

**HOMENAJE AL DOCTOR
JOEL CHIRINO CASTILLO
POR EL COLEGIO DE PROFESORES
DE DERECHO CIVIL
FACULTAD DE DERECHO-UNAM**

**COORDINADOR
EDUARDO GARCÍA VILLEGAS**

**COLEGIO DE PROFESORES
DE DERECHO CIVIL. FACULTAD
DE DERECHO. UNAM**

HOMENAJE AL DOCTOR
JOEL CHIRINO CASTILLO

HOMENAJE AL DOCTOR
JOEL CHIRINO CASTILLO
POR EL
COLEGIO DE PROFESORES DE
DERECHO CIVIL
FACULTAD DE DERECHO-UNAM

Coordinador
EDUARDO GARCÍA VILLEGAS

COLEGIO DE PROFESORES
DE DERECHO CIVIL FACULTAD
DE DERECHO-UNAM

México 2018

HOMENAJE AL DOCTOR
JOEL CHIRINO CASTILLO

COLEGIO DE PROFESORES DE
DERECHO CIVIL

FACULTAD DE DERECHO-UNAM

Primera edición: 2018
Homenaje al doctor Joel Chirino Castillo

Copyright © 2018
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	IX
Miguel Ángel Beltrán Lara	
AJUSTES A LAS REFORMAS DE 2016 AL CÓDIGO NAPOLEÓN, EN MATERIA DE DERECHO DE LOS CONTRATOS Y DEL RÉGIMEN GENERAL DE LAS OBLIGACIONES, POR LA LEY 2018-287.....	1
Jorge Alfredo Domínguez Martínez	
ANTONIO DÍAZ SOTO Y GAMA, NOTARIO	19
Ángel Gilberto Adame López	
COMPRAVENTA DE COSA AJENA NATURALEZA JURÍDICA EN EL DERECHO MEXICANO	29
Flavio Galván Rivera	
EL DIVORCIO NOTARIAL, UNA AMABLE ELECCIÓN	63
Olga Sánchez Cordero Dávila de García Villegas	
EL LAVADO DE DINERO Y EL APOYO DEL NOTARIADO AMERICANO PARA SU COMBATE	87
David Figueroa Márquez	
GESTIÓN DE NEGOCIOS	103
Bernardo Pérez Fernández del Castillo	
LA ACCIÓN DISCRIMINATORIA A FAVOR DE LAS MUJERES, DISCRIMINACIÓN, SÍ O NO?	109
Ignacio Soto Sobreira y Silva	
LA ADOPCIÓN EN EL CONTEXTO SOCIAL.....	123
María Teresa Rodríguez y Rodríguez	
LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA ADQUISICIÓN DE BIENES INMUEBLES POR PARTE DE EXTRANJEROS EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA	139
Olga Mercedes García Villegas Sánchez Cordero	

LA JURISPRUDENCIA Y SU IMPACTO EN LA DOCTRINA DE LAS FACULTADES IMPLÍCITAS EN LOS PODERES GENERALES PARA ACTOS DE ADMINISTRACIÓN	161
Juan Antonio Chirino Sprung	
LAS COLECCIONES PRIVADAS DE ARTE. SUS DESAFÍOS.....	175
Jorge Sánchez Cordero	
LOS EDIFICIOS PESADOS DE LA CIUDAD DE MÉXICO CONSIDERADOS COMO COSAS PELIGROSAS CONFORME A LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA O DEL RIESGO CREADO	201
Rafael Manuel Rocher Gómez	
MANTENIMIENTO DE LA PAZ Y SEGURIDAD INTERNACIONALES.....	209
Alfonso Tirso Muñoz de Cote Otero	
MATRIMONIO ANTE NOTARIO	221
Carlos Correa Rojo	
OBLIGACIONES DEL NOTARIO EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE LAVADO DE DINERO.....	247
Eduardo García Villegas	
SOBRE EL CONCEPTO DE COSA EN LA TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS REALES	261
José Joaquín Herrera Villanueva	

PRESENTACIÓN

Miguel Ángel Beltrán Lara¹

En el Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México somos sabedores de la importancia de agradecer, reconocer y valorar a aquellos Maestros que han hecho de ésta la Escuela de Derecho más importante de México y una de las mejores del mundo.

En esta ocasión, hemos decidido homenajear al Doctor Joel Chirino Castillo. Consideramos que la mejor manera de hacerlo es con la publicación de este libro, que reúne diversos artículos jurídicos escritos, todos ellos, por destacados abogados y amigos del Doctor Chirino, quienes tuvieron la oportunidad de ser ya sea sus alumnos o compañeros de trabajo.

Este homenaje fue iniciativa de otro gran maestro: Don Eduardo García Villegas. Su idea fue acogida con gran beneplácito en el seno del Colegio. Fueron muchos quienes se ofrecieron para escribir un artículo, todos pensando en reconocer y agradecer al Doctor Chirino.

Tiene en sus manos el lector una valiosa herramienta de actualización jurídica, temas novedosos que invitan a la reflexión, al debate, a la creación jurídica; no me referiré en estas líneas a los artículos ni a sus autores: os invito a leerlos y a comentarlos. El nombre de los escritores nos da la idea de la calidad de los artículos, su lectura lo reafirma.

Quisiera mejor referirme al Doctor Chirino y, de inmediato, en mi mente la mención de las palabras “Doctor Chirino” me suena rara, pues siempre lo pienso como una persona cálida, amable, cercana: siempre lo pienso como “Joel”.

Joel nació en la Ciudad de México, el 21 de Septiembre de 1940, sin embargo, él siempre especifica que nació en el pueblo de Santa María Azcapotzalco, que entonces no formaba parte de la gran Ciudad, sino que, efectivamente, era un pueblo ubicado en una zona lacustre, formando parte de lo

¹ Notario público número 169 de la Ciudad de México. Presidente del Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la UNAM.

que algún día fue el Lago de Texcoco, en la actual Iztapalapa. Ahí, en ese campirano lugar, rodeado de agua, de sembradíos de maíz y de frijol y de paseos a caballo, transcurrió la infancia de Joel.

Hijo de Doña Luz María Castillo Montes y de Don Juan Chirino Medina, Joel aprendió de sus padres la importancia del trabajo constante y dedicado. Con base en el esfuerzo, su padre llegó a ser propietario de unas minas de arena y, posteriormente, Gerente de la Oficina Matriz del Nacional Monte de Piedad.

Fue precisamente un problema jurídico relativo a las minas de arena de su padre lo que motivó a Joel a dejar el pueblo e ir a la Ciudad a estudiar Derecho, sin embargo, nunca ha olvidado sus orígenes. Pocos saben que Joel es autor de un libro en honor a su pueblo, que lleva por título *Aztahuacán, donde ya no volarán las garzas*.

El joven Joel obtuvo el título de Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, con una tesis novedosa, relativa a la Responsabilidad de los Estados por las Explosiones Nucleares. Posteriormente, obtuvo el grado de Doctor en Derecho con Mención Honorífica también por la Universidad Nacional Autónoma de México.

En el ámbito académico, el Doctor Chirino empezó a dar clases como adjunto del gran Maestro y Notario, Jorge Sánchez Cordero y, posteriormente, ya como profesor titular, siempre en su *alma máter*, impartiendo las materias de Contratos Civiles, Obligaciones y Derecho Civil en general.

Son más de 53 años los que lleva el Maestro Chirino dando clases aquí en su Facultad; incontables alumnos han aprendido de él, no sólo temas jurídicos, sino a conducirse con rectitud y honorabilidad, a hablar correctamente

Siempre elegante, con sus trajes perfectamente cortados, sus camisas impecables y corbatas muy bien combinadas, el Maestro Chirino atiende a su clase con puntualidad envidiable, escucha a sus alumnos, resuelve sus dudas y les proporciona, además, una gran cantidad de datos históricos y culturales los cuales se deben a que el Maestro Chirino es un apasionado de la historia en concreto de la historia de México. Es por ello que el Maestro Chirino tiene una importante colección de piezas arqueológicas prehispánicas, claro está, debidamente registrada como colección privada ante el Instituto Nacional de Antropología e Historia (INAH). Quizá su gran afición por la Historia de México, se deba a que Joel nació un 21 de Septiembre (día de la Consumación de la Independencia).

Sin embargo, la historia de México, al decir de sus hijos, no es la mayor afición de Joel, pues la Historia queda a un lado si se trata de degustar la comida mexicana: el mole, la cochinita pibil, los huauzontles, los romeritos, son la verdadera perdición de Joel.

Pero no todo en la vida del Maestro Chirino es México: el día 13 de septiembre de 1965 (casualmente, el día conmemorativo a los Niños Héroes), se casó con el amor de su vida, Joyce Ann Sprung Kristiansen, norteamericana y madre de sus hijos, Juan Antonio, abogado, Joel Kenneth, dentista, Ruby Ann, médico, y José Luis, ingeniero químico, todos ellos orgullosamente egresados de la Universidad Nacional Autónoma de México, padres y madre de los 9 nietos de Joel y Joyce.

En el ámbito profesional, Joel empezó a trabajar como pasante con el ya mencionado Don Jorge Sánchez Cordero y, posteriormente, hizo su práctica notarial en la Notaría 15 de esta Ciudad, a cargo de Don Eduardo García Villegas.

El Doctor Chirino obtuvo la patente de Notario 90 de la Ciudad de México, mediante el examen de oposición correspondiente el 8 de enero de 1993. Desde entonces, el Notario Chirino es titular de una Notaría ordenada, en donde se hacen escrituras con toda pulcritud y claridad. Nunca ha tenido una queja. A Joel lo que más le gusta de ser Notario es el trato con la gente, resolver sus consultas, ayudarles a resolver sus problemas.

Además del libro antes mencionado, relativo a su querido pueblo de Santa María Aztahuacán, el Doctor Chirino es autor de varios cuentos que aún no ha publicado, está preparando su libro de Obligaciones, ha escrito una cantidad importante de artículos jurídicos, tanto para la Facultad de Derecho como para el Colegio de Notarios, y desde luego, de su obra más importante, su libro de Contratos Civiles, texto obligado para alumnos y abogados, el cual vio su primera edición en 1986, y que el propio Maestro actualiza constantemente.

Por todo lo anterior es que el Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México dedica este homenaje al Doctor Joel Chirino Castillo, a quien todos quienes hemos tenido el honor de conocerlo, vemos en él a un gran maestro, gran abogado, gran Notario, pero, sobre todo, lo vemos como lo que todos quisiéramos ser algún día: una buena persona.

HOMENAJE AL DOCTOR
JOEL CHIRINO CASTILLO

AJUSTES A LAS REFORMAS DE 2016 AL CÓDIGO NAPOLEÓN, EN MATERIA DE DERECHO DE LOS CONTRATOS Y DEL RÉGIMEN GENERAL DE LAS OBLIGACIONES, POR LA LEY 2018-287

Jorge Alfredo Domínguez Martínez¹

I. PRESENTACIÓN

La Ordenanza 131 del 10 de febrero de 2016, trajo consigo modificaciones substanciales al Libro Segundo del Código Napoleón, con nuevos Títulos III (De las Fuentes de las Obligaciones); IV (Del Régimen General de las Obligaciones) y IV-Bis (De la Prueba de las Obligaciones), del Libro Tercero (De los diferentes modos de adquirir la propiedad). Su contenido inició vigencia el 1º de octubre de ese año.

En el citado Título III se regula, en primer lugar, al Contrato (Sub-título I) con disposiciones relativas a la teoría general del mismo, comprensivas de la presentación de sus elementos estructurales; de lo correspondiente a nulidad; caducidad; interpretación; efectos; duración cesión; incumplimiento y consecuencias por ese incumplimiento. El Sub-título II está destinado a regular la responsabilidad extracontractual; el Sub-título III, por su parte, norma las otras fuentes de las obligaciones, como son la gestión de negocios; el pago de lo indebido y el enriquecimiento injustificado.

El Título IV, por su parte, etiquetado como del régimen general de las obligaciones, contiene todo lo relativo a las modalidades de estas (condición, término, pluralidad de objetos y de sujetos), así como a las denominadas Operaciones sobre Obligaciones, con la regulación de la cesión de crédito y de la de deuda; a la novación y a la delegación. Igualmente regula las acciones para el acreedor y los distintos supuestos de la extinción de las

¹ Notario Público número 140 de la Ciudad de México.

obligaciones, como son entre otras, el pago, la confusión, la compensación, la remisión de deuda y la imposibilidad de cumplir. El último capítulo de ese Título IV lo destina a las restituciones que circunstancialmente deben hacerse los partícipes en una obligación.

El Título IV-Bis presenta todos los medios de prueba admitidos; como tales están las distintas manifestaciones de las pruebas por escrito; la prueba testimonial, la confesional, la presuncional y el juramento. Su contenido, por cierto, permaneció intocado por las modificaciones en estas líneas atendidas, de allí su omisión en el intitulado con el que este trabajo se presenta.

El material resultante y puesto en vigencia, según dije, en octubre de 2016, fue materia de una revisión, cuyo resultado ha sido una serie de ajustes, los cuales aparecen en la Ley 287 de 20 de abril de 2018 para iniciar vigencia el 1º de octubre de este mismo año. En términos generales, se trata de modificaciones que van desde hacer una mera aclaración o probablemente corregir un simple error de impresión, hasta reformas substanciales con un tratamiento mejorado en el contenido de la disposición correspondiente, siempre en busca de una mayor precisión, y equilibrio entre los sujetos llamados en los supuestos de la norma, pero vistas en conjunto, unas con otras de esas modificaciones, bien pueden caer sobre el común denominador calificado como ajustes a las reformas 2016, tal como se señala al intitular el material contenido en estas líneas.

Concretamente son veintiuna las disposiciones tocadas por los ajustes apuntados. Cada precepto de los afectados será presentado en los apartados inmediatos posteriores, con el señalamiento al inicio de una indicación, así sea breve, del sitio que ocupa en el ordenamiento así como de su entorno; su texto original proveniente de 2016 y su concordante de 2018 en cuyo texto se marcarán con cursivas y negrillas la modificaciones hechas, para concluir en cada caso con la glosa motivada por la confrontación de ambos textos, para así aquilar con mayores herramientas su calificación.

Solo me resta rogar tener en cuenta, por una parte, que ya en ocasión anterior presenté y glosé, de las reformas de 2016, los artículos del 1100 al 1187;² y además, que en obvio de repeticiones, para hacer referencia a si el texto del precepto correspondiente es de 2016 o de 2018, para brevedad en algunos casos, simplemente mencionaré uno o el otro año de los mencionados.

² “Comentarios a las reformas al Código Napoleón en la formación, la validez, la nulidad y la caducidad del contrato”, en *Revista Mexicana de Derecho*, Número 18, del Colegio de Notarios del Distrito Federal, México, 2016, pp. 3 y ss.

II. TEXTOS DE 2016 Y DE 2018. SU GLOSA

Artículo 1110

Definidor del contrato de libre negociación y del contrato de adhesión, situado entre los preceptos correspondientes a las clasificaciones de los contratos;

1110 (2016).	1110 (2018).
<p>El contrato de libre acuerdo es aquel en el que las estipulaciones son libremente negociadas entre las partes.</p> <p>El contrato de adhesión es aquel en el que las condiciones generales, ajenas a toda negociación, son determinadas con antelación por una de las partes.</p>	<p>El contrato de libre acuerdo es aquel en que las estipulaciones son <i>negociables</i> por las partes.</p> <p>El contrato de adhesión es aquel <i>que contiene un conjunto de cláusulas no negociables, predeterminadas por una de las partes</i>.</p>

COMENTARIOS

“Le contrat de gré a gré...”; con esta fórmula, en su idioma original, inicia el texto del precepto expuesto; bien puede traducirse por “contrato de libre acuerdo”, pero una traducción que se ufane de ser literal podría ser de voluntad a voluntad. El concepto legal dispuesto en el primer párrafo tanto del precepto de 2016 como en el de 2018, para el contrato de acuerdo libre es similar y hasta equivalente uno con otro, pues se negocia lo negociable; lo susceptible de negociación es lo negociable, lo cual explica y justifica, dicho sea de paso, la calificación adecuada del negocio jurídico, tan difícil entender para algunos, como aquella especie del acto jurídico resultado del poder del particular de autorregulación precisamente por ello dicho acto se caracteriza por la libre negociabilidad habida en su gestación y en su ejecución, con tan solo el orden público como límite. Se trata de estipulaciones libremente negociadas; así se les entiende porque son susceptibles de negociarse.

En cambio, en su segundo párrafo la disposición 2016 alude a condiciones generales, pero estas son las reglas a tomarse en cuenta en las futuras contrataciones en particular, y así dichas reglas, aunque íntimamente relacionadas porque son presupuestos del clausulado del contrato, no son las cláusulas mismas. Con mejor tino 2018 alude a que las cláusulas no son negociables pues precisamente no son objeto de negociación pues han sido determinadas previamente por una de las partes, lo cual se traduce en una limitación a la libertad contractual.

Artículo 1112

Con esta disposición inicia la sección correspondiente a la formación del contrato; concretamente la subsección correspondiente; en concreto lo relativo a las negociaciones o tratos.

1112 (2016).	1112 (2018).
<p>La propuesta inicial, las discusiones y la ruptura de las negociaciones precontractuales son libres. Deben ser en todo caso de buena fe.</p> <p>La reparación de los perjuicios que resulten por no conducirse de buena fe en las negociaciones, no puede tener por objeto compensar la pérdida de las ventajas esperadas del contrato no concluido.</p>	<p>La propuesta inicial, las discusiones y la ruptura de las negociaciones son libres. Deben ser en todo caso de buena fe.</p> <p>La reparación de los perjuicios que resulten por no conducirse de buena fe en las negociaciones no puede tener por objeto compensar la pérdida de las ventajas esperadas del contrato no concluido <i>ni la pérdida de la oportunidad de obtener tales ventajas</i>.</p>

COMENTARIOS

En términos generales, del contenido de la disposición se desprende la mayor importancia reconocida a la libertad de las partes en cuanto a los tratos, pero reitera la imposición ordenada por el nuevo artículo 1204 de una conducción jurídicamente aceptable en la negociación, al deber ser de buena fe bajo cualquier circunstancia.³

El enriquecimiento en 2018 fue acompañar a la pérdida de las posibles ventajas que hubiere traído consigo la celebración del contrato abortado, la también pérdida de la oportunidad de obtenerlas, en su exclusión de la posibilidad de sumarse a todo aquello que se lista en la cuantificación de lo indemnizable; ello se entiende adecuado, pues ambos conceptos están en la realidad sujetos a una subjetividad mayor a la posibilidad de cuantificación por depender de factores inclusive ajenos a las consecuencias mismas de la celebración no llevada a cabos; esas posibles ventajas o desventajas son factores ajenos a la juridicidad estricta consecuencia de la relación contractual.

Artículo 1117

Su texto aparece entre las disposiciones rectoras de la oferta y su aceptación para la celebración del contrato.

³ De conformidad con el artículo 1104 resultante de las reformas de 2016, “los contratos deben ser negociados, celebrados y ejecutados de buena fe. Esta disposición es de orden público”.

<p>1117 (2016). La oferta caduca a la expiración del plazo fijado por el oferente o, en su defecto, al transcurrir un plazo razonable. También caduca en caso de incapacidad o muerte del oferente.</p>	<p>1117 (2018). La oferta caduca a la expiración del plazo fijado por el oferente, o en su defecto, al transcurrir un plazo razonable. También caduca en caso de incapacidad o muerte del oferente <i>o de muerte de su destinatario</i>.</p>
--	--

COMENTARIOS

Un primer comentario a propósito del precepto en su texto 2016 intocado en 2018 en su primer párrafo, se dirige a la posición distinta del ordenamiento francés a la del nuestro. Como se recordará, según el artículo 1809 del código local, supuesta la aceptación ya muerto el oferente, pero ignorado ello por el aceptante, obliga a los sucesores de aquel a sostener y cumplir con la oferta. El Código Napoleón, en cambio, hace dejar sin efectos la oferta no solo de morir, sino hasta de caer el oferente en incapacidad. Además, ahora se le suma a todo ello la muerte del destinatario de la oferta.

Artículo 1137

Definidor del dolo como vicio del consentimiento, sumado como tal al error y a la violencia.

<p>1137 (2016). El dolo es lo hecho por un contratante para obtener el consentimiento del otro por maniobras o engaños. También es dolo el ocultamiento intencional de uno de los contratantes, de una información que sabía era determinante para el otro contratante.</p>	<p>1137 (2018). El dolo es lo hecho por un contratante para obtener el consentimiento del otro por maniobras o engaños. También es dolo el ocultamiento intencional de uno de los contratantes, de una información que sabe que es determinante para el otro contratante. <i>Por contra, no es dolo que una de las partes no revele a la otra parte el valor en el que estima la prestación.</i></p>
--	---

COMENTARIOS

Por esas maniobras, esos engaños y esos ocultamientos como manifestaciones del dolo a las cuales el precepto hace referencia en el primer párrafo de sus dos versiones, se provoca error en el paciente que vicia su voluntad en tanto sea determinante para manifestar su participación en el contrato con la aceptación en sus

términos, de manera que de no haber incurrido en ese error no hubiera contratado. El dolo en sí mismo no es un vicio del consentimiento; lo es el error sufrido a consecuencia del dolo. En realidad, como bien se ha dicho, el dolo, aisladamente considerado es un medio para hacer incurrir en error⁴ y de darse esa conducta dolosa permite presumir a este.⁵

Ahora bien, por otra parte, el agregado en 2018 de ese quinto párrafo es interesante y atinado.

En realidad, las satisfacciones; los gustos; la utilidad; el agrado y hasta las ganancias por lo accesible que le resulte a alguien celebrar un contrato en tales o cuales condiciones, son de su esfera estrictamente interna y no tienen por qué revelarse a la otra parte, por ende, quien no las exteriorice en nada falta a la apertura exigida en la contratación, pues se trata de su pleno fuero interno. Que alguien al contratar los guarde para sí, no tiene por qué implicar un ocultamiento.

Artículo 1143

Ofrece los caracteres de la etiquetada por el foro “violencia económica” como una manifestación de este vicio.

1143 (2016).	1143 (2018).
También hay violencia cuando una de las partes, abusando del estado de dependencia de la otra parte, obtiene de esta un compromiso que no habría asumido si no hubiera experimentado miedo, y que genera para aquella una ventaja claramente excesiva.	También hay violencia cuando una de las partes, abusando del estado de dependencia de la otra parte, <i>para con ella</i> , obtiene de aquella un compromiso que dicha parte no habría asumido si no hubiera estado en esa situación, y que genera para aquella una ventaja claramente excesiva.

COMENTARIOS

De conformidad con el artículo 1140, “hay violencia cuando una parte se obliga bajo la presión de una coacción que le inspira el miedo de exponer su persona, su fortuna o la de sus familiares próximos, a un mal considerable”, de allí el inicio del precepto ahora en glosa, en cuanto que “también hay violencia ...”. Esta última disposición y las relacionadas con la misma orillan a las consideraciones siguientes:

1^a Reitero mi punto de vista según el cual, así como el error es el vicio del consentimiento y el dolo y la mala fe son sus agentes, el miedo es el vicio, bien sea es-

⁴ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones Civiles*, 6^a ed., Oxford, México, 2010, p. 116.

⁵ Así lo hace notar PAREJO GUZMÁN, María José, *El vicio de la voluntad denominado dolo en el Derecho Civil español y en el Derecho Canónico*, 1^a ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 109.

pontáneo o provocado por la violencia. El error trae consigo la falta de conciencia de la voluntad que lo sufre y el miedo la falta de libertad en la misma.⁶

2^a Insisto igualmente en la distinción de grado observada entre el temor y el miedo; con independencia a cualquier otra consideración, el temor es de un mal futuro y lejano, comparativamente al mal en el miedo que si bien es al mismo tiempo de un mal futuro, es inminente;⁷

3^a Desde una primera ocasión⁸ al término en francés *la crainte* la traduce como *miedo* en una presentación del artículo 1140, pues si bien el primer significado del vocablo en español es *temor*, dicho término del francés puede tenerse precisamente también como *miedo*, pues ofrece sinonimia con temor, lo cual me resulta favorable a los puntos de vista vertidos al respecto en el inciso inmediato anterior;

3^a Concretamente respecto del artículo 1143 blanco principal de esta glosa, cabe apuntar lo siguiente:

A) Se tiene a la disposición como la consagración legal de la *violencia económica* acuñada en la jurisprudencia;⁹

B) La adición en 2018 fue simplemente para no dejar al aire, como estaba, la dependencia de la víctima a que el precepto aludía en su texto de 2016 en virtud de lo impersonal de esa referencia original, y fijarla en relación con la otra parte contratante;

C) Es destacable que el valor jurídico protegido es el equilibrio en las prestaciones, pues lo contrario, tal cual aparece al final del precepto (ventaja claramente excesiva) hace lesivo al contrato en el cual se diera el supuesto.

Artículo 1145

En el precepto se señalan los alcances de la capacidad tanto de las personas físicas como de la morales.

1145 (2016).	1145 (2018).
Toda persona física puede contratar salvo en casos de incapacidad prevista en la ley. La capacidad de las personas morales se limita a los actos que fueren útiles para la realización de su objeto tal cual se define en sus estatutos y a los actos relacionados, con apego a las reglas aplicables a cada uno de ellos.	Toda persona física puede contratar salvo en los casos de incapacidad previstas por la ley. La capacidad de las personas morales está limitada <i>por las</i> reglas aplicables a cada una de ellas.

⁶ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil*, Parte general, Personas, Cosas, Negocio jurídico e Invalidez, 14^a ed., Editorial Porrúa, México, 2016, pp. 587 y ss.

⁷ *Ibid.*, pp. 606 y ss.

⁸ Observación de DAIGRE, Jean Jacques, *Code camparé et annoté de la réforme du droit des contrats*, Legi Team Éditeur, Paris, 2016, p. 45.

⁹ Acerca de la cesión de contrato, en DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil, Obligaciones*, 1a. ed, Editorial Porrúa, México, 2018, pp. 520 y ss.

COMENTARIOS

En el primer párrafo del precepto está señalado puntualmente el principio general conforme al cual, en tratándose de las personas físicas, la regla general es en el sentido de que se tiene capacidad para contratar, y por ello, la excepción debe estar señalada en la ley (así lo reconoce y dispone el artículo 1798 de nuestro Código Civil).

En lo correspondiente a las personas morales, el Código Napoleón carecía en su origen de una disposición alusiva a su capacidad; en 2016 apareció prevista en el precepto que nos ocupa, el cual, como puede observarse, finca el supuesto en “los actos útiles” al objeto de la persona moral, tal como está definido en sus estatutos; el legislador de 2018 corta por lo sano y se concreta a señalar como circunscriptoras a las reglas aplicables a cada persona moral.

Artículo 1161

Es la última disposición del capítulo relativo a la representación y prevé impedimentos a la actuación del representante por intereses opuestos, bien sea de sus representados entre sí o bien sea con él.

1161 (2016).	1161 (2018).
Un representante no puede actuar por cuenta de las dos partes del contrato, ni puede contratar por cuenta propia con su representado. En este caso, el acto otorgado es nulo, salvo disposición en contrario de la le ley o del representado, o si este lo ha autorizado o ratificado.	<i>En tratándose de la representación de las personas físicas, un representante no puede actuar por cuenta de dos o más partes contratantes que tengan intereses opuestos, ni contratar por cuenta propia con su representado.</i> En este caso, el acto otorgado es nulo, salvo disposición en contrario de la le ley o del representado, o si este lo ha autorizado o ratificado.

COMENTARIOS

En 2016 se impedía la actuación del representante simplemente por cuenta de dos representados; en 2018 aclara razonablemente que el impedimento procede limitado a las representación de las personas físicas; además, no solo si se trata de dos representados sino que pueden ser más, pero al mismo tiempo lo condiciona a oposición entre sus intereses, de manera que si tales intereses son coincidentes la prohibición no opera.

Artículo 1165

Aparece en la sección correspondiente al contenido del contrato con una pluralidad de referencias a las características de las como son su respeto

obligado al orden público; su existencia futura; su posibilidad; etc., así como el tratamiento legal de algunas de ellas.

1165 (2016).

En los contratos de prestación de servicios, a falta de acuerdo de las partes antes de su ejecución, el precio puede ser fijado por el acreedor quien deberá explicar el monto en caso de impugnación. Si abusa en la fijación del precio, el Juez puede admitir una demanda por el resarcimiento de daños y perjuicios.

1165 (2018).

En los contratos de prestación de servicios, a falta de acuerdo de las partes antes de su ejecución, el precio puede ser fijado por el prestador quien deberá explicar el monto en caso de impugnación. *En caso de abuso en la fijación del precio, el juez puede admitir una demanda tendiente a obtener el pago de los daños e intereses, y en su caso, la resolución del contrato.*

COMENTARIOS

Es interesante como la fijación de la prestación puede, ante la falta de acuerdo de las partes, facultar unilateralmente a la otra; influye la familiaridad de esta con el asunto, pues normalmente corresponde a su actividad profesional; sin embargo, 2018 enriquece el contenido de la norma, con la condena al abuso del prestador del servicio de que se trae, con la correspondiente responsabilidad indemnizatoria a su cargo y la posibilidad de demandar la resolución del contrato; en ello el texto original era omiso.

