su carácter de herederos o legatario, de conformidad con el Derecho Sucesorio. Desde nuestro punto de vista, esta disposición, debió dejar fuera a él o los beneficiarios designados, para reconocerle expresamente sus derechos a quienes fueron designados herederos o legatarios de conformidad con el Derecho Sucesorio, para evitar invasiones competenciales que a todas luces carecen de sustento constitucional y que sólo generan desorden, contradicción de intereses y por ende, falta de certidumbre.

3.3. ANÁLISIS Y COMENTARIOS A LA LEY ORGÁNICA DEL BANCO NACIONAL DEL EJÉRCITO, FUERZA AÉREA Y ARMADA

La ley en comento, presenta dos artículos que determinan a quiénes les correspondería el fondo de ahorro por fallecimiento del titular. Dichos artículos se transcriben literalmente a continuación, para su posterior análisis:

Artículo 13.—Podrán disponer del fondo de ahorro, las personas que los titulares hayan designado como beneficiarios, en caso de fallecimiento, y a falta de designación, sus familiares de acuerdo con la prelación que enseguida se señala:

I. El cónyuge, o en su defecto, la persona con quien haya hecho vida marital durante los cinco años inmediatos anteriores a su muerte en concurrencia con los hijos del occiso a partes iguales;

II. La madre;

III. El padre; y

IV. Quienes justifiquen su parentesco con el titular del fondo; los más próximos excluirán a los más remotos, en caso de controversia resolverá la autoridad judicial.

Artículo 16.—Podrán disponer del fondo de trabajo los elementos de tropa o sus equivalentes en la Armada, que queden separados del activo, obtengan jerarquía de oficiales o se les conceda licencia ilimitada; y

Las personas que los elementos de tropa o sus equivalentes en la Armada hayan designado como beneficiarios en caso de fallecimiento, y a falta de designación, sus familiares de acuerdo con la prelación señalada en el artículo 13 de esta Ley.

Al igual que en el análisis hecho a la ley de instituciones de crédito, en la ley orgánica del BANJERCITO, se establece el procedimiento que permite al titular de un fondo de ahorro, designar beneficiario para que se le transmita dicho fondo en caso de fallecimiento del titular. La diferencia radica en que el presente ordenamiento, igualmente inconstitucional, establece arbitrariamente un orden de prelación para el caso de no designación de beneficiario por parte del titular y en caso de controversia con todo cinismo se limita a decir que quedará a la determinación del juez. En este caso, el legislador ni siquiera se atrevió a expresar con claridad la aplicación y procedencia en la aplicación del derecho civil.

3.4. ANÁLISIS Y COMENTARIOS A LA LEY SOBRE EL CONTRATO DE SEGURO

A continuación transcribo los artículos de la ley a analizar en los que se regula al contrato de seguro por muerte:

Artículo 147.—El seguro contra la responsabilidad atribuye el derecho a la indemnización directamente al tercero dañado, quien se considerará como beneficiario del seguro desde el momento del siniestro.

En caso de muerte de éste, su derecho al monto del seguro se transmitirá por la vía sucesoria, salvo cuando la ley o el contrato que establezcan para el asegurado la obligación de indemnizar, señale los familiares del extinto a quienes deba pagarse directamente la indemnización sin necesidad de juicio sucesorio...

... Artículo 153.—En el certificado de seguro de caución se consignarán:

I. El nombre y domicilio de la empresa de seguros, del contratante del seguro y del asegurado;...

...Artículo 182.—Cuando los hijos de una persona determinada figuren como beneficiarios sin mención expresa de sus nombres, se entenderán designados los descendientes que debieran sucederle en caso de herencia legítima.

Artículo 183.—Por el cónyuge designado como beneficiario, se entenderá al que sobreviva.

Artículo 184.—Por herederos o causahabientes designados como beneficiarios, deberá entenderse, primero, los descendientes que deban suceder al asegurado en caso de herencia legítima y el cónyuge que sobreviva y después, si no hay descendientes ni cónyuge, las demás personas con derecho a la sucesión.

Artículo 185.—Si el derecho del seguro se atribuye conjuntamente como beneficiarios, a los descendientes que sucedan al asegurado y al cónyuge que sobreviva, se atribuirá una mitad a éste y la otra a los primeros según su derecho de sucesión.

Artículo 186.—Cuando herederos diversos a los que alude el artículo anterior, fueren designados como beneficiarios, tendrán derecho al seguro según su derecho de sucesión.

Esta disposición y la del artículo anterior se aplicarán siempre que el asegurado no haya establecido la forma de distribución del seguro.

Artículo 187.—Si el asegurado omitiere expresar el grado de parentesco o designare como beneficiarios de su póliza a personas que no deben suceder como herederos y faltare indicación precisa de la porción que corresponda a cada una, el seguro se distribuirá entre todas ellas por partes iguales.

Artículo 188.—Al desaparecer alguno de los beneficiarios, su porción acrecerá por partes iguales la de los demás.

Artículo 189.—Aun cuando renuncien a la herencia los descendientes, cónyuge superviviente, padres, abuelos o hermanos del asegurado, que sean beneficiarios, adquirirán los derechos del seguro.

Los artículos 182 a 189 antes transcritos, producto de una reforma del 4 de abril de 2013, constituyen un verdadero retroceso a la luz del presente estudio y del sentido común.

Por un lado, en el artículo 182 establece, para el caso de un contratante de seguro que designa como beneficiario “a sus hijos” sin hacer mención de sus nombres, entonces se entenderán designados los descendientes de acuerdo con el criterio de la sucesión legítima. Si la disposición de beneficiarios se da en esos términos, no hay lugar a la aplicación de criterio sucesorio alguno, pues bastaría con que “sus hijos”, acrediten tal carácter con su acta de nacimiento correspondiente. Posiblemente el legislador quiso establecer un criterio para el caso de que alguno o algunos de “los hijos”, hubiera fallecido antes que el contratante y a su vez tuviera descendencia, en cuyo caso seguiría el criterio de la herencia por estirpe de las sucesiones intestamentarias.