Artículo 1171

Se ubica también en la sección correspondiente al contenido del contrato con las diversas manifestaciones de la prestación; dispone el tratamiento legal a las cláusulas lesivas en un contrato de adhesión.

1171.

En un contrato de adhesión, cualquier cláusula que traiga consigo un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes contratantes se tiene por no puesta.

La apreciación del desequilibrio significativo no se relaciona ni con el objeto principal del contrato ni con la adecuación del precio a la prestación.

1171.

En un contrato de adhesión, cualquier cláusula *no negociable, determinada con antelación por una de las partes*, que traiga consigo un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, se tiene por no puesta.

La apreciación del desequilibrio significativo no se relaciona ni con el objeto principal del contrato ni con la adecuación del precio a la prestación.

COMENTARIOS

La amplitud observada en 2016, se limita en 2018 a tener por no puesta en un contrato de adhesión, solo aquella o aquellas cláusulas que precisamente hagan calificar al contrato como tal; es decir, las cláusulas no negociables y preestablecidas por una de las partes; no todo el clausulado de uno de estos contratos; así, lo dispuesto en el precepto no le es aplicable a lo negociable.

Artículo 1216-3

Forma parte de las disposiciones rectoras de la “cesión de contrato”, tema incorporado al ordenamiento a partir de las reformas aquí presentadas.

1216-3 (2016). Si el cedente no ha sido liberado por el cedido, subsistirán las garantías otorgadas. En caso contrario, las garantías otorgadas por terceros no subsisten, salvo que estos lo acepten. Si el cedente es liberado, sus codeudores solidarios deducirán de su deuda la parte objeto de esa liberación.	1216-3. Si el cedente no fue liberado por el cedido, subsistirán las garantías otorgadas. En caso contrario, las garantías otorgadas por <i>el cedente o</i> por terceros no subsisten, salvo que estos lo acepten. Si el cedente es liberado, sus codeudores solidarios deducirán de su deuda la parte objeto de esa liberación.
---	--

COMENTARIOS

El precepto presentado, tal como se ha indicado, forma parte del catálogo correspondiente a “la cesión de contrato”, con los alcances señalados en el artículo 1216, conforme al cual, “un contratante, el cedente, puede ceder su calidad de parte en el contrato a un tercero, el cessionario, con el consentimiento de su cocontratante, el cedido”; en otra ocasión he presentado el tema,¹⁰ ausente de nuestro código y de incorporación en el ordenamiento francés en 2016.

Como es observable, el precepto que nos ocupa supone una cesión de contrato en la cual el cedente tiene otorgadas ciertas garantías al cedido; si este no liberó al cedente de tales garantía, estas subsisten y por el contrario, de haberse dado tal liberación, subsistirán en todo caso desde 2016, si los terceros garantes lo consintieron y desde 2018, también las constituidas por el cedente.

Artículo 1217

Situado al inicio de las disposiciones correspondientes al incumplimiento del contrato, el precepto enumera las acciones que puede llevar a cabo el

¹⁰ *Derecho de Obligaciones*, 17a. ed., Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 148 y ss.

perjudicado por el incumplimiento total o parcial por alguien a quien corresponda ser el deudor en la relación.

<p>1217 (2016).</p> <p>La parte a la que lo acordado no se le ha cumplido o que se le ha cumplido parcialmente, podrá:</p> <ul style="list-style-type: none">- negarse a cumplir o suspender el cumplimiento de lo que del acuerdo es a su cargo;- demandar el cumplimiento de la obligación;- pedir una reducción del precio;- demandar la resolución del contrato- demandar el resarcimiento de las consecuencia generadas por el incumplimiento. <p>Las sanciones compatibles pueden acumularse. Los daños y los intereses podrán en todo tiempo exigirse adicionalmente.</p>	<p>1217 (2018).</p> <p>La parte a la que lo acordado no se le ha cumplido o que se le ha cumplido parcialmente, podrá:</p> <ul style="list-style-type: none">- negarse a cumplir o suspender el cumplimiento de lo que del acuerdo es a su cargo;- demandar el cumplimiento de la obligación;- obtener una reducción del precio;- demandar la resolución del contrato- demandar el resarcimiento de las consecuencia generadas por el incumplimiento. <p>Las sanciones compatibles pueden acumularse. Los daños y los intereses podrán en todo tiempo exigirse adicionalmente.</p>
---	--

COMENTARIOS

La disposición conserva el texto de 2016 casi en su totalidad, salvo lo señalado en cuanto a la reducción del precio, la que en la disposición original podía solicitarse y de 2018 en adelante puede obtenerse. Ciertamente hay una diferencia marcada entre uno y otro de los señalamiento; no es lo mismo el derecho a solicitar que el derecho a obtener; una solicitud llevada a cabo, como derecho, no prejuzga sobre si será o no concedida; en cambio, la obtención como derecho trae consigo hacer efectivo el equilibrio pretendido por el precepto de las prestaciones a favor del perjudicado, por el incumplimiento total o parcial de la otra parte.

Artículo 1221

Incorpora en ley la exigencia del cumplimiento de la prestación “al natural”.

<p>1221.</p> <p>El acreedor puede, a partir de la mora de su deudor, exigir el cumplimiento forzoso, tal cual es la prestación a cargo de este, salvo si dicho cumplimiento es imposible o si existe una desproporción manifiesta entre la carga del deudor y el beneficio para el acreedor.</p>	<p>1221.</p> <p>El acreedor puede, a partir de la mora de su deudor, exigir el cumplimiento forzoso, tal cual es la prestación a cargo de este, salvo si dicho cumplimiento es imposible o si existe una desproporción manifiesta entre la carga del deudor <i>de buena fe</i> y el beneficio para el acreedor.</p>
---	--

COMENTARIOS

El precepto de glosa en este apartado forma parte de la subsección 2 (*L'execution forcée en nature*) de la sección V (*L'inexecución du contrat*), del capítulo IV (*Les effects du contrat*), del Título II (*Des sours d'obligations*) del Libro Tercero (*De los diferentes modos de adquirir la propiedad*) del ordenamiento francés. Al respecto viene al caso el señalamiento en cuanto a la ubicación expuesta, especialmente por la alusión expresa habida al intitulares la sección correspondiente a la de una ejecución “en nature”.

Su traducción literal sería “en naturaleza”, entendiendo como si se trata de un cumplimiento forzoso al natural, lo que me ha permitido considerar la fórmula como la he señalado en el texto del precepto, es decir, que ese cumplimiento debe ser tal cual es la prestación a cargo del deudor.

La mora de una de las partes abre la posibilidad, sin limitación alguna, a favor de la otra parte, de exigir el cumplimiento forzado de la totalidad de la prestación debida, salvo la imposibilidad de cumplimiento o, en su caso, una diferencia exagerada en lo que es a cargo del moroso, al ser considerablemente más oneroso lo soportado por la otra parte; la reclamante. A partir de 2018 la última salvedad apuntada procederá solo si el deudor, además de soportar una carga desproporcionada es de buena fe.

Merece la pena dejar constancia de las consideraciones de LASARTE y O'CALLAGHAN, a propósito del cumplimiento *in natura*.

“La denominada ejecución forzosa en forma específica —comenta a propósito LASARTE— consiste en obtener judicialmente la prestación tal y como quedó prefijada en el título constitutivo de la obligación: así, por ejemplo, el Juez, actuando en nombre de Vicente, acabaría por ordenar el otorgamiento de escritura pública de compraventa en favor de Carlos”.

“El supuesto apenas ejemplificado, de cierta frecuencia práctica, es denominado en el artículo 708 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil ‘condena a la emisión de una declaración de voluntad’: ‘Cuando una resolución judicial o arbitral firme condene a emitir una declaración de voluntad, transcurrido el plazo de veinte días que establece el artículo 548 sin que haya sido emitida por el ejecutado, el Tribunal, por medio de auto, resolverá tener por emitida la declaración de voluntad’.”

“Dado que, finalmente, el acreedor consigue en tal caso el cumplimiento o ejecución de la prestación prevista en la obligación, se habla en casos de esta índole, también, de *cumplimiento in natura*”.¹¹

“Cuando se produce el incumplimiento de la obligación imputable al deudor —señala por su parte O'CALLAGHAN— éste incurre en responsabilidad la cual se hace efectiva, en primer lugar y como regla, imponiendo el cumplimiento forzoso

¹¹ *Compendio de Derecho Civil*, 6a. ed., T. II. Derecho de Obligaciones, DIJUSA, Madrid, 2009, pp. 182 y ss.

en forma específica que consiste en proporcionar al acreedor la misma prestación que era el objeto de la obligación. Es la llamada también ejecución *in natura* por la que se consigue plenamente satisfacer el interés del acreedor”.

“Esto se obtiene, o bien conminando al deudor para que ejecute exactamente la prestación (así, en sentencia condenatoria), o bien, ejecutándolo a su costa (así, en ejecución de sentencia se toma la cosa del deudor y su entrega al acreedor, o se ejecuta pagándola el deudor)”.

“La ejecución *in natura* será posible según el caso concreto, pero, en general, se puede distinguir la obligación de dar, la de hacer y la de no hacer”.

“En la obligación de dar, si es de cosa determinada o específica que está en el patrimonio del deudor, se puede obtener coactivamente en proceso (ejercicio de una acción) tal como se expresa en el artículo 1096, párrafo 1.º, del Código civil. Si es cosa indeterminada o genérica y se halla en el patrimonio del deudor, el acreedor también podrá exigir (en proceso) coactivamente su entrega; de no hallarse, podrá exigir (dispone el art. 1096, 2.º) *que se cumpla la obligación a expensas del deudor*, es decir, se adquiere la cosa a costa del deudor y se entrega al acreedor. Es el caso tan frecuente de obligaciones dinerarias, cuyo deber de entregar la suma de dinero, si no se cumple, se cumple a su costa, a través de embargo”.

“En la obligación de hacer, si se trata de *hechos personalísimos* (así, obligaciones *intuitu personae*, art. 1161) no cabe la ejecución *in natura* (contrato de obra de tal pintor para pintar un retrato). Si son *hechos no personalísimos*, cabe la ejecución *in natura: se mandará ejecutar a su costa*, dice el artículo 1098” (10).

Artículo 1223

Corresponde a la sección de la reducción del precio y con lo dispuesto se busca un equilibrio sobrevenido.

1223 (2016).	1223 (2018).
<p>El acreedor puede, después de haber incurrido el deudor en mora, aceptar la ejecución imperfecta de la prestación y pedir una reducción proporcional del precio.</p> <p>Si aún no ha pagado, el acreedor notificará de inmediato su decisión de reducir el precio.</p>	<p><i>En caso de cumplimiento parcial de la prestación, el acreedor puede, una vez requerido el cumplimiento, y si él a su vez aún no ha pagado todo o parte de la prestación a su cargo, aceptar un cumplimiento imperfecto y notificar al deudor su decisión de reducir proporcionalmente el precio. La aceptación del deudor de la reducción del precio debe constar por escrito.</i></p> <p><i>Si el acreedor ya pagó, a falta de acuerdo entre las partes, él puede demandar judicialmente la reducción del precio.</i></p>

COMENTARIOS

Con independencia a lo dispuesto en 2016, lo cual, si bien tiene la misma orientación que lo previsto en 2018, esto último se presenta considerablemente enriquecido. Como fuere puede tratarse de una manifestación de esa interdependencia, por lo menos en relación con sus alcances, de las prestaciones observada en el sinalagma funcional, pero al mismo tiempo, la anunciada posible reducción del precio, ofrece también pensar en buscar el equilibrio perdido en el monto de las respectivas prestaciones para superar la posible lesión provocada por ese desequilibrio.

Artículo 1304-4

Ubicado en la parte relativa a la regulación de la obligación condicional, y contiene la posibilidad de renunciar cuando lo es en beneficio, con sus salvedades.

1304-4 (2016). Cualquiera de las partes puede renunciar a la condición pactada en su interés exclusivo, hasta en tanto no se haya cumplido.	1304-4 (2018). Cualquiera de las partes puede renunciar a la condición pactada en su interés exclusivo, hasta en tanto no se haya cumplido <i>o no haya quedado sin efecto</i> .
---	--

COMENTARIOS

El agregado de 2018, según el cual, la parte favorecida por una condición en su exclusivo interés puede renunciar a ella, simplemente reconoce la necesidad de la existencia de la condición pues si ya se cumplió (2016) o ya quedó sin efecto (2018) son causas de su extinción; de esa manera, en tal supuesto se renunciaría a lo que no se tiene.

Artículo 1305-5

Último de la sección correspondiente a las obligaciones a término; dispone los efectos individuales de la caducidad del plazo.

1305-5 (2016) La caducidad del plazo a un codeudor es inoponible a los demás obligados, lo mismo que a los obligados solidarios.	1305-5 (2018). La caducidad de un plazo a un codeudor es inoponible a los demás obligados, lo mismo que a los obligados solidarios <i>y a sus fiadores</i> .
--	--

COMENTARIOS

La adición de 2018 es una nueva manifestación de suma de supuestos pues agrega a los fiadores de un codeudor como a quienes no se les opone que este haya dado lugar a la pérdida del plazo a su favor.

Artículo 1327

Le da entrada a la regulación de la cesión de deuda.

1327 (2016). El deudor puede, con el consentimiento de su acreedor, ceder su deuda.	1327 (2018). El deudor puede, con el consentimiento de su acreedor, ceder su deuda. <i>La cesión de deuda debe constar por escrito, bajo pena de nulidad.</i>
---	--

COMENTARIOS

La cesión de deuda fue incorporada en 2016 al Código Napoleón; no estaba regulada en el ordenamiento; sin embargo se tenía implícita en el sustento del principio según el cual, “Ningún acreedor puede ser obligado a cambiar de deudor”, lo cual se traduce en que si bien no hay tal obligación, sí existe la posibilidad de ceder una deuda y por ende, en el cambio del deudor pero en todo caso siempre y cuando el acreedor consienta en ello.

De una manera u otra, ya incorporada y regulada en el ordenamiento francés a partir de 2016, se le retocó con la exigencia de que la cesión de deuda, y en mi concepto el consentimiento requerido del acreedor, deben constar por escrito, so pena de nulidad de no observarse esa formalidad.

Artículo 1327-1

Del mismo capítulo de la cesión de deuda, supone el consentimiento previo del acreedor.

1327-1. Al acreedor que ha consentido previamente la cesión, o no ha intervenido en ella, no se le puede oponer o hacérsele valer sino desde el día en que le es notificada o tiene conocimiento del acto.	1327-1. Al acreedor que ha consentido previamente la cesión, <i>y</i> no ha intervenido en ella, no se le puede oponer o hacérsele valer sino desde el día en que le es notificada o tiene conocimiento del acto.
--	---

COMENTARIOS

La modificación al precepto en cuanto a que los supuestos en los cuales le resulta oponible la cesión de deuda al acreedor solo a partir de que le es notificada son además de haberla permitido previamente deberá no haber intervenido en ella aclarar la disyunción errónea del texto original.

Artículo 1328-1

En el mismo capítulo de la cesión de deuda, señala el destino de las garantías del deudo y de terceros, según la actitud del acreedor al respecto.

<p>1328-1 (2016).</p> <p>Cuando el deudor original no ha sido liberado de la deuda por el acreedor, las garantías subsisten. De haberse dado tal liberación, las garantías otorgadas por terceros subsistirán solo con el consentimiento de estos.</p> <p>Si el cedente de la deuda ha sido liberado, sus codeudores solidarios se mantendrán obligados, deducción hecha de la parte objeto de esa liberación.</p>	<p>1328-1 (2018).</p> <p>Cuando el deudor original no ha sido liberado de la deuda por el acreedor, las garantías subsisten. De haberse dado tal liberación, las garantías otorgadas <i>por el deudor original o</i> por terceros subsistirán solo con el consentimiento de estos.</p> <p>Si el cedente de la deuda ha sido liberado, sus codeudores solidarios se mantendrán obligados, deducción hecha de la parte objeto de esa liberación.</p>
---	---

COMENTARIOS

Resulta claro que de no tener lugar la liberación de las garantías, estas subsistan, y por el contrario de haber sido liberadas, sbsistitaira solo si el garante lo consiente. De 2016 en adelante la disposición se ha referido a garante tercero; en 2018 se señaló adicionalmente al deudor principal.

Artículo 1343-3;

Dentro de las disposiciones correspondientes a las obligaciones de dinero ordena cómo deben ser cumplidas en Francia y señala salvedades.

<p>1343-3 (2016).</p> <p>El pago, en Francia, de una obligación en dinero se hará en euros. Si embargo, el pago puede tener lugar con otra divisa, si la obligación asumida proviene de un contrato internacional o de una resolución judicial dictada en el extranjero.</p>	<p>1343-3 (2018).</p> <p>El pago, en Francia, de una obligación cuyo objeto sea una suma en dinero se hará en euros.</p> <p>Sin embargo, el pago puede tener lugar con otra moneda, si la obligación asumida proviene de un contrato internacional o de una resolución judicial dictada en el extranjero. Las partes pueden convenir que el pago sea en divisas si quienes intervienen son profesionales, cuando el uso de una moneda extranjera es comúnmente admitida para la operación de que se trate.</p>
---	---

COMENTARIOS

La disposición de 2018 aparece considerablemente redondeada en comparación con la de 2016. El siempre en crecimiento desarrollo comercial, industrial y financiero con tanto intercambio internacional, requiere una apertura como la mostrada en el precepto resultante, cuya intención es prever cuanta posibilidad de pago en moneda, pudiera tener lugar en el territorio francés, sin ser tampoco ilimitada sino limitada a supuesto especiales, algunos personales y otros de respeto a principios internacionales.

Artículo 1347-6

Forma parte del capítulo de la compensación; permite a los coobligados oponerla si el deudor la tiene pasa con su acreedor.

<p>1347-6 (2016).</p> <p>El fiador puede oponer al acreedor la compensación habida entre este y el deudor principal.</p> <p>El deudor solidario puede hacer valer la compensación tenida lugar entre el acreedor y alguno de sus coobligados para hacer deducción de la parte que le corresponde del total de la deuda.</p>	<p>1347-6 (2018).</p> <p><i>El fiador puede oponer la compensación de lo que el acreedor debe al deudor principal.</i></p> <p><i>El deudor solidario puede hacer valer la compensación de lo que el acreedor debe a uno de los coobligados para deducirla de la parte que le corresponde del total de la deuda.</i></p>
--	--

COMENTARIOS

Es interesante como quienes son copartícipes, como deudores, sean fiadores o deudores solidarios pueda oponer la compensación de lo que el acreedor común llegare a adeudar al deudor o a uno de los deudores. Así se desprende de los artículos 2199 de nuestro código respecto del fiador, pero contra lo establecido en el siguiente, conforme al cual “el deudor solidario no puede exigir compensación con la deuda del acreedor a sus codeudores”.

Artículo 1354-4

Señala el máximo de lo restituible por un menor o por un incapacitado.

<p>1352-4 (2016).</p> <p>Las restituciones debidas a un menor no emancipado o a un incapacitado se reducirán al provecho que este ha obtenido del acto anulado</p>	<p>1352-4. (2018)</p> <p>Las restituciones debidas por un menor no emancipado o por un incapacitado tendrán como límite máximo el provecho que este hubiere obtenido del acto anulado.</p>
---	--

Como puede verse, el cambio de 2016 a 2018 es drástico; es exactamente al contrario; la versión modificada aludía a restituciones al menor no emancipado o al mayor protegido eran las tasadas, lo cual resultaba absurdo. El texto actual reconduce la disposición y se refiere a las restituciones a llevarse a cabo por tales sujetos, ambos objeto de protección personal y patrimonial. En tales condiciones supuesta la nulidad del acto correspondiente, los efectos restitutorios que genere contra los menores y los mayores indicados se limitan estrictamente a lo recibido, sin prestación adicional alguna.

ANTONIO DÍAZ SOTO Y GAMA, NOTARIO

Ángel Gilberto Adame López¹

Antonio Díaz Soto y Gama figura en la historia de México como uno de los principales colaboradores de Emiliano Zapata y como el ideólogo más importante del agrarismo. Nació el 17 de diciembre de 1880 en la capital del estado de San Luis Potosí. Estudió la primaria en el Instituto de la Inmaculada Concepción. Posteriormente ingresó a la escuela preparatoria del Instituto Científico y Literario de su entidad natal, en donde cursó también sus estudios en Derecho en la Escuela de Jurisprudencia, titulándose en febrero de 1901 con la tesis *Breves consideraciones sobre la importancia del municipio*, misma que, pese a haber sido redactada por un joven recién egresado, ya daba muestras de su madurez intelectual y de su férreo compromiso con la probidad:

Siempre será químico pensar que, por efecto de leyes, de declamaciones o de instituciones teóricamente planteadas, se conviertan en ciudadanos esos hombres que, si de jóvenes solo se ocupan en noviazgos enfermizos o en báquicas aventuras, al llegar a la madurez buscan sólo tener repleto el bolsillo e impresionado sabrosamente el paladar, y al ser viejos, no hallan mejor ni más útil entretenimiento que dedicarse a rezar por la salvación de su alma. Mal puede infiltrarse el espíritu público en seres cuya ocupación y cuidados predilectos son, unas veces, la cantina, el billar, la tanda o la cita amorosa; o a la inversa, la combinación financiera que ha de procurarles una talega más de pesos o una dosis más de comodidades; o también, y con frecuencia, la combinación política, sucia mixtura de humillaciones y de halagos, que ha de acarrearles, para el hijo mayor, un empleo lucrativo pero infamante: para sí mismos, una curul grotesca y soporífera, y para sí mismos, para sus hijos, para su familia y para su nombre; el deshonor social, la vergüenza eterna y el más soberano desdén de los hombres dignos y de los hombres honrados.

¹ Notario Público número 233 de la Ciudad de México.

El diario *La Patria*, propiedad del reconocido periodista Ireneo Paz, publicó el 22 de ese mes una felicitación al “joven Soto y Gama por haber obtenido su título de abogado”.²

Desde que era estudiante, Soto y Gama ya mostraba ideas sólidas de revolucionario, impulsando el progreso político a través de la “educación a las masas”. Así, justo antes de iniciar su vida profesional se incorporó como vicepresidente del Club Liberal Ponciano Arriaga de San Luis Potosí. Con ese carácter y amparado por el lema “Reforma, Unión y Libertad”, expidió un “Manifiesto a la Nación” el primero de marzo de 1901, el cual circuló impreso.³

Mes y medio después de la expedición del manifiesto, sin que se conociera el motivo de la solicitud, el presidente pidió al gobernador informes acerca de las personas que integraban el mencionado Club y los puestos que tenían.⁴ Esa fue la primera vez que Porfirio Díaz escuchó de Soto y Gama. La respuesta del Ejecutivo no se hizo esperar y de inmediato instruyó al gobierno local separar de sus cargos a los empleados de la administración del estado que tomaban activa participación en los trabajos del Club.⁵

Soto y Gama, en respuesta, se manifestó en contra de las autoridades, lo que le costó la libertad por cuatro meses, pues fue aprehendido por ultrajes al Presidente de la República.⁶ Tiempo después viajó a Estados Unidos para continuar su lucha contra Díaz. Sin embargo, dados los apremios económicos de su familia, regresó a México en 1904, siendo el año en que iniciaría su carrera notarial.⁷

En contraste con la Ley Orgánica de Notarios y Actuarios del Distrito Federal de 1867, la Ley del Notariado de 1901 instauró novedades como la exigencia del título de abogado para obtener la patente de notario; la incompatibilidad de la función notarial con el ejercicio profesional de la abogacía; la pertenencia obligatoria al Colegio de Notarios y el uso de protocolos; el carácter del notario como funcionario público y la creación del Archivo General de Notarías. Para ese año había alrededor de 50 notarios y el Ejecutivo

² VILLEGAS MORENO, Gloria, *Antonio Díaz Soto y Gama, intelectual Revolucionario*, UNAM, México, p. 77.

³ *Idem*, p. 82.

⁴ *Ibidem*, p. 83.

⁵ *Idem*.

⁶ AZUELA, SALVADOR, “En los ochenta años de Soto y Gama”, *El Universal*, 19 de marzo de 1960.

⁷ Véase CASTRO SUÁREZ, Carlos Francisco, “Dos notarios que dejaron huella”, *Escriva. Revista del Colegio de Notarios del Estado de México*, México, número especial, 2010.

era el único autorizado para abrir nuevas oficinas en las localidades que así lo requirieran.

Como consecuencia de esas novedades en el corpus jurídico, surgió la figura del adscrito, auxiliar en la función notarial cuyo desempeño era reconocido por el titular de la notaría. Aquél podía suplir las faltas de éste por licencia, enfermedad o ausencia, según disponía el artículo 26. El mismo numeral prescribía que “La responsabilidad del adscripto en todos estos casos, se reputa legalmente asegurada con la garantía que cubre al propio Notario”.

A diferencia de la Ley Orgánica de 1867, en la que se podía conferir provisionalmente a un pasante de abogado que cumpliera con los requisitos de las fracciones 2 y 4 del artículo 7 (ser mexicano y tener buena salud), la figura del adscrito demandaba especialización y experiencia. En la época porfirista la élite política resultaba ser, en gran medida, una élite cultural, en la cual los abogados, médicos e ingenieros acapararon casi la totalidad de los puestos. A la cabeza, en un 57% estaban los juristas: abogados y notarios. A partir de 1901 se aceleró el proceso de formación y preparación académica de los notarios así como el control de la actividad de éstos por parte del Estado.

El principal requisito para detentar la adscripción era poseer la patente de aspirante, lo cual requería, de acuerdo con el artículo 18 de la nueva ley, haber realizado prácticas en una notaría de la ciudad durante más de seis meses, ser abogado recibido, ser mexicano por nacimiento, haber aprobado el examen práctico y haber hecho la solicitud correspondiente al Ministerio de Justicia.

El examen se aplicaba ocho días después de ingresada la solicitud previo cumplimiento de los demás requisitos. La aprobación del mismo estaba sujeta a la deliberación positiva mayoritaria del jurado, que se integraba por el ministro de Justicia o su representante, el presidente del Consejo de Notarios y tres notarios nombrados por éste. El aprobado podía trabajar como adjunto de notario siempre que éste lo solicitara a la autoridad competente, según lo establecía el artículo 24.

Los requisitos para acceder al notariado eran: haber cumplido 25 años, no tener enfermedad habitual que impidiera el ejercicio de la función, acreditar tener y haber tenido buena conducta; haber obtenido la patente como aspirante y estar vacante alguna de las notarías existentes. Luego del nombramiento, era necesario dar fianza de cinco mil pesos si el cargo era en la capital; proveerse en el Archivo General de Notarías del sello y libros del protocolo; registrar la firma y el sello; y prestar la protesta legal ante el titular de Justicia.

La primera vez que se hizo mención de Soto y Gama en un instrumento notarial fue como testigo en la escritura número cinco de fecha 26 de septiembre de 1904, perteneciente al protocolo del licenciado Manuel Ruiz Sandoval, titular de la notaría 54 de la Ciudad de México,⁸ misma que se encontraba en la calle de Escalerillas número 1. Desde entonces inició sus actividades en esta oficina, a cuyo titular conocía desde los tiempos en que estudió en San Luis Potosí. Apenas había transcurrido un año de su incursión en la práctica notarial cuando, recién cumplidos los 25, siendo un abogado soltero y con domicilio en la quinta calle de la Magnolia número 50, fue nombrado adscrito del propio Ruiz Sandoval.⁹ Dicho acontecimiento se publicó en el *Diario Oficial* el día 17 de marzo de 1905 y su primera escritura con ese carácter de adscrito fue la número 150 de fecha 23 de marzo del mismo año, en la cual dio fe de una compraventa a nombre de Howard E. Hickman.

En abril, el notario Ruíz Sandoval solicitó una licencia para separarse del cargo por 29 días, por lo que en la escritura 160 ya aparece Soto y Gama como suplente en el protocolo, y sigue así hasta la escritura 335 de fecha 20 de noviembre del mismo año, en la cual figura una vez más la firma del notario titular. Ruiz Sandoval se ausentó otra ocasión el 22 de mayo de 1906 y reapareció el 19 de junio para otorgar sólo 2 escrituras y volver a ausentarse diez días después. Un acta firmada bajo la fe de Soto y Gama en 1908, que hizo constar las declaraciones que otorgó el señor Mariano Gerardo López, sirvió como prueba documental definitiva para acreditar el nacimiento y la nacionalidad de Adolfo López Mateos, cuando la candidatura de este último a la presidencia fue desacreditada por sus opositores aduciendo que había nacido en Guatemala.¹⁰

Ricardo Flores Magón escribió que, en los años de mayor despotismo del porfiriato mantuvo contacto con Soto y Gama, quien decidió abrazar el notariado a costa de la lucha democrática, pues aseguraba que “el pueblo no

⁸ AGUILAR MOLINA, Víctor R., “Ley del Notariado para el Distrito y Territorios Federales de 1901”, *Revista Mexicana de Derecho*, Colegio de Notarios del Distrito Federal, núm. 12, México, 2010, p. 29.

⁹ Es muy probable que Manuel Othón Ruiz Sandoval, juez de primera instancia número 13 del estado de Morelos y quien dio fe de la muerte de Emiliano Zapata, haya sido hijo del mencionado notario, y que su amistad con Soto y Gama se remonte igualmente a su periodo universitario.

¹⁰ GÓMEZ GALLARDO LATAPÍ, Juan; SÁNCHEZ RUIZ, Javier, “En busca de las huellas documentales de una familia presidencial mexicana: los López Mateos”, *Estudios de Historia Moderna y Contemporánea de México*, UNAM, núm. 51, enero-junio, 2016.

entendía”,¹¹ es decir, que la población era incapaz de abrir paso a sus libertades civiles renunciando al paternalismo de don Porfirio. Por ende, Soto y Gama siguió siendo adscrito hasta el 27 de octubre de 1911, cuando el presidente interino Francisco León de la Barra lo nombró notario titular en el Partido Judicial de Tacubaya, uno de los cuatro en que estaba dividido el Distrito Federal, junto con los de México, Tlalpan y Xochimilco.

El 10 de noviembre, Jesús Flores Magón, amigo suyo y el único miembro de la connotada familia que se había plegado al gobierno interino y ejercía como subsecretario de Justicia, certificó su nuevo encargo en el Diario Oficial de los Estados Unidos Mexicanos:

Secretaría de Estado y del Despacho de Justicia —México— Mesa del Notariado y Registro Público.

El ciudadano Presidente de la República ha tenido a bien acordar se expida nombramiento de Notario del Partido Judicial de Tacubaya en favor del aspirante al ejercicio del Notariado C. Lic. Antonio Díaz Soto y Gama.

Lo comunico a usted para su publicación.

Libertad y Constitución.¹²

Siguiendo el proceso, luego se le hizo de los instrumentos notariales:

México, once de noviembre de mil novecientos once. En virtud de haber sido nombrado por el señor presidente interino de la República, Notario del Partido Judicial de Tacubaya el Ciudadano Licenciado Antonio Díaz Soto y Gama, cuyo nombramiento me fue comunicado por la Mesa del Notariado y Registro Público bajo el número 337 con fecha del 27 de octubre último, le hago entrega conforme al inventario respectivo, de este protocolo, así como los sellos del mismo y de los demás documentos pertenecientes a dicha Notaría, hasta hoy en que dejo cumplidos los requisitos que enumera la ley del notariado, como previos al ejercicio de las funciones del cargo de notario.¹³

Pero no es sino hasta el 13 de noviembre, unos días después de que Madero asumiera la presidencia, que Soto y Gama tomó posesión como notario en la oficina vacante por la muerte del licenciado Ricardo Pérez y Arguera, quien había fallecido el 22 de septiembre de ese año.

Su aceptación está en el volumen 17 de su protocolo, en la página 183, la cual transcribo a continuación:

¹¹ FLORES MAGÓN, Ricardo, *Regeneración* (1912), Obras completas 9, CONACULTA, México, 2004, p. 334.

¹² *Idem*.

¹³ *Diario Oficial de los Estados Unidos Mexicanos*, tomo CXVII, 9 de noviembre de 1911, p. 131.

...En la Ciudad de Tacubaya...

A trece de noviembre de noviembre de 1911, yo, el licenciado don Antonio Díaz Soto y Gama, notario público encargado de la notaría del Partido Judicial de Tacubaya, por nombramiento del ejecutivo, en virtud del fallecimiento del Señor Notario Ricardo Pérez, me hago cargo de la expresada notaría con esta fecha, y en esa virtud empiezo a utilizar con arreglo a la ley, el presente libro, o sea el décimo séptimo del protocolo de la referida Notaría; en testimonio de lo cual sello y firmo la presente razón para los efectos legales.

Sello y firma...

En la Ciudad de Tacubaya

A las seis y media de la tarde del día quince de noviembre de noviembre de 1911.

Aunque abrazó el notariado como un sendero profesional, retomó la pasión política y siguió participando en la conformación de distintas asociaciones. Su primera escritura fue la número 1052 (un testamento) de 15 de noviembre de 1911 y la última fue la 1793 de fecha 9 de mayo de 1914, luego de la cual solicitó una licencia hasta el 2 de agosto. Cumplida la fecha límite, no retomó sus funciones y se avocó de lleno a la causa zapatista.

El 17 de noviembre se publicó en el *Diario Oficial “El Constitucionalista”* el cesamiento de sus funciones. En consecuencia, fue sustituido por el licenciado José Rodríguez Gil. Dos días antes se había llevado a cabo la entrega de su protocolo al Archivo General de Notarías, en la página 230 del volumen 22 del mismo, se explica que la consignación se llevó a cabo por cesamiento del cargo.

La decisión de Soto y Gama respecto a su alejamiento del notariado fue congruente con sus principios. De hecho, todas las actuaciones de Rodríguez Gil fueron declaradas nulas, al igual que todos los actos realizados por la administración de Victoriano Huerta. Lo anterior se oficializó mediante una circular distribuida por la Secretaría de Justicia.¹⁴

Años después Soto y Gama fue entrevistado por James D. Cockcroft y en su relatoría le comentó que había trabajado en el mismo bufete de abogados que José Vasconcelos.¹⁵ En los múltiples escenarios que sorteó a lo largo de su trayectoria política, Soto y Gama recordaba con orgullo que, aunque estuvo en el ejercicio del notariado por poco tiempo, su formación le permitió

¹⁴ “Quiénes son los notarios cuyos actos están declarados nulos”, *El Pueblo*, 4 de agosto de 1916.

¹⁵ COCKROFT, James D., *Precursoros intelectuales de la Revolución Mexicana: 1900-1913*, Siglo XXI Editores, Madrid, 2002, p. 156.

tener un panorama más amplio del marco jurídico nacional.¹⁶ De hecho, dentro de los objetos que conservó hasta el final de su vida se encontraba su sello notarial.

Ya integrado de lleno al movimiento zapatista, hizo una defensa apasionada del ejido. En su elocución resonó su convicción de que la propiedad debía tener fines más elevados que los que se habían concedido para la misma en la tradición romana. Desde su punto de vista, era posible alcanzar un equilibrio entre la propiedad privada y la necesidad de su socialización para el beneficio de una comunidad:

La institución ejidal, en vez de matar la iniciativa individual, la deja subsistir íntegramente; puesto que al garantizar a cada poseedor el libre disfrute de su lote, en tanto lo cultive y atienda, estimula los impulsos de progreso y empuja a los usufructuarios a mejorar sus propiedades, con obras de grande aiento, que como las de irrigación y de cultivo intensivo, sólo son realizables cuando tiene el campesino aseguradas la permanencia y la inmutabilidad de su posesión.¹⁷

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR MOLINA, Víctor R., “Ley del Notariado para el Distrito y Territorios Federales de 1901”, en *Revista Mexicana de Derecho*, México, Colegio de Notarios del Distrito Federal, núm. 12, 2010.
- AZUELA, Salvador, “En los ochenta años de Soto y Gama”, *El Universal*, 19 de marzo de 1960.
- CASTRO, Pedro, *Soto y Gama: genio y figura*, UAM, México, 2002.
- CASTRO SUÁREZ, Carlos Francisco, “Dos notarios que dejaron huella”, en *Escriva. Revista del Colegio de Notarios del Estado de México*, número especial, México, 2010.
- COCKROFT, James D., *Precursoras intelectuales de la Revolución Mexicana: 1900-1913*, Siglo XXI Editores, Madrid, 2002.
- Crónicas y debates de las sesiones de la Soberana Convención Revolucionaria (1914-1915), México, 1964, pp. 625 y 628.
- CHICO DE BORJA, María Elena, *Historia del Colegio de Notarios (1792-1980)*, Editorial Porrúa, México, 2009.
- DÍAZ SOTO Y GAMA, Antonio, *Breves consideraciones sobre la importancia del municipio*, Imprenta de Comercio, México, 1901.

¹⁶ Crónicas y debates de las sesiones de la Soberana Convención Revolucionaria (1914-1915), México, 1964, pp. 625 y 628.

¹⁷ DÍAZ SOTO Y GAMA, Antonio, “Ejidalismo y comunismo”, en IGLESIAS GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 189.

- , *Historia del Agrarismo en México*, Era, México, 2002.
- , *La Cuestión Agraria en México*, Pámpano Servicios Editoriales, México, 2014.
- , *La Revolución Agraria del Sur y Emiliano Zapata su caudillo*, INEHRM, México, 1987.
- , *Los Derechos de los pueblos*, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México, 2015.
- FLORES MAGÓN, Ricardo, *Regeneración (1912)*, Obras completas 9, CONACULTA, México, 2004.
- GÓMEZ GALLARDO LATAPÍ, Juan; SÁNCHEZ RUIZ, Javier, “En busca de las huellas documentales de una familia presidencial mexicana: los López Mateos”, Estudios de Historia Moderna y Contemporánea de México, UNAM, núm. 51, enero-junio 2016.
- GÓMEZ GUTIÉRREZ, Octaviano, *Antonio Díaz Soto y Gama*, México, Academia de Historia Potosina, 1978.
- IGLESIAS GONZÁLEZ, Román, *El pensamiento de Antonio Díaz Soto y Gama: a través de 50 años de labor periodística: 1899-1949*, UNAM, México, 1997.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Derecho Notarial*, Editorial Porrúa, México, 1991.
- RÍOS HELLIG, Jorge, *La práctica del Derecho notarial*, McGraw-Hill Interamericana, México, 2017.
- URIBE SALAS, José Alfredo, *Historia económica y social de la Compañía y Cooperativa Minera “Las Dos Estrellas”*, en *El Oro y Tlalpujahua, 1898-1959*, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, México, 2010.
- VILLEGRAS MORENO, Gloria, *Antonio Díaz Soto y Gama, intelectual Revolucionario*, UNAM, México, 2010.

ANEXO 1



ANTONIO DÍAZ SOTO Y GAMA ♦ Adame

27

ANEXO 2



ANEXO 3



COMPRAVENTA DE COSA AJENA NATURALEZA JURÍDICA EN EL DERECHO MEXICANO

Flavio Galván Rivera¹

El estudio propuesto se hace con un criterio substancialmente civilista, a pesar de la naturaleza jurídica polifacética que tiene la propiedad privada, que no es tan sólo un derecho subjetivo de Derecho Civil, es decir, de Derecho Privado, sino incluso un derecho fundamental, un derecho constitucional, un derecho subjetivo público y, más aún, es un derecho humano, previsto y protegido incluso por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En este último aspecto no se debe olvidar que, este derecho real o sobre las cosas, ya estaba enunciado en el artículo 2º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional de representantes del pueblo francés el 26 de agosto de 1789, Declaración que en su numeral 17 establecía: “Siendo inviolable y sagrado el derecho de propiedad, nadie podrá ser privado de él, excepto cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exige de manera evidente, y a la condición de una indemnización previa y justa”.

Es pertinente advertir también que el presente estudio se hace fundamentalmente en el contexto de lo previsto en la vigente Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en el Código Civil Federal; no se lleva a cabo un análisis comparativo con la legislación correlativa de otros países

¹ Presidente del Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, de 2000 a 2010. Profesor de Carrera titular por oposición en la misma Facultad y miembro fundador de su Claustro de Doctores. Profesor visitante de la Escuela Centroamericana de Gobierno y Democracia, con sede en San Salvador, República de El Salvador. Profesor de Postgrado en Derecho de la UNAM y en la Facultad de Derecho de las Universidades Autónomas de Chiapas, Chihuahua, Morelos, Oaxaca y Tamaulipas. Presidente del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de 2006 a 2007 y Magistrado de su Sala Superior de 2006 a 2016.

y tampoco se recurre a la consulta del Código Civil vigente en cada una de las entidades federativas.

Igualmente, se debe señalar que el análisis se efectúa a partir de las reglas y principios aplicables a la Teoría General del Acto Jurídico y/o a la Teoría General del Contrato Civil, como fuente de obligaciones, dado que la compraventa de cosa ajena que se expone es exclusivamente como variante del respectivo contrato civil.

Con el análisis y argumentación expuesto en este trabajo, se trata de: 1) Privilegiar el principio de buena fe, tanto al momento de la celebración del contrato de compraventa como al de su cumplimiento; 2) Respetar la vigencia plena de los principios de certeza y seguridad jurídica; 3) Pugnar por la protección auténtica y eficaz del interés jurídico del propietario, y 4) Procurar la protección y defensa jurídica más amplia de los derechos de los terceros adquirentes de buena fe.

Hechas las precisiones que anteceden, cabe advertir que el análisis del contrato de compraventa de cosa ajena es expuesto en dos apartados, sistemáticamente considerados indispensables e inexcusables, ambos de manera sintetizada. Uno destinado al análisis brevísimo de algunos aspectos fundamentales del contrato de compraventa civil en general, así como de otros subtemas de especial relevancia, en tanto que el segundo apartado tiene como objetivo esencial explicar la naturaleza jurídica de la compraventa civil de cosa ajena en particular.

I. CONTRATO DE COMPROVENTA

Por ser el contrato translativo de propiedad más completo y complejo, el estudio de la compraventa civil no es un tema sencillo y tampoco breve; por tanto, sólo se abordan, superficialmente, algunos subtemas de especial relevancia, para dejar espacio a la exposición del objetivo fundamental, que es la compraventa civil de cosa ajena.

A. DEFINICIÓN

Al explicar el contrato de compraventa, no sólo en el contexto de la vigente legislación civil federal de México, sino de la restante normativa jurídica aplicable, difícilmente se puede ofrecer una definición omnicomprehensiva, por la serie de modalidades que existen, ya sea con relación a los sujetos de Derecho que lo celebran, al objeto directo e indirecto del contrato, a la espontaneidad o necesidad de la manifestación de la voluntad de las

partes, al específico sistema normativo aplicable y otras variantes más, en el estudio integral del contrato enunciado.

Por tanto, sólo en vía de ejemplo se citan las siguientes definiciones, proporcionadas por algunos estudiosos de la materia.

Rafael Rojina Villegas afirma que la compraventa “es un contrato translativo de dominio... contrato por virtud del cual una parte, llamada vendedor, **transmite la propiedad de una cosa** o de un derecho a otra, llamada comprador, mediante el pago de un precio cierto y en dinero”.² (Énfasis del autor suscrito).

Ernesto Gutiérrez y González asevera: “Contrato de compra venta es aquel por medio del cual una persona a la que se designa ‘vendedor’, **se obliga a trasmitir —por regla general—, la propiedad de una cosa material cierta y determinada**, o la titularidad de un derecho inmaterial, a otra a la que se designa ‘comprador’, quien a su vez se obliga a pagar al primero, un precio cierto y en dinero”.³ (Énfasis del autor suscrito).

Para Miguel Ángel Zamora y Valencia, “El contrato de compraventa es aquel por virtud del cual, una persona llamada vendedor **se obliga a entregar una cosa** o a documentar la titularidad de un derecho, a la otra parte contratante, llamada comprador, quien como contraprestación se obliga a pagar un precio cierto y en dinero, y **que produce el efecto translativo de dominio** respecto de los bienes que sean materia del contrato”.⁴ (Énfasis del autor suscrito).

Finalmente, en este estudio, no se puede ni se debe omitir la definición establecida por el legislador, en el artículo 2248 del Código Civil Federal, al tenor siguiente: “Habrá compraventa cuando uno de los contratantes **se obliga a transferir la propiedad de una cosa** o de un derecho, y el otro a su vez se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero”. (Énfasis del autor suscrito).

Al no coincidir con las definiciones citadas, el autor de este opúsculo propone conceptualizar a la compraventa civil como el acuerdo de voluntades por el cual el vendedor, por regla, transmite la propiedad de una cosa presente, cierta y determinada en su individualidad, al comprador, quien se obliga a pagar, como contraprestación, un precio cierto y en dinero.⁵

² ROJINA VILLEGRAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, 3a. ed., Tomo sexto, vol. I, Editorial Porrúa, México, 1977, p. 130.

³ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, 13a. ed., Editorial Porrúa, México, 2001, pp. 1217-1218.

⁴ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, *Contratos Civiles*, 4a. ed., Editorial Porrúa, México, 1992, p. 77.

⁵ Como se puede advertir fácilmente, de la definición propuesta por el suscrito se excluye la compraventa de *derechos*, dada la convicción de que los derechos no son objeto del

De la lectura detallada de las definiciones en cita se puede concluir la diversidad de efectos jurídicos que se reconocen a la compraventa en el Doctrina Mexicana. Para Rafael Rojina Villegas es un contrato que tiene por efecto transmitir el derecho real de propiedad privada sobre la cosa vendida; en cambio, para Ernesto Gutiérrez y González el contrato sólo es obligacional por regla, sólo crea el deber jurídico, obligación dicen casi todos los autores mexicanos, a cargo del vendedor de transmitir la propiedad de la cosa vendida y para Miguel Ángel Zamora y Valencia el contrato crea el deber jurídico para el vendedor de entregar la cosa vendida, además de transferir el derecho real de propiedad.

Para el suscripto, la transferencia *ipso iure* del derecho real de propiedad sólo se da, por regla, cuando la compraventa recae sobre cosas presentes, ciertas y determinadas en su individualidad, lo que implica efectos diferentes para casos excepcionales y para el supuesto de compraventa civil de cosas determinadas sólo en su especie, el Código y la Doctrina se refieren a género.

B. CLASIFICACIÓN

Por regla, al estudiar la clasificación de la compraventa, por razones jurídicas y no históricas, se le ubica como el primero de los contratos translativos de dominio, analizado, por regla también, junto con la permuta, la donación y el mutuo, bajo el rubro común de contratos translativos de dominio. Al caso se debe hacer la precisión de que no son los únicos actos o medios jurídicos, de Derecho Civil, que tienen por efecto la transmisión del derecho real de propiedad privada.

Aun cuando parezca una sutileza, en el tiempo presente, en un Estado de Derecho Constitucional Democrático, como indebidamente se acostumbra decir actualmente, se considera prudente reflexionar si es adecuado hablar de *dominio*, como un derecho privado o si se debe hacer alusión, con mayor pertinencia, al derecho real de propiedad y, por ende, si se debe clasificar correctamente a la compraventa entre los contratos translativos de propiedad privada y no de dominio. Es importante señalar que al derecho de propiedad, en el Derecho Romano, se le identificó con la voz *dominium*,

derecho real de propiedad, son objeto de titularidad; por tanto, pueden ser objeto de un contrato de *cesión onerosa* de *derechos* o, en su caso, de cesión gratuita, pero no objeto de compraventa, por no ser cosas, objetos de derechos reales, como es la propiedad, derecho cuya titularidad se transmite por el vendedor al comprador, como efecto inmediato y directo, de pleno Derecho, de la celebración del contrato de compraventa.

la cual implicaba potestad o señorío sobre cosas y personas; poder que ejercía su titular o *dominus*, que era el jefe o cabeza de la *domus*. Fue hasta el final de la época clásica y en la postclásica cuando se substituyó la voz *dominium* por *proprietas*, identificando con el vocablo *proprietarius* al propietario o titular del derecho de propiedad.

En el presente estudio se hará uso de las voces propiedad y propietario, para aludir al derecho real y a su titular, prescindiendo del vocablo dominio, por considerar que es lo correcto en toda sociedad democrática.

II. COMPRAVENTA DE COSA AJENA

Un principio general del Derecho se encuentra en la letra del artículo 2269 del Código Civil Federal, tan sólo en diez palabras contundentes, lapidarias, que deberían enunciar una regla de conducta jurídica insalvable, inexcusable: “**Ninguno puede vender sino lo que es de su propiedad**”, lo cual, en principio, es congruente con el vigente sistema normativo mexicano y, en especial, con el régimen constitucional en vigor, que instituye y protege el derecho real de propiedad privada, derecho oponible *erga omnes*, que otorga al propietario el poder jurídico que ejerce, de manera inmediata, directa y exclusiva, por regla, sobre una cosa, que lo faculta para usar, gozar y disponer de esa cosa, incluso mediante la transmisión misma del derecho real de propiedad, a título oneroso o gratuito, todo ello conforme a las modalidades y limitaciones previstas en la legislación aplicable. El ejercicio de estas facultades, evidentemente, es con exclusión de todo sujeto de Derecho que no tenga la calidad jurídica de propietario de la cosa.

En este orden de ideas cabe destacar que en el párrafo primero del artículo 27 de la vigente Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se prevé literalmente que: “**La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada**”. (Énfasis del autor suscripto).

Instituido o reconocido constitucionalmente el derecho real de propiedad privada sobre bienes inmuebles, congruente con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Poder Constituyente de 1916-1917 también estableció su protección jurídica, incluso contra la actuación de la autoridad misma; por tanto, en el párrafo segundo del citado numeral 27 constitucional dispuso: “**Las expropiaciones** sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización”.

Con relación a los particulares y a otros actos de autoridad, diferentes a la aludida expropiación por causa de utilidad pública y mediante indemnización, la más amplia protección del derecho real de propiedad privada, en general, tanto de bienes muebles como inmuebles, está prevista en el párrafo segundo del artículo 14 de la invocada Constitución Centenaria, conforme al cual “**Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho**”.

(Énfasis del autor suscrito).

Todavía más, no sólo está proscrita la privación antijurídica del derecho de propiedad privada; este derecho real está constitucionalmente protegido incluso contra indebidos actos de molestia de todas las autoridades. Conforme a lo dispuesto en la parte conducente del párrafo primero del artículo 16 de la Ley Suprema de la Federación Mexicana, “**Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento...**”.

(Énfasis del autor suscrito).

Es verdad que no está literalmente mencionado el derecho real de propiedad privada, en el texto del citado precepto constitucional; sin embargo, ello no es razón jurídica suficiente para establecer o aceptar una excepción o para contravenir lícitamente el principio constitucional de que toda actuación de las autoridades está regida, invariablemente, por el principio de legalidad, de tal suerte que para emitir un acto de molestia, que afecte o pueda afectar el derecho real de propiedad privada de un gobernado, el acto debe emanar siempre de una autoridad competente, que tiene el deber jurídico inexcusable de fundar y motivar adecuadamente el acto de molestia.

En cuanto a los particulares, es la legislación penal, fundamentalmente, la que tiene entre sus objetivos el de tipificar, como delitos, las conductas ilícitas que afecten al derecho real de propiedad privada, derecho que está regulado y protegido también por la legislación civil.

A pesar de que ha quedado precisada la norma prohibitiva aplicable, de indudable interés público, en el sentido de que “**Ninguno puede vender sino lo que es de su propiedad**”, resulta pertinente insistir en que este mandato es un principio general de Derecho, el cual debe ser analizado con todo detenimiento, tomando en consideración sus posibles circunstancias particulares y, por ende, caracterizadoras o diferenciadoras, dado que no siempre es verdad lo enunciado de manera tan genérica, que pareciera no admitir excepción alguna.

En este orden de ideas, se considera conforme a la sistemática jurídica proponer el estudio en dos subapartados, correspondiendo cada uno a una especie jurídicamente diferente de la otra, ambas del mismo género: contrato de compraventa de cosa ajena. Las dos especies enunciadas son: 1) Compraventa de cosa ajena conforme a Derecho, y 2) Compraventa de cosa ajena contra Derecho.

A. COMPRAVENTA DE COSA AJENA CONFORME A DERECHO

De acuerdo con lo previsto en el sistema normativo vigente, existen supuestos jurídicos en los cuales el vendedor, sin ser el propietario de la cosa, objeto indirecto del contrato, está autorizado legalmente para celebrar el contrato de compraventa de cosa ajena; por tanto, no incurre en conducta contraria a Derecho, que pudiera ser motivo de sanción, civil o penal o de ambas especies.

Algunos ejemplos evidentes de este aserto son los siguientes:

1. *Compraventa por el representante voluntario o convencional*

Quien, para tal efecto, está investido de poder jurídico por el propietario de la cosa, con independencia de que se trate de un poder especial, general o general amplísimo, evidentemente está legitimado jurídicamente para celebrar el contrato de compraventa de cosa ajena, precisamente porque actúa en ejercicio o cumplimiento del poder que le ha sido expresamente conferido, por quien, conforme a Derecho, puede disponer de la cosa, incluso para transmitir el derecho real de propiedad.

Por supuesto, en este caso, el apoderado debe actuar en nombre y representación de su poderdante, para lo cual se requiere, por certeza y seguridad jurídica, e incluso por sentido común, especialmente del adquirente, que quede acreditada fehacientemente la existencia del poder, el cual debe ser suficiente jurídicamente para enajenar la cosa ajena o precisamente sólo para esta consecuencia de Derecho.

Similares razonamientos son aplicables para el caso de existir un contrato de mandato,⁶ celebrado entre el sujeto de Derecho que puede disponer de la cosa, incluso para transmitir el derecho real de propiedad, y quien actúa

⁶ Conforme a lo dispuesto en el artículo 2546 del consultado Código Civil Federal, “El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga”. En términos del artículo 2560 del Código en consulta, “El mandatario, salvo convenio celebrado entre él y el mandante, podrá desempeñar el mandato tratando en su propio nombre o en el del mandante”, lo que significa que el mandato puede ser con o sin representación del mandante.

como mandatario, el que, para dar cumplimiento a lo pactado en el contrato de mandato con representación, asume la calidad jurídica de vendedor de la cosa ajena.

2. *Compraventa por representantes legales*

Similar situación se debería explicar respecto de todos los representantes legales, tanto de personas físicas como de personas morales, en cuanto a la enajenación de los bienes propiedad de sus representados, con independencia de los requisitos judiciales o extrajudiciales que deban cumplir en cada caso en particular. En todos estos supuestos se estaría ante la compraventa de cosa ajena, sin incurrir en contravención jurídica alguna por este sólo hecho, esto es, por vender el representante lo que no es de su propiedad sino propiedad de su representado.

Así, se pueden mencionar los casos de quienes ejercen la patria potestad, respecto de los bienes de los menores de edad sujetos a esa institución; similar situación existe con relación a quienes ejercen la tutela, ya sobre menores o mayores de edad con incapacidad de ejercicio, jurisdiccionalmente declarada, siempre que se trate de la compraventa de bienes propiedad del incapaz sometido a tutela.

Otra situación semejante existe en cuanto a los representantes legales de las sociedades mercantiles, como son los presidentes de consejo de administración, el administrador único e incluso los gerentes, tratándose de la compraventa de bienes propiedad de la respectiva persona moral representada.

Análogas consideraciones jurídicas se pueden sustentar respecto del albacea de una sucesión *mortis causa*, testamentaria o intestamentaria, en

En esta materia también se debe tener presente lo dispuesto en los numerales 2553 y 2554 del mismo ordenamiento civil, al tenor siguiente:

Artículo 2553.—El mandato puede ser general o especial. Son generales los contenidos en los tres primeros párrafos del artículo 2554. Cualquier otro mandato tendrá el carácter de especial.

Artículo 2554.—En todos los poderes generales para pleitos y cobranzas, bastará que se diga que se otorga con todas las facultades generales y las especiales que requieran cláusula especial conforme a la ley, para que se entiendan conferidos sin limitación alguna.

En los poderes generales para administrar bienes, bastará expresar que se dan con ese carácter, para que el apoderado tenga toda clase de facultades administrativas.

En los poderes generales, para ejercer actos de dominio, bastará que se den con ese carácter para que el apoderado tenga todas las facultades de dueño, tanto en lo relativo a los bienes, como para hacer toda clase de gestiones a fin de defenderlos.

Cuando se quisieren limitar, en los tres casos antes mencionados, las facultades de los apoderados, se consignarán las limitaciones, o los poderes serán especiales.

Los notarios insertarán este artículo en los testimonios de los poderes que otorguen.
(Énfasis añadido por el autor suscrito)

cuanto a los bienes que constituyen la herencia o de la actuación del síndico respecto del sujeto a quiebra o concurso de acreedores y también del liquidador, este último con relación al sujeto de Derecho sometido a liquidación.

Los supuestos jurídicos se pueden multiplicar, al hacer una revisión integral y detallada del sistema normativo vigente en los Estados Unidos Mexicanos, tanto de Derecho Público como de Derecho Privado o Social, con independencia de que esté contenido en las inconstitucionales leyes generales o en la legislación federal o local o en la normativa municipal aplicable.

Por tanto, quede lo antes enunciado sólo a manera de ejemplo.

3. Pertinente conclusión intermedia

Con independencia de la tesis que se asuma sobre la naturaleza y efectos de la representación o que jurídicamente se considere aplicable al caso concreto o al respectivo supuesto normativo, es claro que el contrato de compraventa que celebra el representante, respecto de la cosa objeto de propiedad de su representado, surte efectos jurídicos en el patrimonio del representado, porque, conforme a Derecho, quien es parte material en el contrato, es decir, quien ha celebrado la compraventa, manifestando su voluntad jurídica, es el representado y no el representante.

Quede hecha la precisión, para todos los efectos jurídicos procedentes.

4. Compraventa por el acreedor prendario respecto de la cosa pignorada

Otro supuesto de contrato de compraventa de cosa ajena que no es contrario a Derecho, a pesar de ser celebrado, como vendedor, por un sujeto diferente al titular del derecho real de propiedad privada, es el que legalmente está autorizado a llevar a cabo el acreedor prendario, respecto de la cosa pignorada o empeñada, cuando el deudor no paga lo debido a su acreedor.