La redacción del artículo 183 nos parece muy deficiente por imprecisa. Establece que cuando se designa al cónyuge como beneficiario, se entenderá

al que sobrevive. No deja claro al cónyuge de quién se refiere ni a quién sobrevive. En el caso de que se interpretara que se refiere al cónyuge supérstite del asegurado, francamente no vemos la utilidad de aclarar lo obvio.

El artículo 184 es un atropello al derecho de las sucesiones. Confunde el término “herederos” con “descendientes y/o cónyuge” lo que denota una ignorancia absoluta o una temeridad irresponsable toda vez que pone en conflicto a quienes podrían ser designados como herederos vía la sucesión testamentaria y quienes fueran descendientes o cónyuge que sobreviva (sigue sin precisarse a quién). Remata este artículo con la fabulosa gracia de que en caso de que no haya ni descendientes ni cónyuge, entonces sí entran las personas con derecho a la sucesión (pareciera que, en este caso, sí podrían considerarse como herederos a los herederos testamentarios)

El artículo 185 trata de definir las reglas de la sucesión intestamentaria cuando concurren descendientes con cónyuge pero lo hace de manera incompleta y deficiente. Hubiera sido mucho más fácil que en la redacción de dicho artículo se remitieran a lo establecido por el derecho común que lo regula de manera adecuada.

El artículo 186 parece querer decir que cuando se designe beneficiarios a los herederos del contratante y siempre y cuando no le sobrevivan ni hijo ni cónyuge supérstite, entonces serán beneficiarios los herederos del contratante. Seguimos sin entender la ruptura con el criterio de libre testamentifacción de nuestro derecho sucesorio al imposibilitar que la voluntad plasmada en testamento aplique por el hecho de que concurren descendientes y cónyuge a quienes se les coloca como herederos forzosos por disposición de ley (federal).

En el 187, parece que el legislador quiso decir que si se designan como beneficiarios a personas que no son parientes, éstas heredarán por partes iguales.

El artículo 188, emplea de manera desafortunada el verbo “desaparecer” cuando probablemente hubiera sido adecuado decir “fallecer”. También es penoso el fondo del artículo pues al establecer que la parte del desaparecido acrece a la de los demás beneficiarios, parece olvidarse de su propia aberración asentada en los artículos 182, 184 y 186 en los que impide el acrecentamiento de las partes cuando hay descendientes y cónyuge.

El artículo 189 también evidencia la notoria ignorancia del legislador en materia de sucesiones y de técnica legislativa. Con una redacción casuística enuncia a descendientes, cónyuge supérstite, padres, abuelos o hermanos del asegurado, como las únicas personas que pueden renunciar a la herencia del asegurado (ningún otro ascendiente, pariente colateral o ninguna otra

persona). Se olvidan de que cualquier persona puede ser designado como heredero mediante testamento y en la sucesión intestamentaria pueden resultar herederos los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado y en última instancia una persona moral como el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (de acuerdo con el Código Civil para el Distrito Federal).

En el presente estudio hemos hecho énfasis en la gravedad de que el legislador federal salga de su competencia legislativa invadiendo la del derecho común. La consideración fundamental, hemos dicho, es la de respetar y ser congruentes con el orden constitucional. Luego de revisar los novedosos artículos reformados en la Ley del Contrato de Seguro, es preciso agregar un elemento adicional: la de la ignorancia evidente que el legislador federal tiene respecto de la materia local.

CAPÍTULO CUARTO

Disposiciones sucesorias en instituciones bursátiles

4.1. ANÁLISIS Y COMENTARIOS A LA LEY DEL MERCADO DE VALORES

La presente ley presenta los mismos criterios de transmisión del monto depositado en una cuenta de inversión para el caso de fallecimiento del titular de la misma, que tenía la Ley de Instituciones de Crédito hasta antes de la entrada en vigor del criterio vigente que ya hemos analizado en la parte conducente del presente trabajo. A continuación transcribimos el artículo correspondiente:

Artículo 201.—En los contratos que celebren las casas de bolsa con su clientela, el inversionista que sea titular de la cuenta podrá en cualquier tiempo designar o cambiar beneficiario.

En caso de fallecimiento del titular de la cuenta, la casa de bolsa entregará al beneficiario que haya señalado de manera expresa y por escrito, el saldo registrado en la cuenta que no exceda el mayor de los límites siguientes:

I. El equivalente a veinte veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal elevado al año.

II. El equivalente al setenta y cinco por ciento del saldo registrado en la cuenta.

El beneficiario tendrá derecho de elegir la entrega de determinados valores registrados en la cuenta o el importe de su venta, con sujeción a los límites señalados.

El excedente, en su caso, deberá entregarse de conformidad con la legislación común.

Salvo por la diferencia antes expuesta, la crítica y comentarios expresados para la Ley de Instituciones de Crédito, aplican para este caso.

4.2. ANÁLISIS Y COMENTARIOS A LA LEY DE FONDOS DE INVERSIÓN (ANTES LEY DE SOCIEDADES DE INVERSIÓN)

La designación de beneficiarios del importe de las acciones que se hubieran mantenido en un fondo de inversión por causa de muerte de su titular, encuadra dentro de los supuestos de la herencia del derecho común por lo que incorrectamente y fuera de su competencia legislativa aparece regulado en el artículo 41 de la presente Ley.

A continuación el artículo correspondiente:

...Artículo 41.—Los accionistas de los fondos de inversión deberán designar ante la sociedad operadora de fondos de inversión o bien, ante la sociedad distribuidora o la entidad que preste los servicios de distribución de acciones, sus beneficiarios y podrán en cualquier tiempo sustituirlos, así como modificar, en su caso, la proporción correspondiente a cada uno de ellos.

En caso de fallecimiento del titular, la sociedad distribuidora de acciones de fondos de inversión o la entidad que preste ese servicio deberá entregar el importe de las acciones que se mantuvieran en cada fondo de inversión a quienes el propio titular hubiese designado expresamente y por escrito, como beneficiarios, en la proporción estipulada para cada uno de ellos.

El beneficiario tendrá derecho a elegir entre la entrega de las acciones del fondo de inversión correspondiente o el importe de su recompra.

Si no existieren beneficiarios, el importe deberá entregarse en los términos previstos en la legislación común...

CAPÍTULO QUINTO

Disposiciones sucesorias en otras leyes federales

A partir del desarrollo del presente trabajo, nos pareció interesante hacer una búsqueda en otras leyes federales, que incorporan de alguna manera disposiciones sucesorias o aparentemente sucesorias como las anteriormente analizadas. Las leyes expuestas en este capítulo tienen una aplicación limitada por su propia naturaleza por lo que no agotaremos al lector con un análisis que en última instancia repite la argumentación expuesta en los capítulos anteriores, pero dejamos la transcripción de los artículos procedentes, para ilustrar de manera completa la gran “creatividad” del legislador federal, que en un afán por resolver y proteger a ciertos grupos sociales de

las consecuencias de su propia muerte lo que en realidad lograron fue la creación de mecanismos precarios, oscuros y sin base constitucional. Lejos de cumplir con la finalidad para la que fueron creados, chocan con el Derecho Sucesorio y con toda su sistematización, en detrimento de la seguridad jurídica de nuestro Estado de Derecho:

5.1. LEY DE SOCIEDADES DE SOLIDARIDAD SOCIAL

Artículo 10.—Son derechos de los socios:

I. Obtener de la sociedad un certificado que acredite su calidad de socio, mismo que no podrá ser objeto de venta, cesión o gravamen. Este certificado y la calidad que acredita, podrán transmitirse, a la muerte del socio, a su cónyuge, a sus hijos, o en su caso, a la persona con quien haya hecho vida común durante los últimos cinco años, bajo su dependencia económica. El causahabiente estará obligado al cumplimiento de las obligaciones del socio al que suceda.

5.2. LEY QUE CREA EL FIDEICOMISO QUE ADMINISTRARÁ EL FONDO DE APOYO SOCIAL PARA EX TRABAJADORES MIGRATORIOS MEXICANOS

Artículo 20.—Para efectos de esta Ley, se entenderá por:

I. Beneficiarios: Los Ex trabajadores Migratorios Mexicanos o, en su caso, sus cónyuges, o concubinas que acrediten su calidad mediante resolución judicial, o hijos o hijas, o legítimos herederos que sobrevivan y que cumplan con los requisitos a que se refiere el artículo 60. de la presente Ley;

Artículo 60. Serán beneficiarios de los apoyos a que se refiere este ordenamiento los Ex Trabajadores Migratorios Mexicanos o sus cónyuges o concubinas, o hijos o hijas, o en caso de no existir los anteriores, sus legítimos herederos declarados en sentencia emitida por autoridad judicial competente...

5.3. LEY EN FAVOR DE LOS VETERANOS DE LA REVOLUCIÓN COMO SERVIDORES DEL ESTADO

Artículo 16.—Los familiares de los Veteranos disfrutarán de los beneficios de esta Ley, conforme a las siguientes reglas:

I. Se consideran como familiares derechohabientes de los Veteranos:

- a) La cónyuge supérstite.
- b) Los hijos menores de 18 años.

c) La concubina, a falta de cónyuge supérstite, siempre que compruebe que hizo vida marital con el causante durante los cinco años consecutivos e inmediatos anteriores a la fecha del fallecimiento del Veterano y que tanto éste como ella permanecieron libres de matrimonio durante su unión.

II. Al fallecer un Veterano que haya estado disfrutando de cuota adicional con cargo al Erario Federal, sus familiares derechohabientes tendrán derecho a la transmisión del 80% del monto del beneficio durante el primer año, rebajándose del segundo en adelante anualmente un 10% sucesivamente hasta llegar al 50% del beneficio original;

III. Si el Veterano fallecido no disfrutó de cuota adicional con cargo al Erario Federal, sus familiares tendrán derecho a que se les transmita el 100% de la cuota adicional que hubiere correspondido al causante para el primer año, rebajándose del segundo en adelante un 10% hasta llegar a la mitad de la cuota asignada para el primer año;

IV. La iniciación de pago del beneficio concedido a los derechohabientes, será a partir del día siguiente al del fallecimiento del Veterano causante;

V. El derecho de los familiares del Veterano para disfrutar del beneficio que se les haya concedido, terminará:

a) Para los hijos, al cumplir 18 años de edad.

b) Para las hijas, al cumplir 18 años de edad o antes al contraer matrimonio o por vivir en concubinato.

c) Para la viuda o concubina, a su fallecimiento o al contraer nuevas nupcias o por vivir en concubinato.

d) Por prescripción, al transcurrir cinco años de no cobrarse el beneficio, contados a partir de la fecha del último cobro.

IV. Si fueren varios los familiares con derecho a la cuota adicional, el importe de ésta se dividirá por partes iguales;

VII. Cuando se suspenda o extinga el derecho de un copartícipe, con su cuota-parte se acrecerá proporcionalmente la de sus cobeneficiarios, y

VIII. El derecho al cobro de la cuota-parte correspondientes a cada beneficiario prescribirá por el transcurso de dos años, computados a partir de la fecha del último cobro.

Es incompatible la percepción de la cuota adicional otorgada a un Veterano o a sus deudos, con cualquier otra pensión o con cualquier percepción proveniente de empleos remunerados por el Presupuesto de Egresos de la Federación.

Artículo 21.—Si un Veterano reconocido oficialmente falleciere encontrándose al servicio del Estado antes de obtener su retiro, estando éste en trámite, o sin tener derecho a él por causa de edad o de tiempo de servicios, la unidad burocrática que corresponda suministrará a sus familiares desde luego y para gastos de funeral un auxilio igual al importe de seis meses del sueldo de que disfrutaba al morir.