Cabe recordar que el contrato de prenda es el acuerdo de voluntades “...por el que el deudor o un tercero en una determinada obligación entrega al acreedor o a un tercero un bien mueble enajenable y le concede el derecho para hacer vender éste en caso de incumplimiento de dicha obligación y a que con su precio se haga pago de la misma con preferencia a otros acreedores”.⁷

Conforme a lo pactado en el correspondiente contrato de prenda, que es un contrato de garantía, a falta de pago de la deuda principal, garantizada, el acreedor con garantía prendaria puede solicitar, al juez competente, la

⁷ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los Contratos Civiles*, 15a. ed., Editorial Porrúa, México, 1997, p. 477.

venta de la cosa pignorada, la cual se debe llevar a cabo en almoneda pública; sin embargo, el acreedor prendario y quien está facultado para disponer de la cosa empeñada tienen derecho a convenir, de manera expresa, que la cosa, objeto indirecto del contrato de prenda, se enajene extrajudicialmente.⁸

B. COMPRAVENTA ANTIJURÍDICA DE COSA AJENA

El objetivo fundamental del estudio propuesto es el contrato antijurídico de compraventa de cosa ajena, esto es, el que se celebra contra Derecho, el que se lleva a cabo por quien actúa como vendedor sin ser propietario de la cosa vendida, además de no estar autorizado para ello por la ley o por quien puede disponer del derecho real de propiedad sobre la cosa enajenada, según sea el caso. En otras palabras, el estudio enunciado tiene por objeto el contrato de compraventa de cosa ajena que se celebra en contravención del principio constitucional de respeto al derecho de propiedad privada; derecho real del cual, conforme a Derecho, diría Perogrullo, sólo puede disponer su titular, es decir, el propietario material de la cosa.

Al respecto cabe decir que para Miguel Ángel Zamora y Valencia “El contrato de compraventa de cosa ajena es aquel en el cual, la persona que lo celebre como vendedor no es propietaria de la cosa-objeto del mismo en el momento de la celebración del acto, y actúa sin estar autorizado por el dueño del bien ni por la ley, que recae sobre un bien determinado y pretende por ese medio conseguir el efecto traslativo de dominio que es propio del contrato”.⁹

Por tanto, queda incluido en este análisis el contrato de compraventa celebrado por quien fue propietario de la cosa pero que ya no tiene esta calidad jurídica, por haber transmitido con antelación el derecho real de propiedad sobre la cosa que fue suya pero que por su enajenación, onerosa o gratuita, ya es propiedad de otro sujeto de Derecho. En este supuesto queda comprendido el caso de la doble o múltiple compraventa de la misma cosa, mueble o inmueble, por quien tuvo la calidad jurídica de propietario.

Por otra parte, se debe tener presente que la compraventa de cosa ajena, conforme a la explicación propuesta en este apartado, no es un supuesto o

⁸ Al caso es aplicable lo dispuesto en los artículos 2856, 2873, fracción I, 2281 y 2284, del Código Civil Federal, relacionados con lo previsto en los numerales 2323, 2324 y 2325, del mismo ordenamiento legal, que rigen las ventas judiciales.

⁹ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, “La compraventa de cosa ajena”, en SÁNCHEZ CORDERO DÁVILA, Jorge A. (coord.), *Libro del Cincuentenario del Código Civil*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 1978, p. 324.

un caso de excepción o de exclusión de una conducta que contraviene o contradice al Derecho, a partir del argumento inadmisible de que la compraventa no es un contrato translativo de propiedad, sino tan sólo un contrato obligacional, esto es, que por la compraventa el vendedor no transmite la propiedad de la cosa vendida, como efecto inmediato y directo del acuerdo de voluntades de quienes asumen recíprocamente la calidad jurídica de vendedor y comprador, sino que, como era en el Derecho Romano, por la celebración del contrato de compraventa, el vendedor sólo queda obligado, con el comprador, a transmitirle el derecho real de propiedad sobre la cosa vendida.

Tampoco se puede aducir, conforme a Derecho, que la propiedad del vendedor sobre la cosa vendida no es un requisito que deba tener o satisfacer la cosa objeto indirecto de la compraventa, razón por la cual la falta del derecho de propiedad en el vendedor no afecta la existencia y validez del contrato celebrado, dado que, por la compraventa, el vendedor sólo queda obligado a transmitir el derecho real de propiedad sobre la cosa vendida.

En el vigente Derecho Mexicano no se puede acudir válidamente a los inaceptables argumentos jurídicos expuestos en los párrafos precedentes, que bien podrían ser invocados, conforme a Derecho, en otros países, evidentemente, con distintas disposiciones jurídicas en materia de compraventa civil. En México, además de lo previsto en el citado numeral 2248, se debe tener presente lo dispuesto literalmente, de manera clara, precisa, contundente, en el artículo 2014 del Código Civil Federal, al tenor siguiente:

Artículo 2014.—En las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes, por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición ya sea natural, ya sea simbólica; debiendo tenerse en cuenta las disposiciones relativas del Registro Público.

(Énfasis añadido por el autor suscrito)

Lo expuesto significa, por regla, que el contrato de compraventa, en el Derecho Mexicano, no crea sólo el deber jurídico a cargo del vendedor, la obligación dice la mayoría de los autores, de transferir el derecho real de propiedad sobre la cosa vendida; por disposición expresa y clara del Código Civil Federal, por la sola celebración del contrato de compraventa de cosa presente, cierta y determinada en su individualidad, se transmite el derecho real de propiedad sobre esa cosa presente, como consecuencia inmediata y directa del contrato, *ipso iure*, de pleno Derecho, una vez que el contrato ha quedado perfeccionado, es decir, desde el momento mismo en el que las partes, vendedora y compradora, se ponen de acuerdo en cosa y precio, aun cuando la cosa no haya sido entregada y que el precio tampoco hubiere sido pagado.

A lo dispuesto en el transscrito artículo 2014 se debe adicionar lo previsto en el numeral 2249, del mismo Código Civil Federal, conforme al texto siguiente:

Artículo 2249.—Por regla general, la venta es perfecta y obligatoria para las partes cuando se han convenido sobre la cosa y su precio, aunque la primera no haya sido entregada ni el segundo satisfecho.

(Énfasis añadido por el autor suscrito)

Evidentemente, en lo expuesto, aseverado y concluido, se deben tener presentes las excepciones que sean conforme a Derecho. Por citar tan sólo un ejemplo, se debe tener en mente el contrato de compraventa de cosa presente, cierta y determinada en su individualidad, en el cual las partes convengan expresamente que el vendedor se reserve el derecho de propiedad sobre la cosa vendida.¹⁰

Hecha la aclaración precedente, a fin de completar los objetivos propuestos, se deben exponer las soluciones que la Doctrina Jurídica, la legislación y la jurisprudencia han aportado en México, para el supuesto de celebrar un contrato antijurídico de compraventa de cosa ajena. Estas propuestas de solución son: 1) La inexistencia del contrato; 2) La nulidad de la compraventa, y 3) La existencia y validez del contrato.

1. Existencia e inexistencia del contrato

Conforme a la teoría general del contrato civil, en términos de lo dispuesto por el Código Civil Federal, los elementos de existencia del acto jurídico plurilateral en general o del contrato en particular son: 1) Consentimiento; 2) Objeto, y 3) Solemnidad.

¹⁰ Al caso es aplicable lo dispuesto en los numerales 2312, 2313 y 2315, del Código Civil Federal, cuyo texto se reproduce a continuación:

Artículo 2312.—Puede pactarse válidamente que el vendedor se reserve la propiedad de la cosa vendida hasta que su precio haya sido pagado.

Cuando los bienes vendidos son de los mencionados en las fracciones I y II del artículo 2310, el pacto de que se trata produce efectos contra tercero, si se inscribe en el Registro Público; cuando los bienes son de la clase a que se refiere la fracción III del artículo que se acaba de citar, se aplicará lo dispuesto en esa fracción.

Artículo 2313.—El vendedor a que se refiere el artículo anterior, mientras no se venza el plazo para pagar el precio, no podrá enajenar la cosa vendida con reserva de propiedad. Esta limitación de dominio se anotará en la parte correspondiente.

Artículo 2315.—En la venta de que habla el artículo 2312, mientras no pasa la propiedad de la cosa vendida al comprador, si éste recibe la cosa, será considerado como arrendatario de la misma.

(Énfasis añadido por el autor suscrito)

Para la exposición de este tema se tiene presente, fundamentalmente, lo previsto en los artículos 8º, 1792, 1793, 1794, 1796, 1800, 1801, 1803, 1807, 1810, 1824, 1825, 1827, 1828, 1830, 1832, 2011, 2027, 2028, 2224, 2228 y demás aplicables del Código Civil Federal.

El consentimiento, como elemento del acto jurídico plurilateral, es el acuerdo de dos o más voluntades jurídicas, con fines distintos pero coincidentes. Esta coincidencia en los fines es justamente lo que da origen al consentimiento o acuerdo de voluntades.

Las voluntades que se ponen de acuerdo, para dar origen al consentimiento, son la pollicitación, oferta o propuesta y la aceptación. Ambas manifestaciones unilaterales de voluntad deben provenir de sujetos de Derecho, con o sin personalidad jurídica, que tengan capacidad de ejercicio, es decir, que puedan manifestar válidamente su voluntad jurídica, tanto para ejercer sus derechos, por sí mismos, como para cumplir sus deberes jurídicos, también por sí mismos. Quien tiene capacidad de ejercicio puede actuar válidamente por sí mismo o bien por conducto de un mandatario o apoderado; en estos casos, es decir, al celebrar un contrato a nombre de otro, el representante debe actuar en representación del mandante o poderdante, debiendo demostrar fehacientemente esta calidad jurídica.

En cuanto al objeto del contrato se debe precisar que se divide en objeto directo y objeto indirecto. El objeto directo consiste en la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y deberes, si se trata del convenio en sentido amplio, o sólo su creación o transmisión, para el caso del contrato, en tanto que la modificación y extinción de derechos y deberes queda como objeto directo del convenio en sentido estricto.

El objeto indirecto del contrato es todo el objeto de la obligación, que a su vez se divide en directo e indirecto. El objeto directo de la obligación es la conducta que el deudor o sujeto pasivo debe cumplir, ya sea de dar, hacer o no hacer, en tanto que el objeto indirecto de la obligación es la cosa que el deudor debe dar, el hecho que debe hacer, así como la abstención o conducta de no hacer, que debe observar o cumplir el deudor.

Las conductas de dar, a cargo del sujeto pasivo de la obligación o deudor, consiste en la: 1) Translación de la propiedad de cosa cierta; 2) Enajenación temporal del uso de cosa cierta; 3) Enajenación temporal del goce o usufructo de cosa cierta; 4) Restitución de cosa ajena, y 5) Pago de cosa debida.

De la solemnidad se cuestiona si en el Derecho Civil Mexicano existen o no contratos y/o convenios solemnes. Con independencia de ello, por razón de tiempo y espacio, por ahora, cabe señalar que la solemnidad no es otra cosa que la forma especial como se debe celebrar un contrato, que el

ordenamiento jurídico exige para su existencia, en tanto que la formalidad es la forma especial legalmente exigida para la validez del contrato celebrado.

A falta de alguno de los elementos de existencia el acto jurídico que se quiso celebrar dicho acto resulta inexistente, sin que esta situación genere como consecuencia la *nada jurídica*, ante la falta del acto jurídico que se quiso celebrar existirá un acto jurídico diferente o incluso un hecho jurídico, lícito o ilícito, pero no la *nada jurídica*.

a) *Inexistencia por falta de consentimiento*

La falta de consentimiento se puede dar por falta de aceptación del solicitado a la oferta hecha para celebrar un determinado acto jurídico o incluso por falta de pollicitación, por falta de pollicitante o ante el silencio de quien puede asumir esta calidad jurídica. No puede haber consentimiento o acuerdo de voluntades jurídicas cuando no existe uno de los dos elementos volitivos indispensables para el efecto mencionado.

No puede existir la aceptación, que es adhesión lisa y llana a la pollicitación, si no existe previamente la oferta o propuesta necesaria; en tanto que la pollicitación deviene ineficaz si no existe aceptación. Ambas manifestaciones unilaterales de voluntad son indispensables para que haya consentimiento, a falta de uno de los dos elementos volitivos el todo (consentimiento) no existe.

Tampoco surge, al mundo del Derecho, el consentimiento, si en la manifestación de voluntades existe un error obstativo o error obstáculo, ya sea que el falso concepto de la realidad recaiga en la naturaleza del acto jurídico que se pretende celebrar (*error in negotio*) o porque el error incide en la identidad de la cosa, objeto indirecto del acto jurídico que se quiso celebrar (*error in rem*).

En el caso de la compraventa de cosa ajena se puede decir, conforme a Derecho, que es un contrato inexistente por falta de consentimiento, dado que el acuerdo de voluntades, necesario para la existencia del contrato, sólo se puede dar entre el sujeto de Derecho propietario de la cosa, que ha decidido venderla, actuando por sí mismo o por conducto de un representante, y el sujeto de Derecho interesado en adquirir el derecho real de propiedad de esa cosa, a cambio de pagar un precio cierto y en dinero.

Si no es el propietario de la cosa, objeto indirecto del contrato de compraventa, quien manifiesta su voluntad de enajenar su derecho de propiedad sobre la cosa no puede existir el consentimiento, como elemento volitivo indispensable para la existencia del contrato. Conforme a las normas de Derecho, la moral y la lógica, no puede existir acuerdo de voluntades, como elemento de la compraventa, si quien manifiesta la voluntad o determinación de transmitir el derecho real de propiedad no es propietario de la cosa.

Ante la ausencia de manifestación de la voluntad del propietario, en el sentido de querer transmitir su derecho real de propiedad sobre la cosa, objeto indirecto del contrato, el pacto de compraventa de cosa ajena deviene inexistente, como contrato de compraventa, porque falta el consentimiento, por falta de uno de los elementos volitivos para que exista acuerdo de voluntades entre el propietario-vendedor y quien participa como comprador; por tanto, a falta de un elemento de existencia del acto jurídico no se puede producir la consecuencia de Derecho que sería incuestionable en otra circunstancia, esto es, dar origen al contrato de compraventa que se pretendió celebrar (Artículo 2224).

No obstante lo expuesto, la entonces Sala Auxiliar de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el juicio de amparo directo 8925/49, por unanimidad de 4 votos, en sesión de 22 de septiembre de 1952, estableció la tesis aislada consultable en el Semanario Judicial de la Federación, quinta época, volumen CXIII, página 983, con el texto que se reproduce a continuación

VENTA DE COSA AJENA, NULIDAD DE LA (LEGISLACIÓN DE GUANAJUATO).— En los términos del artículo 2831 del Código Civil, **en el caso de compraventa de cosa ajena no hay realmente una inexistencia sino una nulidad**, porque si bien es verdad que la ley establece **como requisito esencial para la existencia de todo contrato el consentimiento** de las partes contratantes, **en la compraventa de cosa ajena aparece el del vendedor, aunque es un consentimiento que no es otorgado por el verdadero dueño**, y es precisamente para remediar tales anomalías, por lo que el invocado precepto sanciona con la nulidad dichos actos, pero al declararlo sólo quiere decir que **no producen el efecto de transmitir la propiedad de la cosa vendida**, pero no que el contrato carezca de todo efecto jurídico, como por ejemplo, la obligación de pagar daños y perjuicios causados por la evicción, el que el contrato pueda ser revalidado, etc. Por tanto, la dicha compraventa de cosa ajena no es un contrato inexistente, sino un contrato nulo, susceptible de revalidarse.

(Énfasis añadido por el autor suscrito).

Los desaciertos contenidos en la tesis son bastante claros, evidentes, de tal suerte que no se requiere mayor explicación.

Sin embargo, el tema que se analiza induce al estudio detallado, cuidadoso, creativo o creador, de un aspecto de suma relevancia que, al parecer, ha estado ausente en la teoría general del contrato, cual es la legitimación de los sujetos de Derecho que, con su voluntad jurídica, participan como partes en la celebración de los contratos.

Es necesario tomar en consideración que resulta insuficiente exigir la capacidad de ejercicio para estar en aptitud jurídica óptima de celebrar todo tipo de contratos. En algunos casos, es indispensable tener una calidad o

situación jurídica específica que permita, que autorice, conforme a Derecho, la celebración de un contrato determinado, específico, sin tener que aludir, como hacen algunos autores, a una capacidad jurídica general y a una capacidad jurídica especial. Este requisito es para los casos complejos, que desbordan los límites de lo común, de lo sencillo o simple, sin llegar a ser casos extraordinarios o excepcionales, son simplemente complejos.

En el caso de la compraventa, al hablar del propietario de la cosa, objeto indirecto del contrato translativo de propiedad, se debe tener presente que es requisito *sine qua non* que el vendedor sea el titular auténtico, verdadero, del derecho real de propiedad, objeto directo del contrato; en consecuencia, es insuficiente la manifestación de la voluntad de quien sólo se ostente como propietario de la cosa sin demostrarlo e incluso resulta insuficiente que el vendedor afirme e incluso compruebe ser formalmente el propietario de la cosa objeto indirecto de la compraventa; es necesario que quien asuma el carácter de vendedor, por derecho propio o por sí mismo, tenga la calidad jurídica de propietario material de la cosa, esto es, que sea realmente el titular del derecho de propiedad sobre de la cosa, al momento de celebrar el contrato de compraventa. Esta aclaración es indispensable por cuanto hace, por regla, a la naturaleza, efectos y características del Registro Público de la Propiedad en México.

Para concluir este párrafo se debe señalar que, al establecer el mencionado requisito de legitimación para contratar, no habría que recurrir al estudio de determinadas incapacidades especiales para contratar y tampoco habría que recurrir al sistema de prohibiciones especiales, cuya contravención genera la ilicitud del contrato, como es el caso de la compraventa de bienes inmuebles celebrada por extranjeros, en su calidad de compradores, en la denominada zona prohibida.

Quede hecho el apuntamiento precedente para la reflexión.

b) *Inexistencia por falta de objeto directo*

Otra solución correcta, adecuada, para el contrato de compraventa de cosa ajena es su inexistencia, como compraventa, por falta de objeto directo.

Si el objeto directo del contrato de compraventa es el derecho real de propiedad sobre una cosa presente, cierta y determinada en su individualidad, resulta incuestionable y requisito *sine qua non*, para la existencia del contrato, que de ese derecho real de propiedad deba ser titular el sujeto de Derecho que asume la calidad jurídica de vendedor, porque sólo así podrá estar en aptitud jurídica de transmitirlo al comprador, a cambio de un precio cierto y en dinero. Si el vendedor no tiene la titularidad de ese derecho real de propiedad no lo puede transmitir al comprador y, por ende, el deno-

minado contrato de compraventa de cosa ajena resulta inexiste, por falta del objeto directo del contrato.¹¹

La sabiduría popular sustenta que para que haya asado de libre se requiere liebre.

Así, parece que el tema no requiere de mayor explicación.

Sin embargo, la Tercera Sala de la Suprema Corte, con una lamentable redacción y peor confusión de conceptos sobre los elementos de existencia y requisitos de validez del contrato, así como a las causas de inexistencia y de nulidad del acto jurídico, propios de su tendencia jurisprudencial, de no admitir que el legislador civil de 1928 asumió la teoría tripartita de la inexistencia y las nulidades, absoluta y relativa, al analizar el contrato de compraventa de cosa ajena, si bien considera, por ejemplo, que el propietario que vende por segunda ocasión la misma cosa carece del derecho de propiedad y, por tanto, que “en realidad no existe... materia del contrato”, en lugar de arribar a la conclusión lógica jurídica de que el contrato es inexistente, por falta de objeto directo, sostiene que el contrato está afectado de nulidad absoluta por ilicitud.

Estos razonamientos se advierten de la lectura de la tesis aislada que estableció, la citada Tercera Sala, al resolver el juicio de amparo directo 7471/65, por unanimidad de 4 votos, en sesión de 21 de junio de 1968, consultable en el Semanario Judicial de la Federación, sexta época, volumen CXXXII, cuarta parte, página 73, con el texto que se reproduce a continuación:

VENTA DE COSA AJENA, NULIDAD ABSOLUTA DE LA.—La venta de cosa ajena es nula y susceptible de revalidación únicamente en el caso de que el vendedor, antes de que tenga lugar la evicción, adquiera, por cualquier título legítimo, la propiedad de la cosa vendida. Esta circunstancia, empero, no impide considerar que se está en presencia de una nulidad absoluta, tanto porque en realidad no existe cosa materia del contrato que por virtud de la transmisión anterior salió del patrimonio del supuesto vendedor, como porque por la índole ilícita, delictuosa y de acto ejecutado contra el tenor de una ley prohibitiva, no puede operar el cumplimiento voluntario del perjudicado ni la ratificación por el comprador.

(Énfasis añadido por el autor suscrito)

Si la materia de la compraventa, que es el derecho real de propiedad, “no existe” en el caso de compraventa de cosa ajena, porque no está en el patrimonio del vendedor, como argumentó, conforme a Derecho, la men-

¹¹ La tesis de la inexistencia de la compraventa de cosa ajena también la asume ÁLVARO REZ DÍAZ, José de Jesús, *La venta de cosa ajena en el Código Civil*, Editorial Porrúa, México, 2007, pp 154 a 161, principalmente.

cionada Tercera Sala, la única conclusión lógica jurídica admisible es declarar la inexistencia del contrato, por falta de objeto directo, dado que no se puede transmitir lo que no se tiene: el derecho real de propiedad.

2. *Nulidad*

Aún cuando por regla se ha explicado que la incapacidad de ejercicio, los vicios de la voluntad y el incumplimiento de la formalidad legalmente establecida, como requisito de validez del acto jurídico, son causa de nulidad relativa¹² del contrato celebrado, en tanto que la ilicitud¹³ causa su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley, lo cierto es que sólo una razón induce a concluir si el contrato nulo está afectado de nulidad absoluta o relativa, esta razón es la posibilidad o imposibilidad jurídica de convalidar el contrato. Si la convalidación es procedente la nulidad es relativa; si la convalidación resulta improcedente la nulidad es absoluta, con independencia de la causa que la motive y de quiénes estén legitimados para invocarla y promoverla.

Por tanto, para diferenciar entre nulidad absoluta y relativa tampoco es suficiente la legitimación para demandar la nulidad. Por regla, se ha sustentado que la nulidad absoluta puede ser invocada por todo interesado y que la relativa sólo por quien resulte perjudicado por la causa de invalidez; sin embargo, se debe tener presente que el incumplimiento de la forma especial, legalmente establecida como requisito de validez del contrato, es causa de nulidad relativa del acto, la cual puede ser invocada por todo interesado, como dispone expresamente el artículo 2229 del Código en consulta, “La acción y la excepción de nulidad por falta de forma compete a todos los interesados”.

Para el tema en estudio es pertinente la cita de la tesis de jurisprudencia número 294, sustentada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en el Apéndice del Semanario Judicial de la Federación 1917-2000, tomo IV, materia civil, página 247, con el rubro y texto siguiente:

¹² El numeral 2228 del Código Civil Federal establece a la letra: “La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión, y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo”.

¹³ Al respecto se debe tener en mente que la ilicitud no siempre es causa de nulidad absoluta del acto jurídico celebrado, dado que el artículo 2225 del Código Civil Federal es claro al establecer que: “La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley”, es decir, a pesar de estar afectado de ilicitud, un acto jurídico puede estar viciado sólo de nulidad relativa y no de nulidad absoluta, si así lo dispone la ley.

NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA.—La nulidad absoluta y la relativa se distinguen en que la primera no desaparece por confirmación ni por prescripción; es perpetua y su existencia puede invocarse por todo interesado. La nulidad relativa en cambio no reúne estos caracteres. Sin embargo, en ambas el acto produce provisionalmente sus efectos, los cuales se destruyen retroactivamente cuando los tribunales pronuncian la nulidad.

Finalmente, es necesario y oportuno tener en mente que la ilicitud no siempre es causa de nulidad del acto jurídico celebrado, que por disposición expresa del citado artículo 8º del Código Civil Federal, el acto que se celebra en contravención de las normas prohibitivas o de interés público puede ser nulo o válido, según lo disponga la ley.¹⁴

a) *Nulidad absoluta*

Como el contrato antijurídico de compraventa de cosa ajena se celebra en contravención de lo previsto en una norma civil prohibitiva, de interés público, que impide enajenar lo que no es de la propiedad de quien indebidamente quiera asumir la calidad jurídica de vendedor, además de infringir las normas constitucionales tuteladoras del derecho real de propiedad privada, resulta claro, en este orden de ideas, que incurre en un caso de acto jurídico ilícito sancionado, por regla, con la nulidad absoluta, según lo previsto en los artículos 8º, 1830 y 2225, del Código Civil Federal.

Así lo sustentó la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el juicio de amparo directo 7471/65, en sesión de 21 de junio de 1968, a pesar de hacerlo con una lamentable redacción y peor confusión de conceptos relativos al régimen jurídico del contrato de compraventa y del acto jurídico en general, como se advierte del texto de la ya citada tesis aislada consultable en el Semanario Judicial de la Federación, sexta época, volumen CXXXII, cuarta parte, página 73, cuyo texto se reproduce a continuación nuevamente:

VENTA DE COSA AJENA, NULIDAD ABSOLUTA DE LA.—La venta de cosa ajena es nula y susceptible de revalidación únicamente en el caso de que el vendedor, antes de que tenga lugar la evicción, adquiera, por cualquier título legítimo, la propiedad de la cosa vendida. Esta circunstancia, empero, no impide considerar que se está en presencia de una nulidad absoluta, tanto porque en realidad no existe cosa materia del contrato que por virtud de la transmisión anterior salió del patrimonio del supuesto vendedor, como porque por la índole ilícita, delictuosa y de

¹⁴ En este aspecto se debe destacar lo previsto en el artículo 8º del Código Civil Federal, que a la letra establece: “Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario”.

acto ejecutado contra el tenor de una ley prohibitiva, no puede operar el cumplimiento voluntario del perjudicado ni la ratificación por el comprador.

(Énfasis añadido por el autor suscrito)

Si la cosa materia de la compraventa “no existe”, como argumentó correctamente la mencionada Tercera Sala, la única conclusión lógica-jurídica es la inexistencia del contrato por falta de objeto; en cambio, si se asume que la “cosa materia del contrato” sí existe pero que el vendedor incurre en conducta ilícita, que la Corte Suprema califica incluso de “delictuosa”, es claro que el contrato de compraventa de cosa ajena se debe considerar existente pero afectado de nulidad absoluta.

Bajo el riesgo de ser reiterativo, nunca será innecesariamente repetitivo recordar que sólo puede estar afectado de nulidad, absoluta o relativa, el acto jurídico que existe, que reúne los elementos de existencia; el acto jurídico que no existe no puede ser calificado como válido o nulo, es simple y sencillamente inexistente.

La citada Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, sin hacer precisión del tipo de nulidad que afecta a la compraventa de cosa ajena, al resolver el juicio de amparo directo 2854/45, por unanimidad de 4 votos, en sesión de 8 de septiembre de 1947, consideró, equivocadamente, que esa compraventa existe pero afectada de nulidad, como se advierte de la lectura de la tesis aislada, consultable en el Semanario Judicial de la Federación, quinta época, tomo XCIII, página 2165, al tenor siguiente:

VENTA DE COSA AJENA— La venta de cosa ajena constituye un **acto jurídico existente**, si reúne los dos elementos esenciales: consentimiento y objeto. Dicha venta **debe reputarse nula**, conforme a lo dispuesto por el artículo 2270 del Código Civil del Distrito Federal, justamente porque la nulidad ya absoluta o ya relativa, sólo puede ocurrir en los actos jurídicos existentes.

(Énfasis añadido por el autor suscrito)

Sin las confusiones apuntadas, con relación a la ya citada tesis aislada de 1968, el criterio relativo a la nulidad absoluta de la compraventa de cosa ajena ya la había sustentado, con antelación, la misma Tercera Sala de la Suprema Corte, al resolver el juicio de amparo directo 2894/63, por unanimidad de 4 votos, en sesión de 30 de abril de 1965, como se advierte de la lectura cuidadosa de la diversa tesis aislada consultable en el Semanario Judicial de la Federación, sexta época, volumen XCIV, cuarta parte, página 162, al tenor siguiente:

VENTA DE COSA AJENA, NULIDAD ABSOLUTA DE LA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ).—Tratándose de una venta de cosa ajena, su nulidad es absoluta de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2202 del Código Civil del

Estado de Veracruz, que previene, que ninguno puede vender sino lo que es de su propiedad. En efecto, la confirmación de la nulidad relativa, únicamente se establece en favor del afectado por dolo, error o lesión, del incapaz cuando llega a ser capaz o de cualquiera de las partes cuando no se observa la forma debida en el acto jurídico, y tiene por objeto que el perjudicado por la nulidad pueda sostenerlo ratificándolo; es decir, por ser el único perjudicado, tiene libertad para renunciar a la acción de nulidad. En cambio, en la venta de cosa ajena no sucede lo mismo, por ser ilícita, delictuosa, un acto ejecutado en contra de una ley prohibitiva, en la cual no se trata del cumplimiento voluntario del perjudicado, ni por ende el comprador puede ratificarlo. El artículo 2204 del código citado, al prevenir: “El contrato quedará revalidado, si antes de que tenga lugar la evicción, adquiere el vendedor, por cualquier título legítimo, la propiedad de la cosa vendida” no establece, pues, la convalidación por ratificación; solamente dispone que el contrato queda revalidado porque, en ese caso, el dueño ya no puede impugnar aquella venta de nula, puesto que transmite la propiedad y deja de ser dueño.