CAPÍTULO SEXTO

Conclusiones

El presente trabajo hace énfasis en la necesidad de identificar todas las regulaciones mortis causa derivadas de legislaciones federales, para clarificar y distinguir las unas de otras, a partir de tres criterios:

Por un lado, encontramos figuras “aparentemente sucesorias”, pero que no forman parte del objeto del derecho civil sucesorio por lo que es válida su regulación por parte de leyes federales; por otro lado, tenemos figuras que regulan la transmisión de bienes o derechos por causa de muerte y que resultan constitucionales por encontrarse dentro de la facultación expresa al legislador federal en nuestra carta magna; por último, tenemos las disposiciones que abiertamente transgreden la limitación competencial de nuestra carta magna, mismas que adicionalmente presentan una regulación pobre y limitada que deja abierta la puerta a litigios generando un grave perjuicio a la seguridad jurídica.

No podemos dejar de expresar que, a pesar de que este trabajo tiene como sustento nuestra realidad constitucional y busca el orden y respeto a las atribuciones legislativas derivadas de nuestro pacto federal, ello no significa que consideremos a dicha distribución competencial como adecuada.

Desafortunadamente y con independencia de que el mejor sistema jurídico es aquél en el que toda la legislación secundaria sea congruente con la carta magna, no podemos dejar de expresar nuestro sentir respecto de la muy desafortunada manera en la que, de origen, se estructuró nuestro federalismo.

Por ser materia de un estudio diverso al presente, no ahondaremos demasiado en ello, pero diremos que nos resulta inconcebible e inadmisible el que seamos quizá el único país de tradición civilista que decidió pulverizar el derecho civil reservándolo a la competencia legislativa del derecho común. Si bien es cierto que la regulación y alcances de ciertas instituciones del derecho civil pudieran tener sensibles diferencias a nivel local (v. gr. el matrimonio o la adopción), lo cierto es que son excepciones que, esas sí, podrían ser reservadas por los Estados para legislarlas de manera independiente y en razón de criterios locales. Lo terrible de nuestra conformación federal, es que hizo de una excepción la regla y hoy nos tiene sumidos en un desorden desde la estructura jurídica elemental, evidenciado por la existencia de un código civil por cada Estado, uno para el Distrito Federal y, para cerrar con broche de oro, un código civil federal que entre otras valoraciones, constituye una aberración en sí mismo.

EL CONTRATO DE PROMESA, IDEAS DEL HOMENAJEADO: DOCTOR BERNARDO PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO

Vicente Solís Arana¹



Siendo otoño del año dos mil quince, en la Universidad Nacional Autónoma de México, es un personaje muy importante de nuestra querida Facultad, el Doctor Bernardo Pérez Fernández del Castillo y toda una autoridad en la materia de Contratos, materia que imparte hace más de cuarenta y cinco años, razón ésta por la que para un profesor de Contratos es suficiente para rendir homenaje.

Hablar de Contratos sin mencionar al Doctor Bernardo Pérez Fernández del Castillo, hoy no es posible si se quiere hablar en serio de esta materia. Su libro apareció en mi vida profesional cuando cursaba la carrera de Derecho, y desde entonces forma parte de mi vida jurídica y en especial desde que acepté dar clases de dicha materia, hace más de diez años.

Me gustaría que con este homenaje se difundiera más la obra del Doctor Bernardo entre las nuevas generaciones de abogados que hoy se forman en el país, por lo que me sumo a la celebración haciendo en forma de preguntas y respuestas una nueva presentación de las idas del homenajeado. ¡Enhorabuena! Y que sean muchos más años.

Gracias.

¹ Profesor de las materias de Obligaciones y de Contratos, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria. 2015.

Lo siguiente son ideas del Doctor Bernardo Pérez Fernández del Castillo, que se pueden consultar en el libro de Contratos, de la Editorial Porrúa.

I. DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE PROMESA.

1. VSA: ¿Qué es el Contrato de Promesa?

BPFC: El contrato de promesa es el acuerdo de voluntades por medio del cual, una parte o ambas, según sea unilateral o bilateral, se obligan a celebrar un contrato futuro.

El Código Civil, Libro Cuarto, Segunda Parte, Título Primero, establece:

Artículo 2243.—Puede asumirse contractualmente la obligación de celebrar un contrato futuro.

2. VSA: ¿Cuál es la fuente histórica de esta definición?

BPFC: “Este artículo está inspirado en el 22 del Código Civil Suizo de las Obligaciones, que en su primer párrafo establece: ‘La obligación de celebrar una convención futura puede ser motivo de contrato’”.

II. DIFERENTES NOMBRES DEL CONTRATO DE PROMESA.

3. VSA: ¿Con qué nombres se le conoce al Contrato de Promesa?

BPFC: A través del tiempo, al contrato de promesa se le han dado diversas denominaciones, a saber: contrato preparatorio, contrato preliminar, precontrato, antecontrato, petición de contrato, opción, promesa de contratar, pacto de contrahendo, etcétera.

Así, el Libro Cuarto, Segunda Parte, Título Primero del Código Civil, se denomina “De los contratos preparatorios”.

La promesa. Y el artículo 2244 se refiere a la promesa de contratar y al contrato preliminar.

III. PARTES EN EL CONTRATO DE PROMESA.

4. VSA: ¿Cómo se llaman las partes en el Contrato de Promesa?

BPFC: “Se denomina promitente al que se obliga y beneficiario al que recibe. En la promesa bilateral ambos son promitentes y beneficiarios”.

IV. HISTORIA DEL CONTRATO DE PROMESA.

5. VSA: ¿Esta figura contractual ya se conocía antes? ¿Existía en Roma?

BPFC: Esta figura no se conocía en Roma, no obstante algunos autores consideran que el llamado *pactiunm in contrahendo* romano, es el antecedente de la promesa. Sin embargo, dicho pacto careció de regulación legal y, por lo tanto, actualmente sólo se comprende como una mención al acuerdo de voluntades entre las partes para contratar y obligarse. Los glosadores y posglosadores fueron los que iniciaron su aplicación como un acto jurídico unilateral sin llegar a su concepción contractual.

6. VSA: ¿El Código Napoleón reguló el Contrato de Promesa?

BPFC: El Código de Napoleón desconoció explícitamente esta figura al decir:

Artículo 1589.—La promesa de venta equivale a venta cuando hay consentimiento recíproco de las dos partes sobre la cosa y sobre el precio.