(Énfasis añadido por el autor suscrito)

Similar criterio sustentó la misma Tercera Sala, al resolver el juicio de amparo directo 8490/64, por mayoría de 3 votos, en sesión de 4 de agosto de 1966, como se advierte del texto de la tesis aislada consultable en el Semanario Judicial de la Federación, sexta época, volumen CX, cuarta parte, página 95, al tenor siguiente:

VENTA DE COSA AJENA, NULIDAD ABSOLUTA DE LA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE COAHUILA).—Del texto de la exposición de motivos del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales (cuyo artículo 8o. es idéntico al del mismo número, del Código Civil del Estado de Coahuila), que en lo conducente es como sigue: “....Tratándose de nulidad de las obligaciones, se estableció una doctrina más clara y fundada. Como principio básico, se sostiene que solo la ley puede establecer nulidades y estas se dividen en absolutas y relativas, resultando las primeras de los actos ejecutados contra el tenor de leyes prohibitivas o de interés público. A la segunda categoría pertenecen todos los demás...” se desprende que todos los actos ejecutados contra el tenor de leyes prohibitivas o de orden público, y sólo ellos, están afectados de nulidad absoluta; y como la venta de cosa ajena, es contraria al tenor del artículo 2163 del Código Civil, ley prohibitiva, el acto está afectado de nulidad absoluta, de la cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2120 del Código Civil, puede prevalecer todo interesado y no únicamente las partes contratantes. Por otro lado, los artículos 2163 y 2164 del Código Civil, en los que respectivamente se dispone que ninguno puede vender sino lo que es de su propiedad, y que la venta de cosa ajena es nula, no se refieren exclusivamente a la transmisión de la propiedad de bienes materiales, sino que al aludir a la venta de cosas, no hace distingo; y como el derecho de posesión, es un bien, o cosa que está dentro del comercio, evidentemente que queda incluido en las disposiciones de que se trata.

(Énfasis añadido por el autor suscrito)

Con independencia de cualquier otra aseveración, es conforme a Derecho sustentar que la nulidad es absoluta cuando no se permite la convalidación del acto jurídico afectado de nulidad, sea por confirmación o por prescripción de la acción de nulidad, esto es, cuando la acción para demandar la nulidad del acto es imprescriptible. Aun cuando no es propiamente un criterio diferenciador, entre nulidad absoluta y relativa, es importante señalar que, por regla, la nulidad absoluta puede ser invocada por todo interesado, por todo aquel que afirme que le causa agravio el acto nulo, en este particular, la compraventa de cosa ajena.

Al respecto es importante tomar en consideración los razonamientos de Rafael Rojina Villegas, quien sustentaba: “En nuestra opinión, la revalidación a que se refiere el artículo 2271, no es la confirmación que la ley regula para convalidar los actos afectados de nulidad relativa y, por lo tanto, pensamos en contra de la corriente general, que en el caso se trata de una nulidad absoluta...”¹⁵

Previa exposición detallada de sus argumentos, para sustentar su aseveración, el profesor Rojina Villegas sintetizó su pensamiento en las siguientes líneas:

...la tesis de la nulidad absoluta se encuentra de acuerdo con nuestra tradición jurídica y la opinión dominante de la escuela clásica francesa en materia de nulidades, toda vez que tratándose de un acto ilícito, como es el relativo a disponer de lo ajeno, se ha considerado que por regla general la sanción debe ser más energética, por estar afectados los intereses generales y, en consecuencia, la nulidad es conveniente que sea absoluta, para que el acto sea inconfirmable, la acción de nulidad imprescriptible y, además, pueda ser intentada por todo aquel que tenga interés jurídico, es decir, que resulte afectado directa o indirectamente por el acto nulo.

b) *Nulidad relativa*

A pesar de los análisis críticos que se han hecho a lo dispuesto en el Código Civil Federal, por supuesto enderezados al Código Civil de 1928, la mayoría de los autores mexicanos, así como la jurisprudencia de los tribunales federales, se han caracterizado por aceptar y sustentar que la nulidad que afecta a la compraventa antijurídica de cosa ajena es la relativa, dada la posibilidad de su convalidación, siempre que el vendedor adquiera la propiedad de la cosa, mediante título legítimo, antes de que el comprador sufra la evicción.

Sin mayor análisis, menos aún de las causas y características de la nulidad relativa del acto jurídico; sin estudio reflexivo sobre los medios para

15. ROJINA VILLEGRAS, Rafael, *op. cit.*, p. 261.

alcanzar la convalidación de los actos afectados de nulidad relativa, sólo por la vía del menor esfuerzo, se ha llegado a la conclusión de que la antijurídica compraventa de cosa ajena es un caso de nulidad relativa porque, conforme a la letra de la ley, es susceptible de revalidación.

Al respecto tampoco se advierte y menos aún se analiza la diferencia entre convalidar y revalidar o convalidación y revalidación, para cuyo efecto las definiciones proporcionadas en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, en este caso, no arrojan luz alguna, por su sinonimia y significado gramatical; antes bien, pueden inducir a un falso concepto de su sentido y esencia jurídica.

Lo más común, en esta tendencia del pensamiento jurídico, es encontrar como argumentos que la nulidad es relativa porque se sustenta en la falta de capacidad especial del vendedor, al no poder disponer de la propiedad de la cosa vendida, por carecer de ese derecho real sobre el objeto indirecto del contrato. Otros autores aducen el error, como vicio de la voluntad, al considerar que el comprador lo sufre, respecto de la persona del vendedor, al creer que se trata del propietario de la cosa vendida.

Difícilmente se podrán encontrar otros argumentos en la Doctrina mexicana.

3. *Causa del criterio errático de los tribunales federales*

La expuesta falta de uniformidad en la jurisprudencia (*lato sensu*) de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y, por ende, de los Tribunales Colegiados de Circuito y Juzgados de Distrito, es el rechazo tradicional de la teoría tripartita de las nulidades, que abarca la inexistencia del acto jurídico, la nulidad absoluta y la nulidad relativa, a lo cual se debe adicionar el rechazo jurisprudencial de la nulidad de pleno Derecho, que se ha considerado no previsto y, por ende, inadmisible e inaplicable, en el Derecho Mexicano.

Esta conclusión, por supuesto, no es gratuita, para llegar a tal convicción se ha hecho un amplio análisis, serio, aun cuando no por ello necesariamente acertado, de lo literalmente dispuesto en el Código Civil para en Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, de 1928, substancialmente reproducido, sin variantes en esta materia, en el vigente Código Civil Federal del año 2000, así como en el Código Civil para el Distrito Federal, promulgado también en 2000.

El criterio jurisdiccional mencionado se ejemplifica, de manera categórica, con el texto de la tesis aislada consultable en el Semanario Judicial de la Federación, sexta época, cuarta parte, volumen XCVI, página 67. Ese criterio fue sustentado por la Tercera Sala de la Suprema Corte, al resolver el juicio de amparo directo 8286/63, por unanimidad de 4 votos, en sesión de

24 de junio de 1965. Cabe destacar que el ponente en ese caso fue el Ministro Rafael Rojina Villegas.

El rubro y texto de la tesis mencionada es al tenor siguiente:

NULIDAD E INEXISTENCIA. SUS DIFERENCIAS SON MERAMENTE TEÓRICAS.—El artículo 2224 del Código Civil del Distrito no tiene, en cuanto a la base que pretende dar para establecer la distinción entre la inexistencia y la nulidad, sino meros efectos teóricos, ya que el tratamiento que en él reciben las inexistencias es el de las nulidades, como lo demuestra el siguiente análisis de casos de inexistencia tratados como si fueran de nulidad: la falta de objeto hace inexistente el acto según dicho artículo 2224; mas sin embargo, en los artículos 1427, 1422 y 1434, se prevén factiespecies de inexistencia y se les trata como nulidades. Los contratos sobre cosas que están fuera del comercio, técnicamente carecen de objeto; pero los artículos 1826 y 2950, fracción III, que se refieren a la transacción sobre una sucesión futura, prevén uno de estos casos de falta de objeto y lo tratan por medio de la nulidad. El objeto de la compraventa es, indiscutiblemente, la transferencia del derecho de propiedad, según el artículo 2248; pero ello obstante, a la venta de cosa ajena se le llama nula en el artículo 2270. Y si de la venta de un crédito inexistente se trata, mismo que en el momento de la cesión engendra, según el artículo 2042, el efecto de obligar al cedente a presentar la garantía de su existencia, no hay sino decir que esta situación no se compagina con la **institución de la inexistencia, que es la nada jurídica**. Lo mismo puede decirse en el caso del contrato de renta vitalicia declarado nulo por el artículo 2779, si el beneficiario muere antes del otorgamiento. Y si a falta de consentimiento se refiere, los artículos 1802 y 2183 que prevén algunos de estos casos, le dan el tratamiento de la nulidad, mismo que deberá darse por falta de texto adecuado, al caso del acto celebrado por un incapaz en quien la ausencia de consentimiento es absoluta, pues habrá que tratarlo por el sistema de las incapacidades, originadora de la nulidad relativa, según el artículo 2230; el profesor Borja Soriano, que según las “Notas” de García Tellez inspiró la adopción de las inexistencias en el Código Civil vigente, pasa de la inexistencia a la nulidad sin puente alguno al referirse precisamente al artículo 1802: “Cuando una persona, dice (Teoría de las obligaciones, tomo I, páginas 361 y 362, primera edición), celebra un contrato a nombre de otra sin ser su representante, a ese contrato le falta uno de los elementos esenciales: el consentimiento del representado. No hay hasta entonces la oferta del otro contratante; no existe aún contrato por falta de consentimiento. Esta es, pues, la naturaleza de la nulidad a que se refieren los artículos citados en el número anterior”. Ahora bien, según los artículos 2162, 2163 y 2164 del Código Civil del Estado de Hidalgo (iguales a los números 2180, 2181 y 2182 del Código del Distrito), es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas, siendo la simulación absoluta cuando el acto simulado nada tiene de real, y relativa cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter, no produciendo ningún efecto jurídico la simulación absoluta, mientras que en tratándose de

la relativa descubierto el acto real que la oculta, ese acto no será nulo si no hay ley que así lo declare. Si la simulación planteada es absoluta, naturalmente que también se plantea como herida de nulidad absoluta, según el texto legal correspondiente antes citado, pero que dentro del más riguroso logicismo de la teoría tripartita de la invalidez podría ser un caso de inexistencia, por lo que tomando en cuenta que conforme al citado artículo 2206 y el 2208 del Código Civil, bien que se trate de un caso de inexistencia o bien de nulidad, la acción correspondiente es imprescriptible.

(Énfasis añadido por el autor suscrito)

El primer antecedente jurisprudencial registrado es el criterio sustentando en la ejecutoria dictada en sesión de 8 de julio de 1953, por la aludida Tercera Sala de la Suprema Corte, al resolver, por unanimidad de 4 votos, el juicio de amparo directo 1205/52. El Ministro Ponente fue el maestro Gabriel García Rojas.

Al reiterar el criterio mencionado, conforme a la legislación aplicable, la Tercera Sala de la Suprema Corte estableció la tesis de jurisprudencia civil 297, consultable en el Apéndice 2000, del Semanario Judicial de la Federación, sexta época, tomo IV, página 249, con el rubro y texto siguiente:

NULIDAD E INEXISTENCIA. SUS DIFERENCIAS SON MERAMENTE TEÓRICAS.—Aun cuando el artículo 2224 del Código Civil para el Distrito Federal emplea la expresión “acto jurídico inexistente”, en la que pretende basarse la **división tripartita de la invalidez de los actos jurídicos**, según la cual se les agrupa en inexistentes, nulos y anulables, tal distinción tiene meros efectos teóricos, porque el tratamiento que el propio código da a las inexistencias, es el de las nulidades, según puede verse en las situaciones previstas por los artículos 1427, 1433, 1434, 1826, en relación con el 2950 fracción III, 2042, 2270 y 2779, en las que, teóricamente, se trata de inexistencias por falta de objeto, no obstante, el código las trata como nulidades, y en los casos de los artículos 1802, 2182 y 2183, en los que, la falta de consentimiento originaría la inexistencia, pero también el código los trata como nulidades.¹⁶

(Énfasis añadido por el autor suscrito)

Quizá una razón lógica y jurídica para rechazar la teoría de la inexistencia del acto jurídico es la conclusión de equiparar el acto inexistente con la *nada jurídica*, lo cual es un error porque, ante la inexistencia del acto jurídico que se pretendió celebrar, según las circunstancias del caso particular, existirá un acto jurídico diferente o un hecho jurídico *stricto sensu*, ya sea lícito o ilícito, pero nunca la *nada jurídica*.

¹⁶ El quinto juicio resuelto, también por unanimidad de 4 votos, fue el amparo directo 8668/62, en sesión de 24 de septiembre de 1964.

Cuando se afirma que el acto inexistente no produce efecto jurídico alguno, sólo se hace referencia al acto jurídico que se quiso celebrar y que no llegó a existir; sin embargo, el acto diferente al cual se da origen o el consecuente hecho jurídico, emergente de la inexistencia de lo querido, por supuesto que genera consecuencias de Derecho, diferentes a los efectos jurídicos que el autor o las partes del acto jurídico inexistente quisieron generar.

4. *Validez de la compraventa de cosa ajena*

Ramón Sánchez Medal afirma que es inexacto afirmar que la compraventa de cosa ajena es nula, porque “El requisito de que la cosa o el derecho que se obliga a transmitir al comprador el vendedor, sea propio de éste y no ajeno, no es precisamente un requisito que deba tener el objeto-cosa de la compraventa en el momento mismo de la celebración de ésta”.¹⁷ En apoyo de sus consideraciones, Sánchez Medal cita los artículos 443 del Código Civil Alemán y 1478 del Código Civil Italiano de 1942, así como el pensamiento de José Castán Tobeñas, de España, y de Trabucchi, de Italia.

Quienes consideran que la compraventa de cosa ajena es un contrato existente y válido, argumentan que ello se debe a que el comprador queda facultado para exigir coactivamente el cumplimiento del contrato al vendedor y el sujeto de Derecho que vendió, sin estar legalmente autorizado para ello, simplemente asume la obligación de adquirir y transmitir, al comprador, la propiedad de la cosa vendida, como establece literalmente el artículo 2248 del Código Civil Federal.

En este orden de argumentación, también se sostiene que el comprador tiene el derecho de demandar la rescisión del contrato, por incumplimiento del vendedor, pero no la nulidad del contrato por ilicitud. Obviamente, el incumplimiento es de la obligación de transmitir la propiedad de la cosa vendida; obligación creada a cargo del vendedor, por la celebración de la compraventa. Por supuesto, la demanda de rescisión del contrato de compraventa de cosa ajena es con todos los efectos jurídicos, que la legislación establece para el caso de rescisión.

C. COMENTARIOS ADICIONALES

El objetivo del estudio de la compraventa de cosa ajena y de su prohibición normativa es justamente del contrato que se celebra contra Derecho; se

¹⁷ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los Contratos Civiles*, 15a. ed., Editorial Porrúa, México, 1997, p. 173.

refiere a la que lleva a cabo el vendedor que no está legitimado para enajenar lo que no es de su propiedad; evidentemente, ese es el tema al que se hace alusión cuando se propone el análisis de la naturaleza jurídica de la mal denominada compraventa de cosa ajena.

La pretensión no es el estudio de la compraventa de cosa ajena que se celebra conforme a Derecho, contrato este último del cual cabe hacer las siguientes anotaciones:

3.1 Si la compraventa es celebrada por el apoderado o mandatario del propietario, que por este acto unilateral o convencional está investido de la facultad jurídica para celebrar el contrato, en nombre y representación de su poderdante o mandante, resulta claro que jurídicamente no está enajenando una cosa ajena, dado que quien manifiesta su voluntad jurídica es el propietario, por conducto de su representante, quien sólo da cumplimiento a lo instruido en el poder otorgado o en el contrato de mandato con representación previamente celebrado con el dueño o propietario de la cosa, objeto indirecto de la compraventa.

3.2 Si la compraventa es celebrada por el acreedor pignoraticio, en calidad de vendedor, si bien es cierto que enajena una cosa que no es de su propiedad, también es verdad que su conducta es conforme a Derecho, dado que enajena con legitimación jurídica, sustentada precisamente en el contrato de prenda celebrado con el dueño de la cosa pignorada; de la cosa que es dada en garantía de pago de una deuda principal, para que, con el precio obtenido de la venta de esa cosa empeñada, el acreedor pueda cobrar su crédito, para el supuesto de que el deudor principal no pague la deuda garantizada con la prenda o cosa pignorada.

Para arribar a esta conclusión se debe tener en mente la conceptualización del contrato de prenda y lo dispuesto en artículo 2873, fracción I, del Código Civil Federal, al tenor siguiente:

Artículo 2873.—El acreedor adquiere por empeño:

I. El derecho de ser pagado de su deuda con el precio de la cosa empeñada, con la preferencia que establece el artículo 2981;

[...]

Asimismo, se debe atender a lo previsto en los numerales 2881, 2884 y 2886, del Código Civil, en cuanto al derecho del acreedor, con garantía prendaria, para solicitar al juzgador la venta, en almoneda pública, de la cosa pignorada, además de lo pactado expresamente entre el acreedor principal y el garante del pago de la deuda principal, para dejar el acreedor en aptitud jurídica de vender extrajudicialmente la cosa empeñada. En cualquier caso, el acreedor tiene derecho al pago de su crédito con el producto de la venta; si este producto excede el monto de lo debido, se ha de entregar el excedente a quien dio la cosa en

prenda y si es insuficiente el acreedor principal tiene derecho a demandar el pago de la diferencia.¹⁸

III. OPINIÓN PERSONAL

Por diferir de las opiniones de los estudiosos de la materia, así como de la errática diversidad de criterios de la jurisprudencia, *stricto* y *lato sensu*, tanto de los tribunales colegiados de la República como de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se exponen las siguientes ideas.

A. INEXISTENCIA DE LA COMPRAVENTA DE COSA AJENA

En aplicación de la teoría tripartita de las nulidades, que tiene fundamento firme en la legislación civil mexicana y, en especial, en el Código Civil Federal, la compraventa de cosa ajena debe ser considerado un contrato inexistente, por falta de consentimiento, al no existir una de las voluntades que se deben poner de acuerdo, para dar origen al consentimiento, elemento volitivo del contrato. La voluntad que falta es la del propietario, titular del derecho real de propiedad sobre la cosa, objeto indirecto del contrato.

La otra razón de inexistencia del contrato de compraventa de cosa ajena es la falta del derecho real de propiedad privada, en el patrimonio de quien asume el carácter de vendedor, precisamente porque ese derecho real de propiedad constituye el objeto directo del contrato de compraventa. La propiedad es el derecho real a transmitir, del vendedor al comprador, como efecto inmediato y directo del contrato, liso y llano, de compraventa de cosa presente, cierta y determinada en su individualidad, a cambio de un precio cierto y en dinero, que el comprador debe pagar al vendedor o propietario real, material, auténtico, legitimado jurídicamente, por tanto, para transmitir al comprador ese derecho de propiedad sobre la cosa vendida.

¹⁸ Para mayor claridad, se reproduce a continuación el texto de los preceptos en cita:

Artículo 2881.—*Si el deudor no paga* en el plazo estipulado y no habiéndolo, cuando tenga obligación de hacerlo conforme al artículo 2080, *el acreedor podrá pedir y el juez decretará la venta en pública almoneda* de la cosa empeñada, previa citación del deudor o del que hubiere constituido la prenda.

Artículo 2884.—*Puede por convenio expreso venderse la prenda extrajudicialmente.*

Artículo 2886.—*Si el producto de la venta excede a la deuda*, se entregará el exceso al deudor; pero si el precio no cubre todo el crédito, tiene derecho el acreedor de demandar al deudor por lo que falte.

(Énfasis añadido por el autor suscrito)

B. NULIDAD DE PLENO DERECHO

No obstante la firme convicción de que la antijurídica compraventa de cosa ajena es inexistente como contrato, por falta de voluntad del propietario, quien no manifiesta su determinación de querer vender, lo que trae como consecuencia la inexistencia del consentimiento necesario o bien por falta de objeto directo del contrato de compraventa, que es el derecho real de propiedad, el cual no está en el patrimonio de quien, contra Derecho, asume la calidad jurídica de vendedor, como el texto expreso del Código Civil Federal es en el sentido de calificar como nula esa compraventa de cosa ajena, resulta indispensable determinar la naturaleza jurídica de esa nulidad.

Contrariamente a lo sustentado, por regla, en la Doctrina Jurídica Mexicana, en opinión del suscrito la nulidad prevista en el artículo 2270 del Código Civil Federal no es un supuesto de nulidad relativa y tampoco de nulidad absoluta; porque esta última tiene como característica fundamental que el acto jurídico afectado no puede ser convalidado, en tanto que la compraventa de cosa ajena adquiere validez jurídica si, antes de que el comprador sufra la evicción, el vendedor adquiere la propiedad de la cosa vendida, siempre que esa adquisición sea por título legítimo, es decir, conforme a Derecho, con independencia de que sea a título oneroso o gratuito, mortis causa o por acto jurídico celebrado entre vivos, evidentemente.

Cabe reiterar que la nulidad legalmente prevista, en este caso, tampoco es relativa porque, en términos de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia aplicable, en este supuesto la convalidación no se puede dar por confirmación del sujeto perjudicado, que sería el comprador y tampoco por el propietario de la cosa, porque él es un tercero ajeno en el contrato celebrado entre quien asumió el carácter de comprador y quien actuó como vendedor; quien participó como vendedor tampoco puede llevar a cabo la confirmación, porque sería confirmar una conducta contraria a Derecho, ninguna eficacia jurídica tendría para desvirtuar la calificación de nulidad atribuida por la ley.

Ante este problema jurídico irresoluble, con las reglas características de la nulidad absoluta o de la nulidad relativa, a menos de crear nuevas reglas, no queda sino la solución sencilla, simple, que deviene del Derecho Romano del Imperio, ante la coexistencia del Derecho Pretoriano y el Derecho Civil, a partir de cuya vigencia se estableció la diferencia entre la nulidad pretoriana o judicial, que debía ser declarada por el pretor y la nulidad legal o civil, “que se producía de pleno derecho, automáticamente”.¹⁹

¹⁹ Cfr. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, volumen I, traducción del francés por José M. Cajica Jr., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1981, pp. 161 y 163.

Conforme a la exposición elaborada por Marcel Planiol y Georges Rípert, la nulidad de pleno Derecho se caracteriza e identifica, en términos de los siguientes argumentos:

336. *Casos en que se produce esta nulidad.*- La nulidad de pleno derecho es la verdadera nulidad, la que en principio sanciona las prohibiciones legales...
[...]

338. *Forma en que opera la nulidad.*- La nulidad de pleno derecho es obra directa del legislador, quien nulifica lo que se haya realizado. Por tanto, hablando propiamente, no es necesario ejercitar una *acción de nulidad*; no es necesario que los tribunales *anulen* este acto, que la ley no reconoce; la ley se ha encargado de ello...

339. *Carácteres de la nulidad.*- Como consecuencia de esta noción primera, se deducen las cuatro reglas siguientes:

1º *La nulidad es inmediata*; afecta al acto tan pronto como éste se realiza. Por consiguiente, en ningún momento pueden producirse los efectos del acto...

2º *Toda persona interesada en hacer constar la nulidad puede prevalerse de ella.* Si alguien quiere obtener una consecuencia del acto nulo, la parte contraria, cualquiera que sea, puede siempre oponerse a ello, invocando la nulidad. El acto es por tanto nulo para todo el mundo...

3º *La nulidad no puede cubrirse por la confirmación de uno de los interesados.* Débese esto a que la nulidad existe antes de todo juicio y en provecho de todos. Ninguno de los interesados puede privar a los demás, por su sola voluntad, del derecho que éstos tienen, como él, de invocar la nulidad...

4º La nulidad no puede prescribir, es decir, desaparecer por el transcurso del tiempo. Por mucho tiempo que tenga el acto nulo no puede producir ningún efecto; incomprensible sería que el tiempo, al transcurrir, hiciese eficaz un acto prohibido por la ley...²⁰

Mayor claridad no se puede pedir, la compraventa de cosa ajena está afectada de nulidad por disposición expresa del artículo 2270 del Código Civil Federal; es por contravenir una norma prohibitiva de interés público; esta nulidad no necesita ser declarada por el juez para destruir retroactivamente los efectos jurídicos provisionalmente generados, porque ese *contrato* no produce efecto jurídico alguno; la nulidad puede ser invocada por todo interesado; esta nulidad es imprescriptible y no admite su confirmación o ratificación; su revalidación no depende de la voluntad de la parte perjudicada y tampoco de quien vendió, sin estar legitimado para ello. En conclusión, se trata de un caso incuestionable de nulidad de pleno Derecho.

²⁰ *Ibidem*, pp. 166 a 168.

Sólo un problema existe al respecto, en México no ha sido aceptada la institución jurídica de referencia. Tanto la doctrina como los tribunales rechazan esta especie de nulidad, considerándola inexistente e inaplicable en la república; para demostrar lo aseverado basta la lectura de la tesis de jurisprudencia sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, identificada con la clave VI.2º J/222, consultable en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, octava época, número 69, página 67, correspondiente al mes de noviembre de 1992, con el rubro y texto siguiente:

NULIDAD. NO EXISTE DE PLENO DERECHO.—Si no hay disposiciones expresas en las leyes y para los casos que ellas comprendan, nuestra legislación no autoriza que se reconozca la existencia de nulidades de pleno derecho, sino que las nulidades deben ser declaradas por la autoridad judicial, en todos los casos, y previo el procedimiento formal correspondiente.

(Énfasis añadido por el autor suscrito)

Nadar contra la corriente no es cosa fácil, pero el Derecho se debe estudiar, enseñar y aprender a partir del análisis, la reflexión, la búsqueda de antecedentes, la generación de nuevas o viejas ideas renovadas, para encontrar la solución justa y congruente de los problemas teóricos y pragmáticos del presente. Ciencia Jurídica, normativa y jurisprudencia no pueden estar divorciadas, deben ser elementos cohesionados para la mejor convivencia social, con justicia, dignidad y paz social.

C. REVALIDACIÓN Y CONVALIDACIÓN

Si se tiene presente que la antijurídica compraventa de cosa ajena es un caso de nulidad de pleno Derecho, ningún problema habrá en aceptar que la revalidación es la única vía jurídica, de pleno Derecho, para otorgar validez al contrato que carecía de esta calidad jurídica. No se trata de alguno de los medios tradicionales de convalidación del acto, esto es, la confirmación por la parte agraviada o perjudicada o por prescripción de la acción de nulidad, que en realidad es caducidad de la acción, dado que la nulidad de la compraventa de cosa ajena se puede demandar en cualquier momento, en cualquier tiempo, por todo interesado, no sólo por las partes contratantes, sino por terceros, incluido el ministerio público, en los supuestos legalmente previstos.

Así como la nulidad es de pleno Derecho, la revalidación es igualmente de pleno Derecho; surte todos sus efectos jurídicos desde el momento mismo en que quien vendió, lo que no es de su propiedad, adquiere por título legítimo ese derecho real sobre la cosa que vendió antijurídicamente, siem-

pre que tal adquisición sea anterior a la evicción, que conforme a Derecho puede sufrir el comprador de la cosa ajena.²¹

Para la revalidación no se requiere la manifestación de voluntad de algún sujeto de Derecho, menos de quienes actuaron como vendedor y comprador; del vendedor porque, de manera unilateral, por sí mismo, en ningún caso puede sanear, purgar, su conducta ilícita; la víctima, el comprador, porque aun cuando venga a conocimiento de que la cosa comprada es ajena, ninguna posibilidad tiene de superar el vicio de nulidad que afecta su adquisición; tampoco se puede dar este saneamiento o convalidación del contrato de compraventa de cosa ajena por el propietario material de la cosa vendida, porque él es tercero en la celebración de la compraventa nula, su voluntad no tendría efecto jurídico alguno en esa compraventa en la que no fue ni es parte contratante.

IV. CASOS ESPECIALES DE EFICACIA DEL CONTRATO

A pesar de cuanto ha quedado expuesto, también se debe decir que la antijurídica compraventa de cosa ajena, por disposición expresa del Código Civil Federal, excepcionalmente surte todos sus efectos jurídicos, sin hacer calificación alguna sobre su naturaleza jurídica, como contrato existente o inexistente, válido o nulo, como se advierte de la lectura de los preceptos que se reproducen a continuación:

Artículo 2264.—Si una misma cosa fuere vendida por el mismo vendedor a diversas personas, se observará lo siguiente:

Artículo 2265.—Si la cosa vendida fuere mueble, prevalecerá la venta primera en fecha; si no fuere posible verificar la prioridad de ésta, prevalecerá la hecha al que se halle en posesión de la cosa.

Artículo 2266.—Si la cosa vendida fuere inmueble, prevalecerá la venta que primero se haya registrado; y si ninguna lo ha sido, se observará lo dispuesto en el artículo anterior.

Por supuesto no se trata de cualquier hipótesis jurídica, sino exclusivamente de la venta de una cosa que fue objeto de propiedad del vendedor,

²¹ Al caso se debe tener en mente lo dispuesto en los numerales 2270 y 2271 del Código Civil Federal, al tenor siguiente:

Artículo 2270.—La venta de cosa ajena es nula, y el vendedor es responsable de los daños y perjuicios si procede con dolo o mala fe; debiendo tenerse en cuenta lo que se dispone en el título relativo al Registro Público para los adquirentes de buena fe.