En la Exposición de Motivos de este ordenamiento, Portalisis expresa:

La promesa de venta equivale a venta, cuando en ella hay consentimiento recíproco de las partes sobre la cosa y sobre el precio. Se encuentra, efectivamente, en este caso, todo lo que es la substancia del contrato de venta.

7. VSA: ¿Los Alemanes, qué dicen al respecto?

BPFC: Por su parte, la doctrina alemana considera que la promesa va en contra de la libre contratación, pues coacciona la celebración del contrato definitivo.

8. VSA: ¿Y los españoles?

BPFC: En la legislación y en la doctrina española, se concibe la celebración del contrato de promesa, pero como un negocio jurídico atípico y no regulado.

9. VSA: ¿Nuestros Códigos de 1870 y 1884, se referían al Contrato de Promesa?

BPFC: Estos códigos no siguieron al de Napoleón, pues como fuente de inspiración tuvieron los códigos portugués y suizo de las obligaciones. En ellos no se regulaba la promesa de contrato, sino única y exclusivamente se limitaban a la promesa de compraventa (Arts. 2819, 2820 y 2821). En la actualidad, la definición del código vigente se extiende a todos los contratos, tales como el de arrendamiento, sociedad, comodato, etcétera.

V. ELEMENTOS DEL CONTRATO, SEGÚN LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO.

10. VSA: Dentro de la Teoría General del Contrato, ¿cuáles son los elementos de existencia del Contrato de Promesa?

BPFC: Consentimiento. Es el acuerdo expreso de voluntades sobre la creación y transmisión de derechos y obligaciones. En el caso de la promesa de contratar, el acuerdo recae sobre la obligación de hacer, consistente en la celebración de un contrato futuro y, por lo tanto, en las características esenciales del contrato a celebrar y el tiempo fijado para su otorgamiento.

Objeto. Es la creación de una obligación de hacer, que tiene como contenido la celebración de un contrato futuro.

El objeto debe ser posible física y jurídicamente, tanto en el contrato preparatorio como en el definitivo. Es físicamente imposible cuando va en contra de las leyes de la naturaleza, y esa imposibilidad origina una liberación de la obligación, pues a lo imposible nadie está obligado. Si se trata de cosas, deben existir en la naturaleza, ser determinadas o determinables en cuanto a su especie y estar en el comercio. Es imposible jurídicamente cuando es irreductible con las normas jurídicas como por ejemplo: la celebración de un contrato de compraventa entre cónyuges casados bajo el régimen de sociedad conyugal.

El artículo 2246 establece que en el contrato de promesa se tienen que asentar los elementos del contrato definitivo. De faltar estos, el contrato se puede considerar inexistente, ya que el objeto de la obligación de existencia de un contrato y no pueden suplirse, así el precio y la cosa enajenable, rentable, etcétera, deben determinarse con toda claridad para no producir la inexistencia del contrato. En cambio, la forma y lugar de pago, el tiempo y los intereses, pueden suplirse con la regulación del contrato en general, o en su caso en contrato típico a celebrarse.

Por ejemplo, sería inexistente un contrato en el cual una persona se obliga a enajenar un terreno sin que se determine el tipo de terreno, su ubicación, superficie, linderos y colindancias.

Algunos autores consideran como un elemento de existencia del contrato preparatorio, el establecer un plazo para la celebración del contrato definitivo, pues piensan que no deben existir obligaciones indefinidas o perpetuas. Yo, por mi parte, estimo que si no se ha establecido un día cierto para el cumplimiento de la obligación, debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 2080 que dice:

Si no se ha fijado el tiempo en que deba hacerse el pago y se trata de obligaciones de dar, no podrá el acreedor exigirlo sino después de los treinta días siguientes a la interpelación que se haga, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un notario o ante dos testigos. Tratándose de obligaciones de hacer, el pago debe efectuarse cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación.

De tal suerte que si no se pacta el término, nos encontramos ante el supuesto de un contrato afectado de nulidad relativa ya que puede ser convalidado por las partes.

11. VSA: Dentro de la Teoría General del Contrato, ¿cuáles son los elementos de validez del Contrato de Promesa?

BPFC: Al contrato de promesa le son aplicables las disposiciones comunes a cualquier contrato, a saber: capacidad de las partes; que el consentimiento esté exento de vicios; que el objeto, motivo o fin sean lícitos; y, que el consentimiento se otorgue con las formalidades establecidas por la ley (Art. 1795).

No obstante lo anterior, el Código Civil establece un caso de ilicitud en la promesa, al decir el artículo 2302:

Queda prohibida la venta con pacto de retroventa, así como la promesa de venta de un bien raíz que haya sido objeto de una compraventa entre los mismos contratantes.

Y por otro lado, el 2246 señala que para que la promesa de contratar sea válida debe:

1. Constar por escrito. En este caso se puede otorgar únicamente en escrito privado, toda vez que la ley no exige que se realice ante notario u otra formalidad adicional.

2. Contener los elementos característicos del contrato definitivo, de lo contrario su objeto sería vago e impreciso, si no es que inexistente, pues se podría llegar al extremo de no poder determinar el bien o acto materia del contrato futuro.

3. Limitarse a cierto tiempo. Con anterioridad expresé que la falta de determinación del plazo no produce la inexistencia del contrato, en virtud de la aplicación del artículo 2080 del Código Civil. Por otra parte, algunos autores opinan que si transcurrido el plazo señalado para la celebración del contrato éste no se verifica, pero se han realizado actos positivos tendientes al cumplimiento de la promesa dentro de dicho plazo, el contrato no se termina. A mi juicio esta idea es contraria, pues considero que, cumplido el plazo, necesariamente se produce la terminación del contrato, a menos que durante su vigencia se pacte prórroga.

VI. CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE PROMESA.

12. VSA: En cuanto a su existencia, ¿cómo se clasifica el Contrato de Promesa?

BPFC: ...es un contrato principal y preparatorio. Principal porque su validez y existencia no dependen de otro contrato; preparatorio porque su finalidad es garantizar la celebración del contrato definitivo, mismo del que se señalan sus características esenciales, pero del cual no depende su existencia.