Artículo 2271.—El contrato quedará revalidado, si antes de que tenga lugar la evicción, adquiere el vendedor, por cualquier título legítimo, la propiedad de la cosa vendida.

pero que vende por segunda o ulterior ocasión, se trata de la doble o múltiple venta de la misma cosa, por quien tuvo la titularidad del derecho real de propiedad de la cosa, pero que, por haberla vendido por primera vez, ya no está en su acervo patrimonial, ya no tiene el derecho que pretende transmitir al segundo o posterior comprador o presunto adquirente.

En estas hipótesis, haciendo una interpretación sistemática y funcional del régimen de la propiedad privada, del derecho de transmisión de esa propiedad por compraventa y de la eficacia plena de la función tuteladora y publicista asignada al Registro Público de la Propiedad, se acepta que el tercero adquirente de buena fe, que obtiene la propiedad de un bien inmueble, de quien en la institución registral aparece inscrito como propietario del bien enajenado, sea protegido como legítimo adquirente del inmueble registrado, con independencia de que el enajenante ya hubiera transmitido con antelación su derecho de propiedad a otra persona, que no tuvo el cuidado, la responsabilidad, la atingencia de pedir, primero, la anotación de que el inmueble registrado era objeto de un contrato translativo de propiedad a su favor y, en su oportunidad, de solicitar el registro de la escritura en la que conste su adquisición. Conforme al principio de buena fe registral, los derechos existen como aparecen inscritos en el Registro Público de la Propiedad.

En cuanto a los bienes muebles, es principio general de Derecho que su posesión hace presumir su propiedad; por tanto, quien tiene la cosa se presume su propietario, salvo prueba en contrario. En consecuencia, si quien tiene la cosa la vende al interesado en comprarla y le transmite la posesión, el comprador que adquiere esta posesión queda jurídicamente protegido, aún cuando con antelación el vendedor ya hubiera enajenado la propiedad de esa cosa a otro sujeto de Derecho, sin haberle transmitido la posesión.

Por supuesto, en todas estas hipótesis, se parte del principio de la buena fe del tercero adquirente, protegido por la ley; si esta buena fe no existe, la protección jurídica tampoco producirá efectos.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR CARBAJAL, Leopoldo, *Contratos Civiles*, 3a. ed., Editorial Porrúa, México, 1982.
- ÁLVAREZ DÍAZ, José de Jesús, *La venta de cosa ajena en el Código Civil*, Editorial Porrúa, México, 2007.
- BARROSO FIGUEROA, José y SALDAÑA PÉREZ, Jesús, *Contratos Civiles. Encyclopedie Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*, Editorial Porrúa, Ciudad de México, 2017.
- CHIRINO CASTILLO, Joel, *Derecho Civil III. Contratos Civiles*, México, 1986.

- LOZANO NORIEGA, Francisco, *Cuarto Curso de Derecho Civil. Contratos*, 5a. ed., Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C., México, 1990.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Contratos Civiles*, tercera edición, Editorial Porrúa, México, 1995.
- ROJINA VILLEGRAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, 3a. ed., Tomo sexto, volumen I, Editorial Porrúa, México, 1977.
- SÁNCHEZ CORDERO, Jorge, *Contratos*, Suprema Corte de Justicia de la Nación y Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, 2006.
- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los Contratos Civiles*, 15a. ed., Editorial Porrúa, México, 1997.
- SEPÚLVEDA SANDOVAL, Carlos, *Contratos Civiles*, Editorial Porrúa, México, 2006.
- ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, *Contratos Civiles*, 4a. ed., Editorial Porrúa, México, 1992.
- , *La compraventa de cosa ajena*, en *Libro del Cincuentenario del Código Civil*, Coordinador: Jorge A. Sánchez Cordero Dávila, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, 1978.

EL DIVORCIO NOTARIAL, UNA AMABLE ELECCIÓN

Olga Sánchez Cordero Dávila de García Villegas¹

I. INTRODUCCIÓN

En nuestros días, en México, el matrimonio es una institución en crisis. De acuerdo con un estudio comparativo del INEGI, mientras que en el año de 1996 se celebraron 670 mil 523 matrimonios de parejas que se casaron en México, para el año de 2016 este número fue menor en un 18% con un total de 543 mil 749 matrimonios. Estas cifras no sólo revelan la tendencia generalizada en la disminución de los matrimonios en las nuevas generaciones, o bien la diversificación de opciones para constituir una familia, sino que también revelan el aumento en la tasa de divorcios, al grado que mientras en 1996 se disolvieron 38 mil 545 matrimonios y, año con año, estas cifras fueron incrementándose hasta registrarse 139 mil 807 separaciones de parejas en el año de 2016, es decir 4 veces más.

Y es que hay que reconocer que, para las generaciones modernas del siglo XXI el matrimonio es sólo una opción más para la unión familiar. Imponer una rígida costumbre al libre desarrollo de la personalidad, por no decir, a los vaivenes emocionales de las relaciones entre individuos, cuyo desarrollo humano se basa en una sociedad consumista cuyo supremo valor es el deseo, encierra al matrimonio en la paradoja de convertirse en un instrumento jurídico sin una sustancia social sobre la cual se sustente la familia. Tan solo en los Estados Unidos del 40% o 50% de los matrimonios civiles que se consuman terminan en divorcio en la misma proporción y, a veces, las tasas de divorcio son de aproximadamente 50.2% para las parejas en su primer matrimonio, del 62% para las que suman a un segundo casamiento

¹ Primera mujer.—Notaria 182 de la Ciudad de México.—Magistrada numeraria del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México.—Ministra de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.—Diputada Constituyente de la Constitución.—Política de la Ciudad de México.—Senadora de la República.

y más del 70% para quienes llegan a un tercero, afectando a más de 1.5 millones de niños cada año.

De continuar esta tendencia, los cimientos que sostienen a la institución familiar sobre la cual se funda la sociedad y el estado, sufrirán una fractura cuyas consecuencias culturales se reflejarán tanto en lo económico, legal, comercial y hasta religioso. De acuerdo a reportes del Centro Nacional de Investigación sobre Familia y Matrimonio, conocido en sus siglas en inglés como (NCFMR), son varios los factores que influyen en el fracaso del matrimonio, entre ellos, el incremento en la edad de las personas que se casan por primera vez, el aumento en el establecimiento de las relaciones por cohabitación y en el índice del número de adultos que nunca se han casado.

Pero más allá de las estadísticas, que a primera vista pueden ser variables e incompletas, el fracaso del matrimonio como debilidad del sistema de integración familiar también revela las consecuencias que cada año tienen lugar en los Estados Unidos cuando en promedio cada año tienen lugar 400,000 mil divorcios, 200,000 mil separaciones y 100,000 mil abandonos de hogar. Esto significa que en la nación más poderosa del mundo 1 de cada 3 matrimonios no dura “hasta que la muerte los separe”. Y lo verdaderamente preocupante, hoy en día, en Norteamérica y muchas otras partes del mundo como México, es que la mayoría de los divorcios significan que los hijos quedan en situación de orfandad o semiorfandad, lo cual supone en muchos casos que la mayoría de los huérfanos o hijos monoparentales se vean privados, entre otros derechos, del derecho humano a la educación, salud y alimentos.

La falta de solidaridad familiar es la causa determinante y decisiva de la gestación de una patología social. A medida que los hogares se desintegran se desintegra también la solidaridad del entorno social. En nuestro país, el INEGI refiere que de las familias registradas en México, el 26% está conformado por familias monoparentales, es decir, existen muchas niñas y niños que crecen con padres separados en un estado de vulnerabilidad con la posibilidad de ser víctimas de maltrato, de violencia intrafamiliar o de violencia parental.

El divorcio en México es una figura que se ha perfeccionado al paso de los años conforme lo exigen los cambios graduales en la sociedad. En el vigente sistema jurídico mexicano hay divorcios unilaterales (incausados) y de común acuerdo, los cuales pueden llevarse a cabo ante autoridades judiciales o administrativas.² De estas formas, el divorcio judicial es la forma

² DE LA MATA PIZAÑA, Felipe, GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto, *Derecho Familiar y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal*, Editorial Porrúa, México, 2012, pp. 181-182.

más requerida, tanto por costumbre como por desconocimiento de otras vías, y que, sin embargo, en gran cantidad de los casos provoca una prolongación innecesaria del procedimiento afectando a los divorciantes, física, psicológica e incluso económicamente, quienes lo único que desean es terminar con una relación por algún motivo que solo a ellos incumbe y que no es relevante ventilar ante una autoridad del Estado-judicial o administrativa.

Entonces, si la ruptura del vínculo matrimonial es privada y personal, *¿por qué debería ser obligatorio acudir ante un juez o autoridad administrativa? ¿Por qué no solo tomar en cuenta la voluntad de las personas? ¿Por qué no optimizar la ley para hacer del divorcio un procedimiento privado, amistoso y más benéfico para quienes lo deseen?*

En el actual sistema jurídico mexicano, los cónyuges pueden asistir ante un juez para promover el divorcio aun cuando no haya controversias en razón de guarda y custodia de menores, separación de bienes, etc. y la única razón sea el mero deseo de terminar el matrimonio. De esta forma se puede deducir que el divorcio se convierte en un acto de Jurisdicción Voluntaria ya que “*por solicitud de los interesados se requiere la intervención de un juez sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre las partes*”.³ Teniendo en cuenta esta naturaleza, el Artículo 166 de la Ley del Notariado para la Ciudad de México, faculta al notario público a intervenir en actos de jurisdicción voluntaria siendo esto una puerta para el divorcio notarial, así que *¿por qué no realizar el divorcio ante notario público?*

Por definición, un notario no es una autoridad, sin embargo, su investidura con la fe pública los convierte en un auxiliar de la administración de justicia⁴ otorgando la misma certeza y garantías a los ciudadanos al dar fe de su voluntad al momento de celebrar actos como los testamentos, contratos o procedimientos extrajudiciales⁵ realizados ante él. En este orden de ideas, es considerable la idea de facultar al notariado para celebrar un divorcio e incluso hasta un matrimonio.

El divorcio notarial no es una figura nunca antes vista. España y Cuba han sido países que han tenido éxito con esta práctica y estados como Puebla y el Estado de México han introducido el divorcio notarial en sus legislaciones civiles y familiares; propiciando así un divorcio amigable con más beneficios que dificultades en comparación con las demás formas que la ley otorga para celebrar un divorcio.

³ Artículo 893. Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México.

⁴ Artículo 11. Ley del Notariado para la Ciudad de México.

⁵ Artículo 166. Ley del Notariado para la Ciudad de México.

En el presente artículo nos adentraremos en un estudio histórico del divorcio en la legislación civil y familiar de la Ciudad de México, seguido de un planteamiento de la figura del divorcio notarial, sus beneficios, derechos e implicaciones que este lleva, así como un comparativo de la experiencia de esta figura de las legislaciones que ya lo ha implementado a nivel local como internacional.

II. ANTECEDENTES DEL DIVORCIO EN MÉXICO

La unión entre dos personas denominada matrimonio, tiene para el ser humano un valor espiritual y muchas veces religioso. Esto se debe a que el matrimonio implica la formación del núcleo base social: la familia. No obstante, los cambios socioculturales acerca de la familia y el desarrollo personal llevaron al establecimiento de la figura del divorcio, mismo que no es otra cosa que la disolución del vínculo matrimonial que deja a los cónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio.⁶

Durante el Virreinato de la Nueva España, la dominación de la Iglesia Católica sobre los aspectos de la vida familiar y la idea de que el matrimonio como sacramento debía ser una unión permanente, evitó la tramitación del divorcio, de forma que el matrimonio solo se disolvía por la muerte de uno de los cónyuges; pues el dogma establecía que: “Lo que Dios unió, no lo separe el hombre”.

A raíz de la Independencia de México, las primeras constituciones permitieron que la iglesia siguiera interviniendo en el estado civil de las personas. Con la llegada de las Leyes de Reforma y la Constitución de 1857 la incipiente separación de la Iglesia y del Estado permitió la promulgación de la *Ley del Matrimonio Civil el 23 de julio de 1859*, uno de los primeros ordenamientos en considerar al matrimonio y hablar por primera vez del divorcio de esta forma:

1. El matrimonio es un contrato civil [...]

3. El matrimonio civil no puede celebrarse más que por un solo hombre con una sola mujer. La bigamia y la poligamia continúan prohibidas y sujetas a las mismas penas que les tienen señaladas las leyes vigentes.

4. El matrimonio civil es indisoluble; por consiguiente, sólo la muerte de alguno de los cónyuges es el medio natural de disolverlo; pero podrán los casados separarse temporalmente por alguna de las causas expresadas en el

⁶ Definición actual del divorcio, contenida en el artículo 266 del Código Civil de la Ciudad de México.

art. 20 de esta ley. Esta separación legal no los deja libres para casarse con otras personas.⁷

Como se aprecia en la transcripción, se contempló la separación de los cónyuges permaneciendo estos casados, sin la posibilidad de contraer un nuevo matrimonio y de forma determinada. En realidad, el divorcio no era más que la separación de cuerpos:

20. El divorcio es temporal, y en ningún caso deja hábiles a las personas para contraer nuevo matrimonio, mientras viva alguno de los divorciados.

21. Son causas legítimas para el divorcio:

I. El adulterio, menos cuando ambos esposos se hayan hecho reos de este crimen, o cuando el esposo prostituya -a la esposa con su consentimiento; más en caso de que lo haga por la fuerza, la mujer podrá separarse del marido por decisión judicial, sin perjuicio de que éste sea castigado conforme a las leyes. Este caso, así como el de concubinato público del marido, dan derecho a la mujer para entablar la acción de divorcio por causa de adulterio.

II. La acusación de adulterio hecha por el marido a la mujer, o por ésta a aquél, siempre que no la justifiquen fin juicio.

III. El concubíto con la mujer, tal que resulte contra el fin esencial del matrimonio.

IV. La inducción con pertinacia al crimen, ya sea que el marido induzca a la mujer, o ésta a aquél.

V. La crueldad excesiva del marido con la mujer, ó de ésta con aquél.

VI. La enfermedad grave y contagiosa de alguno de los esposos.

VII. La demencia de uno de los esposos, cuando ésta sea tal, que fundamentalmente se tema por la vida del otro. En todos estos casos, el ofendido justificará en la forma legal su acción ante el juez de primera instancia competente, y éste, conociendo en juicio sumario, fallará inmediatamente que el juicio esté perfecto, quedando en todo caso a la parte agraviada el recurso de apelación y súplica.⁸

La propuesta de divorcio temporal, si bien no era una disolución absoluta del vínculo matrimonial como la conocemos actualmente, provocó la molestia de los grupos conservadores, pues gradualmente se iría autorizando al Estado para “destruir” el núcleo familiar. Esta forma de “divorcio temporal” se mantuvo hasta 1914 cuando el presidente Venustiano Carranza promulgó la *Ley sobre el Divorcio*. Esta Ley continuó con la idea de que el matrimonio es la unión entre hombre y mujer que se contrae siempre en concepto de *unión definitiva* a no ser que no se alcancen los fines para los

⁷ SOTO SOBREYRA Y SILVA, “Matrimonio y divorcio en sede notarial”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXV, número 264, Julio-diciembre de 2015, p. 121.

⁸ *Ibid.*

cuales fue contraída esta unión. Estos casos que son excepciones muy específicas, relevan a los cónyuges de la obligación de permanecer unidos durante su vida, en un estado irregular contrario a la naturaleza y a las necesidades humanas.

Para la época, esta ley fue más allá de la utilidad social de la familia y vio al divorcio como la forma de disolver uniones desgraciadas que fomentaban la discordia entre los miembros de la familia, así como una forma de evitar problemas que a futuro provocarían desmoralización social. A pesar de estas consideraciones, el divorcio siguió siendo contemplado por mutuo acuerdo, para determinadas causales y no como una garantía a las libertades personales o al proyecto de vida de los cónyuges. Para que el divorcio surtiera efectos de acuerdo a esta ley, se necesitaba el mutuo y libre consentimiento de los cónyuges (por lo que la voluntad de uno solo para terminar con el matrimonio no es válida) cuando el matrimonio tuviera más de tres años de celebrado o bien en cualquier tiempo y siempre con determinadas causales, dependiendo las establecidas por la legislación civil local. Disuelto este matrimonio los cónyuges podrían contraer uno nuevo.

La *Ley de Relaciones Familiares* expedida en 9 de abril de 1917 y publicada el 14 de abril del mismo año, cambio su concepto de matrimonio, definiéndolo como “*el contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer que se unen con un vínculo dissoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida*”. Esta definición rompe con la definición del matrimonio indisoluble manejada por los demás ordenamientos y la tradición religiosa, permitiendo el divorcio con expresión de causa, siendo éstas:

Art. 75 (Ley de Relaciones Familiares de 1917).—Son causas de divorcio:

I. El adulterio de uno de los cónyuges;

II. El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse el contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo;

III. La perversión moral de alguno de los cónyuges, demostrada por actos del marido para prostituir a la mujer, no sólo cuando lo haya hecho directamente, sino también cuando haya recibido cualquiera remuneración con el objeto expreso de que otro tenga relaciones ilícitas con ella; por la incitación o la violencia de uno de los cónyuges al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal; por el conato de cualquiera de ellos para corromper a los hijos o la simple tolerancia en su corrupción, o por algún otro hecho inmoral tan grave como los anteriores;

IV. Ser cualquiera de los cónyuges incapaz para llenar los fines del matrimonio, o sufrir sífilis, tuberculosis, enajenación (sic) mental incurable, o cualquiera otra enfermedad crónica incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria.

V. El abandono injustificado del domicilio conyugal por cualquiera de los consortes, durante seis meses consecutivos;

VII. La ausencia del marido por más de un año, con abandono de las obligaciones inherentes al matrimonio;

VIII. La sevicia, las amenazas o injurias graves o los malos tratamientos de un cónyuge para el otro, siempre que éstos y aquéllas sean de tal naturaleza que hagan imposible la vida común;

X. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;

XI. Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible en cualquiera otra circunstancia o tratándose de persona distinta de dicho consorte, siempre que tal acto tenga señalado en la ley una pena que no baje de un año de prisión.

XII. El mutuo consentimiento.

Art. 76.—El adulterio de la mujer es siempre causa de divorcio; el del marido lo es solamente cuando con el concurre alguna de las circunstancias siguientes:

I. Que el adulterio haya sido cometido en la casa común;

II. Que haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa conyugal;

III. Que haya habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima;

IV. Que la adúlera haya maltratado, de palabra o de obra, o que por su causa se haya maltratado de alguno de esos modos, a la mujer legítima.

Art. 76 (SIC).—Es causa de divorcio el conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, ya lo sean éstos de ambos, o de uno solo de ellos. La tolerancia debe consistir en actos positivos, sin que sean causa de divorcio las simples omisiones.

Posteriormente, el Código Civil de 1928 que inicio su vigencia hasta 1932, reguló por su cuenta al divorcio, aunque fuera aplicable al mismo tiempo la Ley de Relaciones Familiares, siendo así:

Artículo 266. (Código Civil de 1928).—El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

Artículo 267.—Son causas de divorcio:

I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;

II. El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato y que judicialmente sea declarado ilegítimo;

III. La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no solo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se prueba que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer;

IV. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge a otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal;

V. Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;

VI. Padecer sífilis, tuberculosis o cualquier otra enfermedad crónica o incurable que sea, además contagiosa o hereditaria y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio;

VII. Padecer enajenación mental incurable;

VIII. La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada;

IX. La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio;

X. La declaración de ausencia legalmente hecha o la de presunción de muerte en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta que proceda la declaración de ausencia;

XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro;

XII. La negativa de los cónyuges de darse alimentos, siempre que no puedan hacerse efectivos los derechos que les concede la ley;

XIII. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;

XIV. Haber cometido alguno de los cónyuges un delito que no sea político pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor a dos años;

XV. Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal;

XVI. Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión;

XVII. El mutuo consentimiento.

Desde el Código Civil de 1928, el divorcio ha evolucionado tanto que la larga lista de causales dejó de ser funcional a la sociedad y entonces fue necesario modificar la ley para derogar las causales bajo las que surtía efectos el divorcio y dejar solo al divorcio por mutuo consentimiento e incluso permitir que la voluntad de uno solo de los cónyuges disolviera el matrimonio. Después de todo, si el matrimonio es un contrato en cuanto a acuerdo de voluntades y como todo acto jurídico requiere de la voluntad para existir, la ausencia de afecto y voluntad tanto de ambas como de una sola de las partes sería suficiente para extinguir dicho contrato y permitir que contraigan matrimonio de nuevo en el futuro de acuerdo a sus intereses. En consecuencia,

el *Código Civil para el Distrito Federal*, vigente desde 1932 hasta la fecha, tuvo que ser reformado el 3 de octubre del 2008 para establecer el “*Divorcio incausado o unilateral*”, coloquialmente conocido como “*Divorcio exprés*”. Se modificaron los artículos 266 y 267 del Código Civil (junto a más disposiciones y leyes relacionadas en materia civil) para permitir su tramitación, siendo este el resultado:

Artículo 266.—El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. Podrá solicitarse por uno o ambos cónyuges cuando cualquiera de ellos lo reclame ante la autoridad judicial manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que se requiera señalar la causa por la cual se solicita, siempre que haya transcurrido cuando menos un año desde la celebración del mismo.

Solo se decretará cuando se cumplan los requisitos exigidos por el siguiente artículo.

Artículo 267.—El cónyuge que unilateralmente deseé promover el juicio de divorcio deberá acompañar a su solicitud la propuesta de convenio para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial, debiendo contener los siguientes requisitos:

I. La designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces;

II. Las modalidades bajo las cuales el progenitor, que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos;

III. El modo de atender las necesidades de los hijos y, en su caso, del cónyuge a quien deba darse alimentos, especificando la forma, lugar y fecha de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento;

IV. Designación del cónyuge al que corresponderá el uso del domicilio conyugal, en su caso, y del menaje;

V. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y el proyecto de partición;

VI. En el caso de que los cónyuges hayan celebrado el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes deberá señalarse la compensación, que no podrá ser superior al 50% del valor de los bienes que hubieren adquirido, a que tendrá derecho el cónyuge que, durante el matrimonio, se haya dedicado preponderantemente al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos. El Juez de lo Familiar resolverá atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso.

Esta sería la primera vez que la institución del divorcio tendría congruencia con los Derechos Humanos que establecen —entre otras denominaciones similares— el “*Libre desarrollo de la personalidad*”, derecho inherente a cada uno de los cónyuges por el hecho de ser seres humanos, derivado de la dignidad humana y que consiste en el derecho de todo individuo a elegir en forma libre y autónoma su proyecto de vida. Tal derecho es el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de la persona a ser individualmente como desea ser, sin coacción ni controles injustificados, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera y comprende, la libertad de contraer matrimonio, no hacerlo; o terminarlo, de procrear hijos y cuántos, o bien, decidir no tenerlos; de escoger su apariencia personal; su profesión o actividad laboral, la libre orientación sexual, y demás aspectos que representan la forma en que una persona desea proyectarse y vivir su vida.⁹

Las causales contempladas por la Ley del Matrimonio, la Ley del Divorcio, los Códigos Civiles y la Ley de Relaciones Familiares, son inoperantes actualmente pues simbolizan un retroceso, más allá de la libre determinación personal, en el acceso a la justicia sobre todo para las mujeres, pues la legislación civil y familiar, responsabilizó, antaño a la mujer de la cohesión familiar y su cuidado provocando que se mantuviera en una relación de dependencia con el varón. Algunas de las causales fueron limitantes para la libertad de la mujer y la culparon de la disolución del matrimonio, fomentando estereotipos y prejuicios de género, inaceptables a la luz de la incipiente perspectiva de género y el derecho a la igualdad entre el varón y la mujer contenida en el actual Artículo 4º Constitucional.

Con esta reforma desaparecieron las causales de divorcio. Sin embargo, hasta ese momento, la definición del divorcio contenía la expresión “*siempre que haya transcurrido cuando menos un año desde la celebración del mismo (matrimonio)*”; lo que obliga a los cónyuges a permanecer en una relación cuando menos un año (desde la celebración) siendo ésta, una restricción al derecho humano al libre desarrollo de la personalidad.

Para solucionar esta controversia, relacionada al plazo; el Poder Judicial se vio en la necesidad de resolver en 2017, mediante Jurisprudencia derivada de una Contradicción de Tesis:¹⁰

⁹ DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE. Tesis: P. LXVI/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009.

¹⁰ DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA. EL ARTÍCULO 266 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, EN CUANTO EXIGE QUE PARA SOLICITARLO HAYA DURADO CUANDO

DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA. EL ARTÍCULO 266 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, EN CUANTO EXIGE QUE PARA SOLICITARLO HAYA DURADO CUANDO MENOS UN AÑO DESDE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO, ES INCONSTITUCIONAL.—El precepto indicado, al establecer que podrá solicitarse el divorcio por uno o ambos cónyuges cuando cualquiera de ellos lo reclame ante la autoridad judicial, manifestando su voluntad de no querer continuar unido en matrimonio, para lo cual es necesario que haya transcurrido cuando menos un año desde la celebración de éste, viola el derecho humano al libre desarrollo de la personalidad reconocido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, toda vez que esperar el transcurso de un año constituye una restricción indebida al desconocer el derecho humano al libre desarrollo de la personalidad, como especie de la dignidad humana, además porque no respeta la autonomía de la libertad de uno o de ambos cónyuges de decidir, voluntariamente, no seguir unido en matrimonio; violación que se concreta porque el Estado tiene prohibido interferir en la elección libre y voluntaria de las personas, en cuya medida el legislador debe limitarse a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de los planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno elija, así como impedir la interferencia de otras personas en la persecución de esos planes de vida.

De esta resolución se rescata:

a) Que el matrimonio se forme por dos personas para compartir un proyecto de vida, tampoco obliga a los mismos a permanecer unidos a pesar de que existan hijos de por medio, ya no haya afecto o la convivencia sea imposible.

b) Si la voluntad de las partes se toma en cuenta para construir el matrimonio, también debe atenderse a ella para que éste continúe o termine.

c) Se debe proteger la libertad de los cónyuges por medio de la autonomía personal de cada uno.

d) El divorcio incausado sin necesidad de plazo era posible para los habitantes de otras entidades federativas, por lo que, de no implementarse en la Ciudad de México se crea una situación de desigualdad entre los habitantes de la ciudad como de otros estados mostrando una merecida diferencia en el trato, sin justificación alguna.

e) El derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, es un derecho que garantiza la autonomía de la voluntad de la persona, tanto al contraer matrimonio, como al terminarlo. Este derecho no puede limitarse o restringirse a un cierto tiempo, porque al coartar la voluntad hay una In-

MENOS UN AÑO DESDE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO, ES INCONSTITUCIONAL. Tesis: PC.I.C. J/42 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, febrero de 2017.

terferencia injustificada en el disfrute del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

f) Por último, lo que se disuelve es la relación matrimonial, no la relación familiar.

Es de amplio conocimiento que el divorcio se tramita ante un juez de lo familiar sea promovido de mutuo acuerdo o de forma unilateral. Pero *¿es necesaria la presencia de un juez de lo familiar para tramitar el divorcio o podría hacerlo también un oficial/juez del registro civil, en el entendido de que ante ellos se celebra el matrimonio?* La respuesta es sí y a esto se le conoce como divorcio administrativo.

Suele pensarse que el divorcio administrativo es de creación reciente. En realidad, recibió este nombre en las reformas al Código Civil de la Ciudad del Distrito Federal del 25 de mayo del 2000, pero existió desde el Código Civil de 1928 como alternativa para tramitar el divorcio por mutuo consentimiento siempre y cuando se reunieran otros requisitos que no ameritaran la intervención de jueces de lo familiar:

Artículo 272 (Código Civil de 1928).—Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo este régimen se casaron, se presentarán personalmente ante el oficial del registro civil del lugar de su domicilio; comprobarán con las copias certificadas respectivas de son casados y mayores de edad y manifestarán de manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse.

Para el año 1973, únicamente cambió la denominación de Oficial del registro civil a Juez de registro civil:

Artículo 272 (Código Civil reformado el 14 de marzo de 1973).—Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, se presentarán personalmente ante el Juez del Registro Civil del lugar de su domicilio; comprobarán con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad, y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse.

La misma redacción perduró hasta el 25 de mayo del 2000 cuando se reformó el Código Civil y quedó de esta forma:

Artículo 272.—Procede el divorcio administrativo cuando habiendo transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio, ambos cónyuges convengan en divorciarse, sean mayores de edad, hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes, si están casados bajo ese régimen patrimonial, la cónyuge

no esté embarazada, no tengan hijos en común, o teniéndolos, sean mayores de edad, y éstos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges. El Juez del Registro Civil, previa identificación de los cónyuges, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a éstos para que la ratifiquen a los quince días. Si los cónyuges lo hacen, el Juez los declarará divorciados y hará la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

El texto actual al año 2018 establece:

Artículo 272.—Procede el divorcio administrativo cuando habiendo transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio, ambos cónyuges convengan en divorciarse, hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes, si están casados bajo ese régimen patrimonial, la cónyuge no esté embarazada, no tengan hijos en común o teniéndolos sean mayores de edad, y éstos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges. El juez del Registro Civil, previa identificación de los cónyuges, y ratificando en el mismo acto la solicitud de divorcio, levantará un acta en que los declarará divorciados y hará la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

La exposición de motivos tras la reforma del año 2000 reveló que la necesidad de implementar el divorcio administrativo respondía a un reclamo de simplificación jurídica ante la realidad de la convivencia fracturada en el matrimonio. Aunque ya sabemos que lo único que sucedió fue que se le dio nombre a una figura ya existente desde 1928. De la misma exposición no hay que ignorar que el legislador, aunque “facilitó” el trámite de divorcio, manifestó que existe “*interés social en que los matrimonios no se disuelvan fácilmente*”,¹¹ empero se entiende que el legislador dejó subsistir trámites en el proceso de divorcio en un afán de mantener la unión familiar atentando una vez más contra la libre determinación del proyecto de vida, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de los cónyuges.