13. VSA: ¿Por lo que se refiere a las obligaciones que crea, cómo se clasifica el Contrato de Promesa?

BPFC: ...puede ser unilateral o bilateral, según obligue a una o a ambas partes a celebrar el contrato futuro. En el primer caso se llama promesas y beneficiarios. El contrato definitivo puede llevarse a cabo según sea la voluntad del beneficiario. Esto da lugar a lo que se conocía en el derecho romano como la condición *si voles, si volueris, si volam*. La falta de cumplimiento del contrato celebrado en forma unilateral o bilateral, puede traer como consecuencia la ejecución forzosa consistente en la realización del contrato definitivo, en el último de los casos firmado por el juez.

14. VSA: En relación a su contenido, ¿cómo se clasifica el Contrato de Promesa?

BPFC: ...por regla general el contrato de gratuito. Sin embargo, podría pactarse una prestación económica (arras), por el sólo hecho de obligarse a celebrar el contrato definitivo, pero esta prestación no debe abonarse o considerarse como parte del precio, pues se convertiría en compraventa en abonos. Al respecto cabe mencionar que cuando un contrato de promesa contiene prestaciones que pertenecen al contrato definitivo (entrega del bien, pago total o parcial del precio, etc.) se desvirtúa su naturaleza, pues el consentimiento no se refiere a un *facere* consistente en la celebración de un contrato futuro, sino que contiene obligaciones de dar. Situación que hace que el contrato reúna los requisitos de una verdadera compraventa, misma a la que, en todo caso y tratándose de inmueble, faltaría darle la forma exigida por la ley (escrituración ante notario). Esta acción la podrían demandar los contratantes (pro-forma), pero en cambio no podrían ejercitar la acción derivada del artículo 2247 que obliga al cumplimiento forzoso de celebrar el contrato prometido. En este supuesto estaríamos ante una compraventa “informal”. Al respecto existe la siguiente jurisprudencia:

COMPRAVENTA, CONTRATO INFORMAL DE.—La Suprema Corte de Justicia ha establecido claramente la distinción entre los contratos de promesa de venta y de compraventa, y ha considerado que cuando las partes convienen en el precio y en la cosa y aun entregan ambos o sólo uno de ellos, pero no se llenan las solemnidades externas del contrato, se está en presencia de lo que la doctrina reconoce con el nombre de contrato informal de compraventa.

Sexta Época: Vol. XXXIII, Pág. 101. A.D. 893/59, Jesús Vargas Pérez. Vol. XLVIII, Pág. 120. A.D. 4977/60, Delfino Guadarrama. Vol. CXXV, Pág. 18. A.D. 7987/65, María Esquivel de Lara.

Séptima Época: Vol. 61, Pág. 23. A.D. 500/73, Gloria Valois Cabiedes. Vols. 169-174, Pág. 14. A.D. 2871/82, Julio Llaguano Manzano.

15. VSA: En cuanto a su Forma, ¿cómo se clasifica el Contrato de Promesa?
BPFC: ...es de forma restringida. La ley exige que se realice por escrito privado. La forma de este escrito la regula el Código Civil que reza:

Artículo 2246.—Para que la promesa de contratar sea válida debe constar por escrito, contener los elementos característicos del contrato definitivo y limitarse a cierto tiempo.

Artículo 1834.—Cuando se exija la forma escrita para el contrato, los documentos relativos deben ser firmados por todas las personas a las cuales se imponga esa obligación.

Si alguna de ellas no puede o no sabe firmar, lo hará otra a su ruego y en el documento se imprimirá la huella digital del interesado que no firmó.

VII. DISTINCIÓN CON OTRAS FIGURAS.

16. VSA: ¿Actualmente, se puede confundir al Contrato de Promesa con otras figuras jurídicas?

BPFC: Al contrato de promesa se le puede confundir con la promesa unilateral o policitación, la minuta, el contrato definitivo, o bien con el contrato definitivo sujeto a condición o plazo.

17. VSA: ¿Qué diferencia hay entre el Contrato de Promesa y la Licitación?

BPFC: Mazeaud, al tratar la licitación dice que: “La promesa unilateral es un acto jurídico que crea una obligación con cargo a una persona y por su sola voluntad.”

Se trata de un acto unilateral, a diferencia del contrato de promesa que es un acto bilateral, o sea un acuerdo de voluntades.

El artículo 1804 la regula de la siguiente forma:

Toda persona que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo.

La oferta de contratar puede estar destinada a una persona concreta (licitación), o a personas indeterminadas (policitación) *offerentis solius promissio*. En el primer caso, cuando el destinatario de la oferta desea contratar, la ley establece el momento en el cual el consentimiento se tiene por perfeccionado, según se trate de acuerdo entre presentes o ausentes (Arts. 1805 al 1811).

En el segundo caso, conocido también como oferta al público, el código establece el alcance y término por los que el oferente queda obligado. Esta obligación consiste básicamente en sostener su ofrecimiento hasta el vencimiento del plazo. Asimismo prevé los casos en que se puede revocar su declaración unilateral (Arts. 1860 al 1867).

La opción de compra, conocida en el derecho anglosajón como *option contract*, es un ejemplo de licitación pues se trata de un acto unilateral, por medio del cual una persona se obliga irrevocablemente a transmitir un bien a otra en un plazo determinado y en un precio cierto, sin que exista acuerdo de voluntades o sin que sea aceptada por el beneficiario.

En virtud de que esta figura es un acto jurídico unilateral, en un testamento podría establecerse, como carga para el heredero, la obligación testamentaria de dar la opción de compra de un bien, a cierta persona y en determinado precio.

18. VSA: ¿Qué diferencia existe entre el Contrato de Promesa y el Contrato Definitivo?

BPFC: Es importante destacar algunas diferencias que pueden existir entre ambos contratos. Como lo expresé anteriormente, corrientes doctrinales como la francesa, no distinguen el contrato definitivo del de promesa, y legislaciones como la española, no regulan el contrato de promesa.

A continuación analizo los principales aspectos de distinción:

a) En cuanto a su objeto, la promesa de contratar siempre engendra obligaciones de hacer, nunca de dar o no hacer, consistentes en la celebración de un contrato futuro.

El contrato definitivo, crea o transmite obligaciones de dar, hacer o no hacer.

b) Por lo que se refiere a las obligaciones que nacen, el contrato de promesa puede ser bilateral o unilateral, según se obliguen una o ambas partes a celebrar el contrato definitivo. Por su parte, el contrato definitivo puede que necesariamente sea bilateral, como por ejemplo la compraventa, la permuta, el arrendamiento, etcétera.

c) En cuanto a la forma, en el contrato de promesa la voluntad deber ser expresada por escrito. En el definitivo puede ser en escritura pública, como en la transmisión y gravamen de derechos reales sobre inmuebles o bien, verbal, como en la donación de menos de doscientos pesos.

d) En el contrato de promesa nunca se transmite la propiedad. En el definitivo, como en el caso de la compra-venta, permuta o donación, la propiedad se transmite por mero efecto del contrato. Asimismo, el contrato de promesa no se inscribe en el Registro Público de la Propiedad, en virtud de que no crea, modifica, transmite ni extingue derechos reales o gravámenes sobre inmuebles; el definitivo debe ser inscrito cuando afecta dichos derechos reales o gravámenes.

Para los efectos del Registro Público de la Propiedad, estimo conveniente distinguir entre la promesa de contrato de compraventa y la compraventa misma, ya que en la práctica se presta a confusiones. Así tenemos que en la promesa no hay transmisión de propiedad ni obligación de entregar la cosa ni pagar el precio, sino únicamente el deber de celebrar la compraventa. No importa que las partes estén de acuerdo en todos los elementos esenciales del contrato. De tal forma que la fase ejecutoria del contrato de promesa se circunscribe en un nuevo querer, dirigido a la celebración de la compraventa, y, en ésta la ejecución se caracteriza por la realización de las obligaciones.

19. VSA: Y la Corte Suprema de nuestro país ¿qué opina?

BPFC: A este respecto existe jurisprudencia en el siguiente sentido:

COMPRAVENTA BAJO ASPECTO DE PROMESA DE VENTA.—Las llamadas promesas de venta, en que no se contiene exclusivamente una obligación de hacer sino una de dar, o se entrega la cosa y se paga el precio en su totalidad o en parte, satisfacen los elementos necesarios para la existencia de la compraventa, independientemente de la terminología defectuosa que hubieren empleado las partes.

Quinta Época: Tomo LIII, Pág. 3462.—Cía. De Terrenos Mexicanos, S.A. Tomo LI, Pág. 79.—Kondo, Isuke. Tomo LIII, Pág. 473.—Cía. De Terrenos Mexicanos, S.A. Tomo LXX, Pág. 2828. Hernández, Rodolfo. Tomo LXXXVII, Pág. 342.—Alfonso, Ángel.

PROMESA DE VENTA.—Mediante la promesa de venta no se transmite el dominio de la cosa, pues en ella sólo se consigna una obligación de hacer, consistente en la celebración del contrato definitivo.

Quinta Época: Tomo LI, Pág. 79.—Kondo, Isuke. Tomo LXXXVIII, Pág. 1640.—Méndez, Máximo. Tomo LXXXIX, Pág. 2446.—Cartas, Adela. Tomo XC, Pág. 2443.—Chami, Amado. Tomo XCIII, Pág. 2126.—Furlong, Wilfrido y Coags.

PROMESA DE VENTA.—La promesa de venta constituye un contrato preparatorio del de compraventa, que obliga a las dos partes contratantes; contrato que, si bien no transmite la propiedad, sí engendra derechos y obligaciones para las partes que en él intervienen, y, por tanto, el derecho formal, no simplemente posible, por parte del vendedor, para exigir del comprador que se lleve a cabo el contrato.

Quinta Época: Tomo XVI, Pág. 620.—García Álvarez, Toribio. Tomo XXXIII, Pág. 1610.—López, José. Tomo LI, Pág. 79.—Kondo, Isuke. Tomo LVII, Pág. 1872.—Landeró Gómez, Francisco y Coags. Tomo LXII, Pág. 1658.—Pallas de Duque, María Esther.

20. VSA: ¿Qué diferencia existe entre el Contrato de Promesa y el Contrato Sujeto a Término o Condición Suspensiva?

BPFC: Contrariamente a lo que dispone nuestro Código Civil, la doctrina francesa no distingue entre la promesa de compraventa y la compraventa, pues considera que tienen la misma finalidad, ya que existe disposición

en el sentido de que si las partes están de acuerdo en precio y cosa, el contrato de compraventa se entiende perfectamente, aunque no se haya pagado uno ni entregado la otra. En todo caso se está sujeto a un término o plazo.

La promesa es un contrato perfecto y obligatorio para las partes, no se está sujeto a ninguna condición para que genere la obligación de celebrar un contrato futuro, pues aunque se fije un plazo para hacerlo, éste sólo generará obligaciones de hacer.

Por su parte, el contrato sujeto a condición sólo genera la obligación de cumplir las prestaciones pactadas si se realiza la condición de la cual depende su exigibilidad o su existencia, según sea condición suspensiva o resolutoria, retrotrayéndose sus efectos al momento de la contratación. En cambio, en la promesa unilateral el promitente queda obligado desde su celebración.

21. VSA: ¿Qué diferencia existe entre el Contrato de Promesa y las Minutas?

BPFC: Las minutas eran documentos definitivos carentes de forma que contenían actos que posteriormente debían elevarse a escritura pública. El Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884 establecía:

Artículo 9°—Siempre que sea obligatoria por la ley o por convenio de las partes, que un contrato conste en escritura, y se niegue alguno de los contratantes a firmarla, podrá el otro obligarle a hacerlo o a que se le indemnice de los daños y perjuicios. A este efecto, los notarios no extenderán en sus protocolos ningún instrumento sin exigir previamente que los interesados firmen ante ellos la minuta o borrador, o que, si no saben firmar, den su consentimiento expreso ante el mismo notario y dos testigos mayores de toda excepción, lo cual se hará constar en el mismo instrumento.