III. EL DIVORCIO NOTARIAL

El quehacer del notario consiste en escuchar a quienes concurren ante él, interpretar sus deseos y necesidades, aconsejarles ofreciendo un abanico de soluciones jurídicas, investiga la capacidad física y jurídica de los solicitantes, redacta el acto jurídico con claridad y suficiencia que no deja lugar a interpretación judicial; certifica dando fe de todo lo que conlleva el acto asentado en instrumento público y lo autoriza con su sello convirtiendo la

¹¹ Asamblea Legislativa del Distrito Federal, Exposición de Motivos, Diario de los Debates No. 10 del 17 de abril del 2000. Publicado en la Gaceta Oficial el 25 de mayo del 2000.

voluntad de los interesados en un documento con pleno valor probatorio y fuerza ejecutiva. En este tenor es comprensible que un notario también esté en las condiciones de ser facultado para tramitar un divorcio cuando exista el acuerdo de los cónyuges.¹²

El derecho a la libre determinación del proyecto de vida, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad de los cónyuges se manifiesta desde la voluntad de constituir el matrimonio hasta la voluntad para disolverlo. Esta libertad significa que la decisión tomada no debe ser vista necesariamente como procedimiento judicial o administrativo ante poderes del Estado, sino simplemente como la exteriorización del fin de una relación afectiva, que bien podría realizarse por conducto de un auxiliar de la administración de justicia como lo es el Notario Público.

Según el artículo 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, el ejercicio jurisdiccional en todo tipo de asuntos civiles, mercantiles, penales, familiares y del orden federal en los casos en que expresamente las leyes les confieran jurisdicción, corresponde a los servidores públicos y órganos judiciales señalados por la misma ley. En un último párrafo se permite la intervención a servidores públicos y auxiliares de la administración de justicia en los términos en que la misma ley orgánica, los códigos de procedimientos y demás leyes aplicables lo permitan, entrando en esta categoría los notarios públicos, esto se reafirma en la Ley del Notariado para la Ciudad de México.¹³

Como vimos en secciones pasadas, los cónyuges pueden asistir ante un juez para promover el divorcio incluso si no existen controversias en razón de guarda y custodia, separación de bienes, etc. y la única razón es el mero deseo de terminar el matrimonio. En *strictu sensu*, el divorcio se convierte en un acto de Jurisdicción Voluntaria ya que “*por solicitud de los interesados se requiere la intervención de un juez sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre las partes*”.¹⁴

Al considerar al divorcio como un acto de jurisdicción voluntaria logra encuadrarse en los supuestos que contempla el Artículo 166 de la Ley del Notariado para la Ciudad de México, disposición que faculta al notario público a intervenir en actos de jurisdicción voluntaria y consolidando un punto a favor del divorcio notarial:

¹² PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Redacción de actas y escrituras notariales*, Editorial Porrúa, México, 2017, pp. 3-4.

¹³ Artículo 4 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México y Artículo 11 de la Ley del Notariado para la Ciudad de México.

¹⁴ Artículo 893. Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México.

Artículo 166.—En los términos de esta ley se consideran asuntos susceptibles de conformación por el Notario mediante el ejercicio de su fe pública, en términos de esta Ley:

I. Todos aquellos actos en los que haya o no controversia judicial, los interesados le soliciten haga constar bajo su fe y asesoría los acuerdos, hechos o situaciones de que se trate;

II. Todos aquellos en los que, exista o no controversia judicial, lleguen los interesados voluntariamente a un acuerdo sobre uno o varios puntos del asunto, o sobre su totalidad, y se encuentren conformes en que el notario haga constar bajo su fe y con su asesoría los acuerdos, hechos o situaciones de que se trate, siempre que se haya solicitado su intervención mediante rogación;

III. Todos aquellos asuntos que en términos del Código de Procedimientos Civiles conozcan los jueces en vía de jurisdicción voluntaria en los cuales el notario podrá intervenir en tanto no hubiere menores no emancipados o mayores incapacitados. En forma específica, ejemplificativa y no taxativa, en términos de este capítulo y de esta ley:

a) En las sucesiones en términos del párrafo anterior y de la sección segunda de este capítulo;

b) En la celebración y modificación de capitulaciones matrimoniales, disolución y liquidación de sociedad conyugal;

c) En las informaciones ad perpetuam, apeos y deslindes y demás diligencias, excepto las informaciones de dominio.

Las autorizaciones y habilitaciones especiales de sujetos a quienes falte capacidad jurídica se regirán por lo dispuesto en el Código Civil y en las demás normas correspondientes.

El Notario, a pesar de no ser autoridad, su presencia en el divorcio dando fe de la voluntad de las partes también podría acarrear beneficios como reducción de costos y tiempo tanto para los interesados como para el Estado; menor impacto psicológico para las partes y sus familias, la descongestión de procedimientos en juzgados familiares y la administración pública de esta Ciudad, así como una mejor redistribución de tiempo, trabajo y recursos humanos.¹⁵

Esta forma de divorcio no es nueva en México, ni en el mundo. Países como Argentina, Cuba, España o Portugal ya lo han establecido en sus legislaciones civiles, mientras que, en interior de la República Mexicana, los estados de Chihuahua, Coahuila, el Estado de México, Quintana Roo, Puebla

¹⁵ PÉREZ GALLARDO, Leonardo, “Un Fantasma recorre Latinoamérica en los albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Volumen XXVII, 2009, pp. 341-353.

o Sonora, han hecho lo mismo en sus legislaciones facultado a sus Notarios Públicos para asentar en escritura pública el divorcio.

Veamos algunas consideraciones de la figura del Divorcio Notarial.¹⁶

**A. LA AMPLITUD DE LA PROTECCIÓN
AL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD
A TRAVÉZ DE LA FE PÚBLICA**

El libre desarrollo de la personalidad es el derecho natural de toda persona a ser individualmente como quiera ser, sin coacción, controles injustificados y a elegir en forma libre y autónoma su proyecto de vida. El Estado, en su carácter de garante de derechos humanos y libertades para todos los ciudadanos debe proveer a los mismos de los medios para un desarrollo humano digno y libre; por lo tanto, ofrecer una otra alternativa a la disolución del vínculo matrimonial, realizándose ante una persona investida de fe pública, constituye un modo de ampliar la protección que el Estado otorga a la autonomía, libertad y dignidad de sus ciudadanos. Facultar al notario para celebrar un divorcio en ningún momento deroga las facultades de la autoridad judicial o de la administrativa para realizar dicho acto;¹⁷ tampoco obliga a nadie a acudir ante él. Solo es una alternativa más para materializar la voluntad de las partes y amplia el número de instancias ante las cuales acudir.

El Colegio Nacional del Notariado Mexicano define al notario como un *profesional del derecho investido de fe pública por el Estado, que brinda seguridad y certeza jurídicas a actos y hechos de los que da fe, de manera imparcial y autónoma; tiene a su cargo la recepción, redacción y otorgamiento de forma legal a la voluntad del compareciente en instrumentos públicos.* Esta investidura otorgada por el Estado genera en los interesados un sentimiento de confianza, de profesionalismo y de buena fe para encomendar sus decisiones más íntimas como lo es el divorcio.

En España, uno de los países en los que se estableció el divorcio notarial con la Ley 15/2015 del 2 de Julio de Jurisdicción Voluntaria, el divorcio se puede formalizar ante notario siempre que sea de mutuo acuerdo, cuando no existan hijos menores de edad o incapaces y cuando exista convenio donde se determine el destino de los bienes. En Colombia, también es necesario el mutuo acuerdo de las partes.

¹⁶ MIGUEL CULACIATI, Martín, “Razones y sin razones que demoran la des judicialización del divorcio en Argentina”, *Revista IUS*, Volumen 9, Número 36, diciembre 2015.

¹⁷ SOTO SOBREYRA Y SILVA, “Matrimonio y divorcio en sede notarial”, *Revista de la Facultad de derecho de México*, Tomo LXV, número 264, Julio-diciembre 2015, p. 146.

En el estado de Puebla, el divorcio notarial se regula de forma que se entiende que es un tipo de divorcio administrativo. El Código Civil del Estado de Puebla dispone:

Divorcio administrativo:

Artículo 436.—Los cónyuges que pretendan divorciarse administrativamente deben:

- I. Ser mayores de edad.
- II. No haber procreado ni adoptado hijos;
- III. Estar sometidos a separación de bienes, como régimen económico actual de su matrimonio o, en caso de ser ese régimen el de sociedad conyugal, no haber adquirido bienes inmuebles que sean gananciales y haber liquidado esa sociedad por convenio.
- IV. No estar la mujer encinta.
- V. Tener su domicilio familiar actual dentro del territorio del Estado de Puebla, y haberlo tenido en él los seis meses anteriores a su promoción.
- VI. Tener más de un año de casados.

Artículo 437.—Son aplicables al divorcio administrativo, entre otras, las siguientes disposiciones:

- I. Los cónyuges que reúnan los requisitos del artículo anterior, se presentarán personalmente ante el Juez del Registro del Estado Civil de su domicilio familiar, si dicho Juez es abogado titulado, o en caso contrario, ante el director del Registro Civil en la Capital del Estado.
- II. Comprobarán con certificado médico que la mujer no está en cinta; y con los documentos respectivos los demás requisitos que exige el artículo anterior.
- III. Declararán bajo protesta de decir verdad que no tuvieron hijos en su matrimonio, ni adoptaron alguno.
- IV. Manifestarán expresamente su voluntad de divorciarse.

Artículo 438.—El Juez del Registro del Estado Civil o en su caso el director del Registro Civil hará constar, en diligencia de la que levantará acta, la solicitud de divorcio, citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días, y si lo hacen y notare que la decisión de éstos es irrevocable, los declarará divorciados.

Por su parte, el Estado de México lo regula de esta forma en su Código Civil:

Clases de divorcio

Artículo 4.89.—El divorcio se clasifica en incausado, voluntario, administrativo y notarial. Es incausado cuando cualquiera de los cónyuges lo solicita sin que exista necesidad de señalar la razón que lo motiva y es voluntario cuando se solicita de común acuerdo.

Divorcio ante Notaría Pública

Artículo 4.89 bis.—Los cónyuges podrán acordar su separación de mutuo acuerdo ante Notaría Pública, para que a través de convenio de divorcio asentado en escritura pública disuelvan el vínculo matrimonial, siempre y cuando no tengan hijas o hijos menores de edad o mayores sujetos a tutela y hubieren liquidado la sociedad conyugal, si la hubiere.

Como vemos, la mayoría de las legislaciones requiere de un convenio entre los cónyuges, asentado en el mismo instrumento público donde se asiente la disolución del matrimonio y cuyo incumplimiento sea resuelto ante juez competente en relación a hijos y bienes o definitivamente requieren la ausencia de hijos menores o incapaces y bienes que liquidar cuando se trata de sociedades conyugales. El requisito de este acuerdo encaja con los supuestos del 166 de la Ley del Notariado de la Ciudad de México, pues para intervenir el notario no debe haber controversia judicial, debe hacer acuerdo en uno o varios puntos o no debe haber menores no emancipados o mayores discapacitados. Sin embargo, como es de esperarse, de implementar el divorcio notarial de mutuo acuerdo en el futuro puede evolucionar a un divorcio notarial unilateral ya que el notario puede cumplir funciones de mediador jurídico o conciliador.¹⁸ Por otra parte, el divorcio notarial tampoco se trata de una “privatización” de la institución de divorcio, primamente, porque el divorcio ya de por sí es un acto privado y segunda, sin importar ante quien se lleve a cabo siempre requerirá de un costo como se verá más adelante.

B. REDUCCIÓN DE TIEMPO Y DEL DESGASTE DE LOS INTERESADOS EN EL PROCESO

El divorcio es una decisión relevante en el proyecto de vida de las personas que han contraído matrimonio. Por lo que la disolución de un vínculo afectivo no es fácil para los interesados. Junto a las consecuencias jurídicas o patrimoniales que conlleva el divorcio, hay desgaste psicológico y emocional tanto para ellos como para sus familias. En muchos casos, la decisión de divorciarse conlleva a experimentar una etapa de desorganización en la que se deteriora la comunicación, se descuidan los detalles y se pierde el interés por los intereses de la pareja. Entre menos dificultades se presenten en el proceso de separación es más fácil asimilar la separación y se disminuyen los sentimientos de crisis o dolor, haciendo que el duelo sea corto y no re-

¹⁸ Artículo 33 de la Ley del Notariado para la Ciudad de México.

percata en terceros como pueden ser hijos (de cualquier edad) u otros familiares. La causa de los efectos nocivos psicológicos, no es el divorcio, sino sus circunstancias.¹⁹

Sin perder de vista el tiempo natural que se lleva un solo trámite de divorcio, el creciente número de casos, junto con otros asuntos comunes a los juzgados familiares, provoca sobrecarga de trabajo, la cual deriva en falta de tiempo y esto hace que los divorciantes enfrenten un proceso largo y desgastante tanto física como emocionalmente, lleno de situaciones estresantes y abriendo la posibilidad a la indecisión que derive en desistirse del divorcio o en un vaivén de reconciliaciones y agresiones que prolonguen el proceso más allá de lo necesario. En este caso, la intervención de un Notario Público convierte al divorcio en un acto sencillo, que toma menos tiempo, así como menos desgaste físico ya que el divorcio se puede hacer ante el notario de su preferencia tanto en su despacho como fuera del mismo y en consecuencia menos desgaste emocional. Este punto se relaciona directamente con el siguiente.

C. DESCONGESTIÓN JUDICIAL Y REDISTRIBUCIÓN DE RECURSOS

Dada la diversificación de formas, las solicitudes de divorcio han aumentado de forma considerable en los últimos 16 años. Este aumento significa carga de trabajo para los juzgados familiares, imposibilitando que otros asuntos que irremediablemente necesitan la intervención de un juez o incluso aquellos divorcios que requieren de esta intervención, no sean desahogados a la brevedad posible.²⁰

En Cuba, a partir de la entrada en vigor de la Ley número 50 de 28 de diciembre de 1984 o “Ley de las Notarías Estatales” se transfirió a la actividad notarial el conocimiento de los expedientes de jurisdicción voluntaria (entre ellos los divorcios) que anteriormente se resolvían por los tribunales, lo que ha permitido a los notarios acumular una experiencia valiosa en la autorización de dichos actos jurídicos y una descongestión de la carga de los tribunales cubanos.

En consecuencia, hay una reducción de carga de trabajo para los juzgados, permitiendo que el tiempo y recursos que se invierten en la sobrecarga

¹⁹ AGUILÓN LEÓN, Ismael, “Consecuencias económicas y psicológicas del divorcio en las mujeres. Un enfoque micro regional en Pachuca, Hidalgo”, *Revista de Investigación en Ciencias Sociales y Humanidades*, Septiembre-Diciembre del 2010, p. 11.

²⁰ SOTO SOBREYRA Y SILVA, “Matrimonio y divorcio en sede notarial”, *Revista de la Facultad de derecho de México*, Tomo LXV, número 264, Julio-diciembre de 2015, p. 137.

de controversias se distribuyan entre los demás asuntos de su competencia; logrando justicia pronta y expedita para las partes ya sea ante juez o ante notario y permitiendo que los asuntos no relacionados con divorcio (o los que requieran forzosamente de la intervención de jueces) sean resueltos de la forma más rápida.

IV. CONCLUSIONES

Hemos demostrado que facultar al notariado de la Ciudad de México para celebrar un divorcio no constituye más que una nueva alternativa de tramitar un divorcio más amable. El matrimonio desde su naturaleza como acuerdo de voluntades no requiere más que la voluntad de los involucrados para extinguirse y tampoco necesita causales o la forzosa intervención de los poderes del Estado para que valga o surta efectos. Son más los beneficios que puede aportar el divorcio notarial desde la perspectiva de la jurisdicción a la población: se libera a las personas más rápido del vínculo dañado, el trámite es más rápido que el que se celebra ante diferente estancia, se invierte menos dinero, se disminuye la carga de trabajo para los juzgados familiares permitiendo que los asuntos (entre ellos los divorcios) que obligatoriamente necesitan la intervención judicial se resuelvan de forma pronta y expedita, se otorga a los interesados la certeza y seguridad jurídica de que su voluntad es válida y en general a la población se le amplia la libertad de elección sobre el por qué, cómo, cuándo y ante quien; se realiza su divorcio.

El divorcio es un trámite cuya solicitud ha aumentado, pero también es el cierre de un ciclo y una relación; la dinámica familiar ha cambiado y como juristas debemos moldear el sistema para adaptarse a las nuevas exigencias de la realidad e, inclusive, adelantarnos a los cambios sociales del futuro. La población requiere nuevos esquemas de solución de sus conflictos, que faciliten la separación de sus cónyuges. Esquemas que no provoquen daños emocionales, desgastes físicos y económicos innecesarios, disminuyendo la burocracia, haciendo más expedita la impartición de justicia y propiciando la solución amigable de los conflictos. Debe enfatizarse que el respeto a la decisión de uno o ambos cónyuges de solicitar la disolución del matrimonio no debe incidir en la afectación a la familia; pues, aunque este vínculo subsista no puede sobreponerse al respeto al libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad de los cónyuges. No se puede curar la falta de amor con la falta de libertad. **Lo mejor que podemos aprender del matrimonio es que la libertad y el amor son una gran elección.**

Hoy México requiere más que nunca fortalecer la solidaridad familiar. Las nuevas generaciones llamadas *milenians* no sólo deben reinventar el amor en el que se fundan el matrimonio y todas las relaciones familiares, sino también deben reinventar las instituciones que faciliten la convivencia más armónica para las parejas que al separarse buscan una segunda oportunidad.

Al igual que el matrimonio, el divorcio significa una decisión importante para los cónyuges, pues muy variados, complicados y personalísimos pueden ser las razones que lleven a que se acabe la voluntad de mantener el vínculo matrimonial, lo cual es muy diferente al vínculo familiar.

V. EPÍLOGO

En 1851, en pleno auge del capitalismo industrial, coincidiendo con la caída de la Segunda República y la instauración del Segundo Imperio por Napoleón III, Gustave Flaubert comenzó a escribir su magistral novela *Madame Bovary*. En ella no sólo relata las vicisitudes del matrimonio entre Charles y Emma Bovary, sino que además consagra la figura de una mujer que es símbolo del despertar de la conciencia femenina, que con el paso del tiempo ha sido convertida en un personaje arquetípico de la literatura y el cine.

Emma Bovary es una joven, cuya fascinación por la lectura de las novelas románticas la llevan a idealizar el amor como una pasión que extingue más que sus sentidos, todo ápice de razón y sentido común, en una espiral de vanidad y deseo que culminan no solo con la destrucción de su matrimonio, sino con la aniquilación de su propia personalidad hasta convertirla en la víctima de un sistema que penaliza la emancipación de la mujer y la castiga psicológicamente hasta llevarla al suicidio. En los términos de Jules de Gaultier: "Madame Bovary mide la distancia que existe en cada individuo entre lo imaginario y lo real, entre lo que es y lo que cree ser". Impresionado por el retrato psicológico que trazó Flaubert de Emma Bovary, Gaultier definió el bovarismo como el poder del ser humano "para concebirse otro del que es", forjándose así una personalidad ficticia. De este modo, el personaje de Flaubert dio nombre a una patología psicológica, el bovarismo, que consiste en la insatisfacción crónica producida por el frustrante contraste entre la ilusión y la realidad.

No obstante que desde el siglo XIX hasta nuestros días en el siglo XXI, la novela de Flaubert es un retrato psicológico y un termómetro de las tensiones políticas y sociales de su tiempo, su moraleja sigue vigente como símbolo de la insatisfacción vital de la clase media y de la mujer inconformista que no se resigna a llevar una existencia rutinaria y monótona dentro de los límites impuestos por la sociedad patriarcal.

El 23 de julio de 1859, el Presidente Benito Juárez promulgó Ley de Matrimonio Civil. En esa ley se exigía, como requisito esencial de validez del acto jurídico solemne del matrimonio, la lectura de los artículos 1, 2, 3, 4, y 15. Lo interesante es que el artículo 15 es el texto que se conoce como “Epístola de Melchor Ocampo”, en la cual se declaraba que el matrimonio es:

[...] el único medio moral de fundar la familia, de conservar la especie y de suplir las imperfecciones del individuo que no puede bastarse a sí mismo para llegar a la perfección del género humano. Este no existe en la persona sola sino en la dualidad conyugal. Los casados deben ser y serán sagrados el uno para el otro, aún más de lo que es cada uno para sí. El hombre cuyas dotes sexuales son principalmente el valor y la fuerza, debe dar y dará a la mujer, protección, alimento y dirección, tratándola siempre como a la parte más delicada, sensible y fina de sí mismo, y con la magnanimidad y benevolencia generosa que el fuerte debe al débil, esencialmente cuando este débil se entrega a él, y cuando por la Sociedad se le ha confiado.

Ante esta visión del matrimonio y de la mujer, es probable que la generación de Ocampo, Juárez y los liberales de su tiempo, si leyeron con atención la obra de Flaubert de Madame Bovary, quizás nos hayan alcanzado a comprender la profundidad de su significado, o de otro modo, se habrían adelantado en la emancipación de la mujer y en su igualdad con el hombre ante la Ley, tal como hoy lo señala el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Código Civil de la Ciudad de México (2018).
Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México.
Código Civil de 1928.
Ley del Matrimonio Civil de 1859.
Ley sobre el Divorcio de 1914.
Ley de relaciones Familiares de 1917.
Código Civil del Estado de México.
Código Civil del Estado de Puebla.
Ley 15/2015 del 2 de junio de Jurisdicción Voluntaria de España.
Ley del Notariado para la Ciudad de México.
Arancel de Notarios del Estado de México.
Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México.
Ley número 50 de 28 de diciembre de 1984 o “Ley de las Notarías Estatales” de Cuba.
Encyclopédia Jurídica Omeba, Tomo IX, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1954.

- MARGADANT S. Guillermo, *Derecho Romano Privado*, Editorial Esfinge, México, 1978.
- PETIT, Eugene, *Tratado elemental de Derecho Romano*, Editorial Porrúa, México, 1997.
- SOTO SOBREYRA Y SILVA, "Matrimonio y divorcio en sede notarial". *Revista de la Facultad de derecho de México*, Tomo LXV, número 264, julio-diciembre 2015.
- DE LA MATA PIZAÑA, Felipe, GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto, *Derecho Familiar y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal*, Editorial Porrúa, México, 2012, pp. 181 y 182.
- PEREZ GALLARDO, Leonardo, "Un Fantasma recorre Latinoamérica en los albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial", en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Volumen XXVII, 2009, pp. 341-353.
- MIGUEL CULACIATI, Martin, "Razones y sin razones que demoran la des judicialización del divorcio en Argentina", en *Revista IUS*, Volumen 9, Número 36, diciembre 2015.
- AGUILÓN LEÓN, Ismael, "Consecuencias económicas y psicológicas del divorcio en las mujeres. Un enfoque micro regional en Pachuca, Hidalgo", en *Revista de Investigación en Ciencias Sociales y Humanidades*, Septiembre-Diciembre del 2010. ISSN-1870-7289.
- DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Época: Novena Época. Tomo XXX, diciembre de 2009. Tesis: P. LXVI/2009.
- DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA. EL ARTÍCULO 266 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, EN CUANTO EXIGE QUE PARA SOLICITARLO HAYA DURADO CUANDO MENOS UN AÑO DESDE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO, ES INCONSTITUCIONAL. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Época: Décima Época Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Libro 39, febrero de 2017, Tomo II. Tesis: PC.I.C. J/42 C (10a.).

EL LAVADO DE DINERO Y EL APOYO DEL NOTARIADO AMERICANO PARA SU COMBATE

David Figueroa Márquez¹

El Lavado de dinero, el financiamiento al terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva, en la actualidad, son flagelos de la humanidad contra los cuales va encaminada, por conducto de los Organismos Internacionales, toda la fuerza de los Estados para abatirlos, a fin de liberar a la población mundial de estos azotes y, para tal efecto, a ese mismo nivel se dictan recomendaciones y lineamientos que con apoyo de las instituciones financieras y de profesionales como los notarios, los países deben adoptar, reformando o adecuando sus sistemas jurídicos que, no olvidemos, no son standard, por lo que resulta importante considerar sus especificidades a fin de lograr el fin deseado.

Es importante destacar que un *sistema jurídico*, en términos generales, es un conjunto de normas jurídicas, actitudes e ideologías vigentes en un país, sobre lo que es el derecho, su función en la sociedad y la manera en que se crea, aplica, perfecciona y enseña. De esta manera, podríamos decir que existen tantos sistemas como países pero nos centraremos en los predominantes que, primordialmente, son dos: El *civil law* y el *common law*.

El *common law* o *sistema anglosajón*, en síntesis, pues no es intención de este artículo hacer una apología del mismo, se deriva del sistema aplicado en la Inglaterra medieval y es utilizado en los territorios con influencia británica; se basa en la jurisprudencia más que en las leyes; en el análisis de las sentencias judiciales dictadas por los tribunales; y en la interpretación que en las sentencias se da a las leyes, por lo que las leyes son tan variadas y e inconsistentes como criterios judiciales se pronuncien, pues a los jueces compete su clarificación, por lo que puede afirmarse que la certeza jurídica nos es uno de los fines de este sistema jurídico.

¹ Titular de la Notaría número 57 de la Ciudad de México. Presidente de la Comisión Americana de la Unión Internacional del Notariado.

El *civil law* o *sistema continental*, en síntesis, es el que se aplica en la Europa continental y proviene de la separación entre las Islas Británicas y el resto del Continente Europeo; sus raíces están en el Derecho Romano, Germano y Canónico; su principal fuente es la ley antes que la jurisprudencia; sus normas se contienen, por regla general, en cuerpos legales unitarios, ordenados y sistematizados que se denominan Códigos; y la norma emana del poder legislativo, lo que implica que está dotada de legitimidad democrática, interpretada y aplicada por el poder judicial, por lo que puede afirmarse que uno de los fines de este sistema es la certeza jurídica.²

Entre los diversos Organismos Internacionales, la Unión Internacional del Notariado, por sus siglas UINL, agrupa a los países que adoptan el *sistema continental* o *civil law* para estructurar su notariado como institución de seguridad jurídica y desarrollo económico; Sus finalidades son, entre otras, facilitar las relaciones entre los notarios de diferentes países miembros e intercambiar información, con relación a la función notarial; representar al Notariado ante las Organizaciones Internacionales y colaborar con las mismas; y aportar su apoyo a la evolución del derecho en materia notarial, en aquellos países que lo soliciten.

La UINL se integra por 87 países de los cuales 22 son del continente Americano (a saber: Canadá, México, Guatemala, Honduras, Nicaragua, El Salvador, Costa Rica, Panamá, Puerto Rico, República Dominicana, Haití, Cuba, Venezuela, Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Argentina y Uruguay), 37 son del continente Europeo (Albania, Alemania, Andorra, Austria, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Chequia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Kosovo, Letonia, Lituania, Londres, Luxemburgo, Macedonia, Malta, Molda-

² “Si es verdad que la profesión de notario se ejerce de manera diferente según los países, también lo es que existe una distinción muy claramente marcada entre las regiones de derecho latino y los países anglosajones. En estos últimos, en efecto, la función notarial consiste principalmente en certificar la identidad del firmante de los documentos y, en consecuencia, ningún título especial de estudio es requerido para ejercerla; equivale, en suma a las funciones del canceller. En las naciones de derecho latino, por el contrario, el notario está encargado de expresar en forma legal la voluntad contractual de las partes y su intervención da al contrato su pleno valor jurídico y su fuerza ejecutiva, sin que haya necesidad de ninguna otra autoridad para su confirmación. La personalidad del notario se encuentra aquí formada por una misma tradición, sometida a deberes y formalidades similares, presentando rasgos comunes que justifican ampliamente el carácter de vuestra Unión”. Este fue el último discurso de Pío XII. Lo pronunció el 5 de octubre de 1958, en el V Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino. Apareció publicado el 16 de octubre de 1958 en *L’Osservatore Romano*. Acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

via, Mónaco, Montenegro, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania, San Marino, Serbia, Suiza, Turquía, Ucrania y Vaticano), de entre los cuales 22 son de la Unión Europea que cuenta, en total, con 28 países y de entre ellos 15 forman parte del Grupo de los 20 (G20); 18 países son del continente Africano (Argelia, Benín, Burkina Faso, Camerún, Centroáfrica, Chad, Congo, Gabón, Guinea, Madagascar, Malí, Marruecos, Mauricio, Mauritania, Níger, Senegal, Togo, Túnez); y 10 del continente Asiático (Armenia, China, Corea, Costa de Marfil, Georgia, Indonesia, Japón, Rusia, Mongolia y Vietnam); por lo que representa más de las 2/3 de la población mundial y más del 60% del Producto Interno Bruto Mundial.³

Se coordina por Comisiones Continentales, correspondiendo a la Comisión de Asuntos Americanos, por sus siglas CAAM, la representación del notariado continental que se integra por los 22 países del Continente Americano citados donde ejercen, aproximadamente, 101,315 notarios que atienden a una población de cerca de 634'820,196 personas y su misión es procurar el intercambio de conocimientos desde el punto de vista profesional, humano y académico de todos los notarios del continente americano, así como la fraternidad, el conocimiento mutuo y la solidaridad de sus integrantes.