Esta figura jurídica fue derogada en el Distrito Federal por la Ley del Notariado de 1945. Sin embargo, todavía la mencionan algunos códigos de procedimientos civiles y leyes fiscales de los estados.

VIII. REGISTRO PÚBLICO DE LA PROPIEDAD.

22. VSA: ¿Se puede inscribir en el Registro Público de la Propiedad el Contrato de Promesa?

BPFC: En el Registro Público de la Propiedad sólo se inscriben la creación, transmisión, modificación y extinción de los derechos reales. En el caso de la promesa, sólo nacen obligaciones personales consistentes en un haber, inscribirlo sería tanto como darle efectos reales.

Legislaciones como las de Chihuahua, Nuevo León y Yucatán, prevén la posibilidad de inscribir la promesa de venta preventivamente. Igualmente, autores como Ramón Sánchez Meda se inclinan por esta posición, pues consideran que de esta manera los efectos de la inscripción del contrato definitivo, se retrotraerán a la fecha de la anotación preventiva del preparatorio. Estimo que darle efectos retroactivos sería desvirtuar el objeto propio de la promesa y considerarla como una etapa del contrato definitivo.

Situación distante es cuando, iniciado el juicio de ejecución obligatoria, se ha demandado la celebración del contrato definitivo y se pide al juez que ordene al registrador la anotación preventiva del estado contencioso de la finca. Una vez dictada la sentencia y otorgado el contrato definitivo en escritura pública, sus efectos se retrotraen a la fecha de la anotación preventiva.

IX. EJECUCIÓN FORZADA.

23. VSA: ¿Se puede exigir el Cumplimiento Forzoso del Contrato de Promesa?

BPFC: En la promesa de contratar bilateral se aplica el artículo 1949, por medio del cual el que resulte perjudicado queda facultado para exigir el cumplimiento forzoso o la resolución de la obligación con el resarcimiento de daños y perjuicios.

Independientemente de lo anterior, el artículo 2247 establece que, ya sea unilateral o bilateral:

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 quedara sin efecto, siendo responsable el que la hizo de todos los daños y perjuicios que se hayan originado a la otra parte.

El derecho a que el juez firme el contrato definitivo no debe confundirse con la acción proforma, ya que en el primer caso el contrato no existe, el juez es el que lo va a otorgar en rebeldía; y en el segundo sí existe, pero la voluntad no se dio con las formalidades establecidas por la ley.

Una de las formas en que el promitente comprador puede garantizar la celebración del contrato prometido, es estableciendo una cláusula penal para el caso de que el obligado no cumpla.

X. UTILIDAD JURÍDICA.

24. VSA: ¿Tiene alguna utilidad jurídica el Contrato de Promesa?

BPFC: Es un medio de garantizar y asegurar la celebración de un contrato futuro, bien por existir obstáculos que posteriormente pueden subsanarse, ta-

les como obtener permisos y autorizaciones; o bien porque no se desee por el momento el nacimiento de las obligaciones del contrato definitivo. Un ejemplo del primer caso es el extranjero que va a comprar una propiedad ubicada en la ciudad de México y no ha obtenido el permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores, *conditio sine qua non*, para adquirir el inmueble. Mientras estos requisitos se satisfacen, puede celebrarse un contrato de promesa unilateral de compraventa, por medio del cual el vendedor se obliga a enajenar el bien. En el segundo caso, una persona que es arrendataria de un local, quiere celebrar un contrato de promesa unilateral de compraventa, para que en un lapso de tiempo prudente pueda constatar la prosperidad del negocio y, si le favorece, adquirir el inmueble. El contrato de promesa se utiliza comúnmente en el otorgamiento de créditos hipotecarios concedidos por las instituciones bancarias a sus empleados, quienes al conocer el monto de su crédito, pueden avocarse a conseguir un inmueble adecuado, y para “asegurar” la operación, en tanto se cubren los requisitos administrativos del banco y se obtienen los documentos necesarios (certificado de libertad de gravámenes, avalúo, etcétera), celebran un contrato de promesa de compraventa respecto del inmueble.

PROPUESTA “VSA”.

Con estas ideas seguramente se puede proponer una reforma que adapte el Contrato de Promesa a las necesidades actuales, y que lo hagan de mayor utilidad y vigencia para el mundo jurídico.

Le propongo al Doctor Bernardo Pérez Fernández del Castillo que en un futuro encuentro podamos platicar de la siguiente propuesta.

REFORMA AL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DEL CONTRATO DE PROMESA. Propuesta del Licenciado Vicente Solís Arana.

Artículo 2243.—El Contrato de Promesa es el Contrato por el cual una o ambas partes se obligan a celebrar un Contrato futuro.

Artículo 2244.—Las partes en el Contrato de Promesa unilateral se denominan promitente, que es la parte que se obliga, y beneficiario, que es la parte que obtiene los provechos establecidos en el Contrato. Las partes en el Contrato de Promesa bilateral, se denominan promitentes, adicionándole a esta palabra el nombre de cada una de las partes del Contrato futuro que se promete.

Artículo 2245.—El Contrato de Promesa es un Contrato preparatorio, en el que sólo se contraen obligaciones de hacer, consistente en la celebración del Contrato futuro.

Artículo 2246.—El Contrato de Promesa debe ser por escrito siempre que se trate de bienes muebles y en Escritura Pública cuando se trate de bienes inmue-

bles y debiéndose de inscribir en el Registro Público de la Propiedad del lugar del bien. Salvo pacto en contrario, la anotación preventiva, en dicho registro, tendrá la vigencia de un año.

Artículo 2247.—El Contrato de Promesa termina cuando se cumple con la celebración del Contrato futuro. En caso de incumplimiento en el Contrato de Promesa unilateral, el juez firmara el Contrato futuro. Y en el Contrato de Promesa bilateral se estará a lo ordenado por el artículo 1949.

Doctor Bernardo Pérez Fernández del Castillo, muchas felicidades.