La UINL es interlocutor del notariado con Organizaciones Internacionales y a la CAAM le corresponde tratar con: i). El Banco Mundial; ii). La Conferencia de Ministros de Justicia de Iberoamérica (COMJIB); iii). El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI); iv). El Grupo de Acción Fi-

³ La UINL se fundó el 2 de octubre de 1948, en ocasión del I Congreso Internacional organizado por el Colegio de Escribanos de la República de Argentina, celebrado en la Ciudad de Buenos Aires y al que acudieron 19 notariados (14 de América y 5 de Europa) que, atendiendo a la convocatoria del visionario escribano argentino José Adrián Negri, fungieron como fundadores de una organización notarial que, a la vuelta de los años, se ha convertido en una Organización No Gubernamental Internacional que agrupa a 87 notariados de igual número de países con, aproximadamente, 300,000 notarios que atienden a más de las 2/3 partes de la población mundial, lo que implica más del 60% del Producto Interno Bruto Mundial y cuyo primer estatuto fue aprobado en la Ciudad de Madrid, en ocasión del II Congreso Internacional del Notariado, organizado por el notariado español liderado, entonces, por don Rafael Núñez Lagos quien expresó: “*El 2 de octubre, fecha Santa para la Fé Pública nace en la Argentina el Primer Congreso Internacional, germen de la UINL. La iniciativa y mérito de este Primer Congreso pertenece exclusivamente al Ilustre Colegio de Escribanos de Buenos Aires*” quien merece en adelante la gratitud de todos los notarios de la latinidad”. Es por eso que cada dos de octubre todos los notariados miembros de la UINL recuerdan el Día del Notariado Latino”. El Notariado Latino en la Argentina y en el Mundo. Organización Nacional e Internacional del Notariado. María Belén Martínez Helguero. *Revista Notarial* 2008/01. N° 89. Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, p. 310.

nanciera de Latinoamérica (GAFI-LAT); v). El Grupo de Acción Financiera del Caribe (GAFIC); y vi). La Red Interamericana de Catastro y Registros de Propiedad, por citar algunas.

De entre esos Organismos Internacionales, el GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (GAFI), es un ente intergubernamental fundado en 1989 por Alemania, Canadá, los Estados Unidos de América, Francia, Italia, Japón y El Reino Unido, que conforman el Grupo de los 7 (G7); en el año de 1990 emitió sus primeras 40 recomendaciones con la finalidad primordial de combatir el lavado de dinero derivado del narcotráfico; después, en el año de 2001, emitió 8 (luego 9) recomendaciones especiales sobre el financiamiento al terrorismo y en el año de 2003 fueron avaladas por más de 180 países y son, ahora, el estándar internacional contra el lavado de dinero y financiamiento al terrorismo. Adicionalmente, GAFI ha identificado que los recursos provenientes de delitos fiscales se han convertido en una fuente significativa del lavado de dinero por lo que, por acuerdo, los países tienen libertad para determinar cuáles son los delitos fiscales que habrán de incorporarse como delitos vinculados al lavado de dinero; y para la realización y ejecución de las actividades tendientes a combatir esos delitos, se han creado las Unidades de Inteligencia Financiera (UIF).

Las UIF (que aparecieron en 1990) son Organismos que se encargan de reunir los informes sobre operaciones sospechosas que proporcionan las instituciones financieras y otras personas y entidades (PNFD), entre las que se encuentran los notarios, analizarlos y difundir los resultados entre los organismos policiales internos y las UIF de otros países con el fin de combatir el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo.

Las RECOMENDACIONES DE GAFI, en síntesis, constituyen un esquema de medidas que los países DEBEN implementar para:

1. Combatir el lavado de activos (ALA), el financiamiento del terrorismo (CFT) y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva (CFPADM);
2. Identificar los riesgos y desarrollar políticas y coordinaciones internas;
3. Aplicar medidas preventivas para el sector financiero y otros sectores designados;
4. Mejorar la transparencia y la disponibilidad de la información sobre el Beneficiario Final de las personas y estructuras jurídicas; y
5. Facilitar la cooperación Internacional. Su implementación es evaluada RIGUROSAZMENTE por medio de los Procesos de Evaluación Mutua, que concluyen en un REPORTE que da cuenta de la situación general de cada país evaluado.

EL REPORTE contiene un capítulo en el que se formula un PLAN DE ACCIÓN (recomendado) para mejorar el nivel de cumplimiento de las Recomendaciones, en el que se describen las acciones que el país evaluado DEBE seguir para cumplir en forma completa con las Recomendaciones.

Los criterios de Evaluación utilizados para calificar el nivel de cumplimiento, en cada caso, son:

1. Cumplido (C)
2. Mayormente cumplido (MC)
3. Parcialmente cumplido (PC)
4. No cumplido (NC)

El GAFI no tiene facultades para imponer multas o sanciones contra las naciones miembro que incumplan; sin embargo, en 1996 inauguró una política para tratar con las naciones que no cumplen con las Recomendaciones, que describe como “*un enfoque graduado dirigido a mejorar la presión ejercida por los países del grupo*”. El grupo obliga al país a entregar en las reuniones plenarias un informe sobre el progreso realizado.

El país que no cumple:

a) Puede recibir una carta del presidente del GAFI;
b) Una visita de una misión de alto nivel; o
c) Una declaración de GAFI pidiendo a las instituciones financieras internacionales que presten especial atención a las relaciones y transacciones comerciales con personas, compañías e instituciones financieras domiciliadas en el país incumplido. Adicionalmente, GAFI generó una iniciativa de identificar a los Países y Territorios No Cooperadores (por sus siglas en inglés, NCCT, *Non-Countries and Territories*) en la lucha global contra el lavado de dinero.

En el año 2000 elaboró unas LISTAS en que se recogen los países y territorios no cooperantes en la lucha contra el blanqueo de capitales o cuyas provisiones son insuficientes.

Las Listas pueden ser:

1. ROJA.
2. NEGRA.
3. GRIS OSCURECIDA.
4. GRIS.

1. LISTA ROJA: GAFI insta a sus miembros y a otras jurisdicciones a que protejan, mediante la aplicación de políticas preventivas efectivas, sus sistemas financieros de los riesgos de ALA/CFT/CPADM que emanan de los países y jurisdicciones que integran dicha lista; en ésta sólo se encuentra Corea de Norte, de acuerdo al último Informe del GAFI.

2. LISTA NEGRA: Se encuentran los países y territorios que presentan deficiencias estratégicas en el sistema implementado para combatir el LA/FT/PADM, que no han hecho progresos suficientes para solucionarlas o que no se han comprometido con el GAFI a desarrollar un plan que les ayude a superar las debilidades. GAFI recomienda a sus miembros y urge a todas las naciones a continuar advirtiendo a sus entidades financieras para que apliquen diligencia debida ampliada a los negocios y relaciones y transacciones con personas naturales y jurídicas de esos países. En esta Lista sólo aparece Irán, con la dispensa de un año (junio 2016 a junio 2017) de gracia para la aplicación del plan de fortalecimiento aprobado por el GAFI.

3. LISTA GRIS OSCURECIDA. Se integra por naciones que no denotan un progreso satisfactorio o poca efectividad en la aplicación del plan de acción acordado con el GAFI. Si estos países o territorios no realizan las acciones suficientes de sus planes de acción para la siguiente plenaria, entonces se procede a declararlos fuera de cumplimiento y se adoptan medidas adicionales como indicar a los países miembros a que consideren los riesgos derivados de las deficiencias asociadas con estas naciones. En la evaluación Técnica, si 8 o más de las Recomendaciones son calificadas como NC/PC o específicamente las Recomendaciones 3, 5, 10, 11 y 20, el país o territorio se manda a “*Seguimiento Intensivo*”. A la fecha, en esta Lista no se encuentra ningún país.

4. LISTA GRIS. Incluye a los países o territorios identificados con deficiencias estratégicas y que han elaborado un plan de acción para superarlas, aprobado por el GAFI. De aquí parte la conocida lista de “*International Co-operation Review Group (ICRG)*” o de seguimiento. Si 20 Criterios de las Recomendaciones 3,5,6,10,11 y 20, son calificados NC/PC, implica ingreso a la Lista ICRG. De igual manera si en la evaluación de eficacia se califican como Bajas o Moderadas en 9 de los 11 Resultados Inmediatos (En un rango de 7 Moderados y 2 Bajos) o simplemente bajo en 6 de los 11 Resultados Inmediatos, implica ingresar al ICRG. En función del avance mostrado aparecen: Etiopía, Irak, Serbia, Sri Lanka, Siria, Trinidad y Tobago, Túnez, Vanuato y Yemen.

Las 40 Recomendaciones de GAFI, se clasifican en 7 rubros, a saber:

I. POLÍTICAS Y COORDINACIÓN ALA/CFT, que comprende las Recomendaciones números 1 (evaluación de riesgos y aplicación de un enfoque basado en riesgo) y 2 (cooperación y coordinación nacional);

II. LAVADO DE ACTIVOS Y DECOMISO, que comprende las Recomendaciones números 3 (delitos de lavado de activos) y 4 (decomiso y medidas provisionales);

III. FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO Y FINANCIAMIENTO DE LA PROLIFERACIÓN, que comprende las Recomendaciones números 5 (delito de financiamiento del terrorismo), 6 (sanciones financieras dirigidas relacionadas con el terrorismo y el financiamiento del terrorismo), 7 (sanciones financieras dirigidas relacionadas a la proliferación) y 8 (organizaciones sin fines de lucro);

IV. MEDIDAS PREVENTIVAS, que comprende las Recomendaciones números 9 (leyes sobre el secreto de las instituciones financieras); dentro del marco “Debida Diligencia y Mantenimiento de Registros” las números 10 (debida diligencia del cliente) y 11 (mantenimiento de registros); dentro del marco “Medidas Adicionales para Clientes y Actividades Específicas” las números 12 (personas expuestas políticamente), 13 (banca corresponsal), 14 (servicio de transferencia de dinero o valores), 15 (nuevas tecnologías) y 16 (transferencias electrónicas); dentro del marco “Dependencia, Controles y Grupos Financieros” las números 17 (dependencia en terceros); 18 (controles internos y filiales subsidiarias) y 19 (países de mayor riesgo); dentro del marco “Reporte de Operaciones Sospechosas” las números 20 (reporte de operaciones sospechosas) y 21 (revelación =*tipping off*= y confidencialidad); y dentro del marco “Actividades y Profesiones No Financieras Designadas” las números 22 (debida diligencia del cliente) y 23 (otras medidas);

V. TRANSPARENCIA Y BENEFICIARIO FINAL DE PERSONAS JURÍDICAS Y OTRAS ESTRUCTURAS JURÍDICAS, que comprende las Recomendaciones números 24 (transparencia y beneficiario final de las personas jurídicas) y 25 (transparencia y beneficiario final de otras estructuras jurídicas);

VI. FACULTADES Y RESPONSABILIDADES DE AUTORIDADES COMPETENTES Y OTRAS MEDIDAS INSTITUCIONALES, que dentro del marco “Regulación y Supervisión” comprende las números 26 (regulación y supervisión de las instituciones financieras), 27 (facultades de los supervisores) y 28 (Regulación y supervisión de las APNFD); dentro del marco “Operativo y Orden Público” comprende las números 29 (unidades de inteligencia financiera), 30 (responsabilidades de las autoridades de orden público e investigativas), 31 (facultades de las autoridades de orden público e investigativas) y 32 (transporte de efectivo); dentro del marco “Requisitos Generales” comprende las números 33 (estadísticas) y 34 (guía y retroalimentación); y dentro del marco “Sanciones” comprende la número 35 (sanciones);

VII. COOPERACIÓN INTERNACIONAL, que comprende las Recomendaciones números 36 (instrumentos internacionales), 37 (asistencia legal mutua), 38 (asistencia legal mutua: congelamiento y decomiso), 39 (extradicción) y 40 (otras formas de cooperación internacional).

De entre todas las Recomendaciones relatadas, resulta relevante destacar sólo 23 de ellas, a saber:

i). Del Rubro “FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO Y FINANCIAMIENTO DE LA PROLIFERACIÓN”, la Recomendación 5 que obliga a los países a tipificar en su legislación penal, el delito de financiamiento al terrorismo; y la Recomendación 8 que establece que los países deben asegurarse que las Organizaciones sin fines de lucro no sean utilizadas para esconder u ocultar el desvío clandestino de fondos por las organizaciones terroristas.

ii). Del Rubro “MEDIDAS PREVENTIVAS”, la Recomendación 9 que dispone que los países deben asegurarse que las leyes sobre el secreto de las Instituciones Financieras no impida a éstas la implementación de las Recomendaciones; dentro del marco “Devida Diligencia y Mantenimiento de Registros”, la Recomendación 10 que compromete a los países para exigir a las Instituciones Financieras que, en materia de debida diligencia del cliente: a) Identifiquen al cliente y verifiquen su identidad; b) Identifiquen al beneficiario final; y c) Examinen las transacciones realizadas a lo largo de la relación comercial; y la Recomendación 11 que constriñe a los países a conservar por 5 años, al menos, los registros de transacciones y documentos de identificación de sus clientes o usuarios y a disposición de las autoridades; dentro del marco “Medidas Adicionales para Clientes y Actividades Específicas”, la Recomendación 12 que establece que los países deben exigir a las Instituciones Financieras tomar medidas para identificar a una persona expuesta políticamente (PEP) y para establecer la fuente de riqueza y de sus fondos; la Recomendación 15 por la que los países deben identificar y evaluar los riesgos de ALA/FT que pudieran surgir con respecto al desarrollo de nuevas prácticas comerciales y a nuevas tecnologías; y la Recomendación 16 por la que los países deben asegurar que las Instituciones Financieras incluyan la información sobre el originador y beneficiario de las transferencias electrónicas y mensajes relacionados; dentro del marco “Dependencia, Controles y Grupos Financieros”, la Recomendación 17 que obliga a las Instituciones Financieras, cuando dependan de terceros, que se aseguren que el tercero les suministre la identificación del cliente; la Recomendación 18 por la que los países deben exigir a los grupos financieros que implementen, a nivel de todo el grupo y de sus filiales subsidiarias, programas contra el LA/FT, incluyendo políticas y procedimientos para intercambiar información dentro del grupo a propósito de las ALA/CFT; y la Recomendación 19 que dispone que los países exijan a las Instituciones Financieras que sean más estrictas en su trato con las personas provenientes de los países que GAFI designó como de mayor riesgo; dentro del marco “Reporte de Operaciones Sospechosas”, la Recomendación 20 que constriñe a los países a exigir a las

Instituciones Financieras que reporten, de inmediato, sus sospechas a la UIF; y la Recomendación 21 por la que los países deben cuidar que las Instituciones Financieras, sus directores, funcionarios y empleados, estén protegidos por la ley, por la violación de alguna restricción sobre la revelación (*tippin-off*) de información impuesta por contrato o por ley; las Instituciones deben tener prohibido, por ley, revelar el hecho de que está entregando a la UIF un reporte de operaciones sospechosas (ROS); dentro del marco “Actividades y Profesiones No Financieras Designadas”, la Recomendación 22 que establece que los requisitos de debida diligencia del cliente y mantenimiento de registros establecidos en las Recomendaciones 10, 11, 12, 15 y 17, se aplican a las Actividades y Profesiones No Financieras Designadas (APNFD), en las situaciones siguientes: *“d) Abogados, notarios, otros profesionales jurídicos independientes y contadores cuando se disponen a realizar transacciones o realizan transacciones para sus clientes sobre las siguientes actividades: i) compra y venta de bienes inmuebles ii) creación, operación o administración de personas jurídicas u otras estructuras jurídicas, y compra y venta de entidades comerciales”*; y la Recomendación 23 que establece que los requisitos plasmados en las Recomendaciones 18 a 21 se aplican a todas las APNFD, sujetos a los requisitos siguientes: *“a). Debe exigirse a los ... notarios que reporten las operaciones sospechosas cuando por un cliente se involucran en una transacción financiera con relación a las actividades descritas en el párrafo d) de la Recomendación 22”*.

iii). Del Rubro “TRANSPARENCIA Y BENEFICIARIO FINAL DE PERSONAS JURÍDICAS Y OTRAS ESTRUCTURAS JURÍDICAS”, la Recomendación 24 que obliga a los países a tomar medidas para impedir el uso indebido de las personas jurídicas para el lavado de activos o financiamiento al terrorismo, transparentando al beneficiario final de sus actividades.

iv). Del Rubro “FACULTADES Y RESPONSABILIDADES DE AUTORIDADES COMPETENTES Y OTRAS MEDIDAS INSTITUCIONALES” y dentro del marco “Regulación y Supervisión”, la Recomendación 26 que establece que los países deben asegurar que las Instituciones Financieras estén sujetas a una regulación y supervisión adecuada y que implemente eficazmente las Recomendaciones de GAFI; la Recomendación 27 que establece que los países deben cuidar que los supervisores estén autorizados para requerir la información que sea relevante para el monitoreo del cumplimiento de las Recomendaciones de GAFI, por los sujetos obligados; y la Recomendación 28 que establece que las Actividades y Profesiones No Financieras Designadas deben estar sujetas a medidas de regulación y supervisión de la forma que se define a continuación: *“a)..... b) Los países deben asegurar que las demás categorías de APNFD estén sujetas a sistemas eficaces para el monito-*

reo y asegurar el cumplimiento con los requisitos ALA/CFT. Esto debe hacerse de acuerdo al riesgo. Ello puede ser ejecutado por: a). un supervisor b). un organismo autorregulador (OAR) apropiado, siempre que dicho organismo pueda asegurar que sus miembros cumplan con sus obligaciones para combatir el lavado de actos y el financiamiento del terrorismo"; dentro del marco "Operativo y Orden Público", la Recomendación 29 que constriñe a los países a establecer una Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) que sirva como un centro nacional para la recepción y análisis de: a) Reportes de transacciones sospechosas y b) Otra información relevante; y la Recomendación 32 por la que se obliga a los países a contar con medidas para detectar el transporte físico transfronterizo de moneda e instrumentos negociables; y dentro del marco "Requisitos Generales", la Recomendación 35 por la que los países deben asegurar que exista una gama de sanciones eficaces, proporcionales y disuasivas, sean penales, civiles o administrativas, para aplicar a quienes incumplan con los requisitos ALA/CFT; sanciones que deben aplicar a todos los sujetos obligados.

v). Del Rubro "COOPERACIÓN INTERNACIONAL", la Recomendación 36 por la que los países deben tomar medidas inmediatas para implementar en sus legislaciones los presupuestos acordados en las Convenciones Internacionales siguientes:

- a) La Convención de Viena contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, 1988;
- b) La Convención de Palermo contra la delincuencia organizada y sus protocolos, 2000;
- c) La Convención de la ONU contra la corrupción, 2003;
- d) El Convenio Internacional para la Represión de la Financiación al Terrorismo, 1999;
- e) La Convención del Consejo de Europa sobre el Crimen Cibernetico, 2001;
- f) La Convención Interamericana contra el Terrorismo, 2002; y
- g) El Convenio del Consejo Europa sobre Blanqueo, Detección, Embarazo y Decomiso de los Productos de un Delito y sobre el Financiamiento del Terrorismo, 2005.

Dentro del escenario que resulta del cúmulo de recomendaciones que GAIFI impone a los países para combatir los delitos de lavado de dinero, financiamiento al terrorismo la proliferación de armas de destrucción masiva, en las que los notarios deben coadyuvar como profesionistas no financieros designados, en el Congreso Internacional de la UINL celebrado en Marruecos, en el año 2010, las organizaciones notariales de los países miembros

acordaron la creación, en su seno, de ORGANISMOS CENTRALIZADOS PARA LA PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALES (OCP); recomendaron, a los legisladores nacionales, asegurar el anonimato de los notarios, porque en el contexto criminal o terrorista, se hace absolutamente esencial la garantía de la seguridad física del notario, de sus colaboradores y de las personas allegadas y, en resumen, la UINL aceptó la participación del notariado en la lucha y prevención de ALA/CFT, pero dentro de ciertos marcos y condiciones compatibles con el ejercicio de la función notarial, pues está consciente de que se trata de un problema mundial.

Para América, existe el GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL DE LATINOAMERICA (GAFILAT), que es un Ente Intergubernamental fundado el 8 de diciembre de 2000, en Cartagena de Indias, Colombia; agrupa a 16 países de América del Norte, Centro y Sur; goza de personalidad jurídica y la sede de su Secretaría está en la República de Argentina. En GAFILAT participan como observadores, entre otros, Alemania, los Estados Unidos de América, España, Francia, El Reino Unido, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), El Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional (FMI) y la Organización de Estados Americanos (OEA). GAFILAT apoya a sus miembros en la implementación de las 40 recomendaciones de GAFI y en la creación de un sistema regional de prevención privilegiando la información y sus dos herramientas principales son: las Medidas de Capacitación y las Evaluaciones Mutuas.

Conscientes de que la unión hace la fuerza y que un trabajo coordinado es más efectivo que la imposición de sanciones ante la, aparente, falta de cooperación por errores cometidos en el reporte del notariado de operaciones sospechosas o en el cumplimiento de los otros compromisos impuestos a las actividades y profesiones no financieras designadas, la CAAM y GAFILAT, en la sesión celebrada en la Ciudad de Buenos Aires, el 24 de julio de 2017, acordaron trabajar en conjunto para lograr que, la segunda, cumpla su finalidad de encontrar a la PERSONA FÍSICA que se beneficia de todas las técnicas utilizadas para dar apariencia de legalidad a los fondos y bienes de procedencia ilícita, considerando que la labor de los notarios es invaluable para la consecución de esa finalidad y, por ende, son coadyuvantes y no contrincantes y menos cómplices de los delincuentes; así pues, se logró una coordinación para definir criterios de actuación y uniformidad de respuestas.

Resulta importante resaltar que, ante el ingenio de los delincuentes en sus estrategias para encubrir el origen ilícito del dinero, por la comisión de los delitos de lavado de dinero, financiamiento al terrorismo o proliferación de armas de destrucción masiva, según lo expuesto en las líneas anteriores, GAFI ha elaborado una lista de las operaciones que considera “sospechosas”

y que obliga a los notarios a afinar sus sentidos y extremar precauciones en el ejercicio de su profesión, a fin de evitar ser utilizados como vehículo de los malos para la comisión de sus delitos y que dinero sucio se introduzca en la economía de nuestros países con visos de legalidad.

Dicha lista de operaciones es la siguiente:

1. Transformación de Sociedad de Responsabilidad Limitada a Sociedad Anónima.
2. Constitución de empresas con socios sin antecedentes de créditos comerciales o personales.
3. Constitución de empresas cuyos socios son otras empresas, lo que impide identificar al propietario real.
4. Constitución de empresas con capitales o socios provenientes de países considerados de alto riesgo, en función del fenómeno de la migración.
5. Sucesivas constituciones de empresas con capitales mínimos.
6. Constitución de empresas con socios o accionistas cuyo perfil económico o financiero es incongruente o con el capital de las sociedades o con el objeto y/o movimiento comercial de las mismas.
7. Designación de delegados de empresas, que no poseen las calidades técnicas y/o profesionales acordes a su giro.
8. Incremento de capital a empresas de reciente creación con capital mínimo.
9. Constituciones de Asociaciones Civiles.
10. Constitución de diversas inmobiliarias con mismos socios y mismos apoderados.
11. Hipoteca de propiedades entre sociedades privadas con la finalidad de justificar el ingreso de fondos al sistema financiero.
12. Compraventas sucesivas, en corto tiempo, de un mismo inmueble.
13. Adquisiciones masivas de inmuebles en una misma notaría.
14. Reiterada compraventa de inmuebles, por parte de una misma persona, en corto tiempo.
15. Compra de inmuebles por valores muy altos o muy bajos en comparación con el mercado.
16. Transferencias sucesivas del mismo bien, en corto tiempo, con diferencia de precios.
17. Constitución de fideicomisos sobre inmuebles para el desarrollo de proyectos de construcción habitacional, comercial, industrial o turística, por personas o empresas con capital discordante al monto del proyecto.

18. Adquisiciones de inmuebles por parte de hijos de padres que aportan el capital, ya personalmente o por medio de créditos conferidos por diversas sociedades privadas o financieras.

Para responder a todo este cúmulo de obligaciones, en los países de América se han implementado una serie de reformas legales que no han logrado, con suficiencia, coadyuvar en la lucha de GAFI contra el lavado de activos y el financiamiento al terrorismo, no obstante las sanciones altamente disuasivas que se han incorporado en las legislaciones, pues el cúmulo de reportes del notariado, ante la falta de personal por parte de las UIF'S de los países, no logran su cometido de descubrir a la persona física que, al final de todo proceso, resulta ser la beneficiaria real del producto de los recursos de procedencia ilícita, lo que implica una mala calificación en la Evaluación Mutua que puede generar el ingreso del país al Grupo de Trabajo encargado de monitorear países con serias deficiencias en sus sistemas de prevención LA/FT (ICRG, por sus siglas en inglés) lo que, a su vez, genera:

- i) incremento del riesgo país;
- ii) encarecimiento de las líneas de crédito;
- iii) límites en las relaciones de corresponsalía;
- iv) dificultades en operaciones de comercio exterior; y
- v) límites y filtros en transacciones financieras, entre otros.

Una calificación positiva, en cambio, permite fortalecer la economía nacional, mejorar la confianza y la credibilidad del país frente a la comunidad internacional y, así, aumentar la inversión extranjera.

Por lo anterior, la mayoría de los notariados de los países del continente americano han comenzado a adoptar la solución implementada por el notariado español que, en las Evaluaciones Mutuas al Reino de España, ha merecido el reconocimiento de GAFI como un notariado absolutamente cooperador y eficaz en su lucha contra ALA/FT, al grado de merecer el 1er. Lugar entre los distintos notariados del mundo. Dicha solución descansa en lo siguiente:

1. El índice Único Informatizado (IUI)
2. El Órgano Centralizado de Prevención (OCP).
3. La Base de Datos de Titularidad Real (BDTR).

1. ÍNDICE ÚNICO INFORMATIZADO (IUI).—Es una Base de datos con información relativa a todas las operaciones que se realizan ante los Notarios en España (alrededor de 320 tipos de actos o negocios jurídicos codificados), desde el 1 de enero de 2004 y que se graban desde las notarías, por quincenas. Los datos se remiten al Consejo General del Notariado, a través

de la red telemática con las garantías de seguridad y confidencialidad (red segura y firma electrónica digital).

2. ÓRGANO CENTRALIZADO DE PREVENCIÓN DE BLANQUEO DE CAPITALES (OCP).—GAFI permite a los obligados autorregulares mediante un órgano colectivo, que actúe como intermediario entre la UIF y los sujetos obligados. La nota interpretativa de la Recomendación 23, establece que. “3). Los países pueden permitir que sus abogados, notarios, profesionales jurídicos independientes y contadores o contables, envíen sus ROS a un órgano de autorregulación apropiado, siempre que haya formas de cooperación apropiadas entre éstos y la UIF”.

Los Notarios españoles, como sujetos obligados no financieros, optaron por acogerse a esa modalidad y crearon el OCP, como organismo especializado en prevención de blanqueo de capitales.

El OCP sustituye a los asociados en determinadas obligaciones y se sitúa entre los sujetos obligados y la UIF. El OCP, a través de software propiedad del notariado, analiza automáticamente el contenido del Índice Único Informatizado remitido por todos los notarios, en busca de secuencias; analiza igualmente aquellas operaciones remitidas expresamente por los notarios; busca información que la Policía, la Fiscalía o los Jueces le solicitan y resuelve las dudas que le remiten los Notarios

3. Base de Datos de Titularidad Real (BDTR).—Las Recomendaciones 5 y 12 de GAFI sobre la debida diligencia del cliente (DDC), obligan a las instituciones financieras y a otros proveedores de servicios económicos, a establecer la identidad del beneficiario real de una persona o acuerdo jurídico. Las Recomendaciones 33 y 34 de GAFI exigen a los países que se aseguren que exista información adecuada, precisa y oportuna sobre el beneficiario real y el control de personas jurídicas (33) y acuerdos jurídicos (34), y que se aseguren que esta información pueda obtenerse o que las autoridades competentes puedan acceder a ella de manera oportuna. Según GAFI, el beneficiario es la persona o personas físicas que en última instancia poseen o controlan a un cliente y/o la persona en cuya representación se está conduciendo una transacción. La BDTR también incorpora a las personas que ejercen el control efectivo de última instancia sobre una persona o acuerdo legal. ¡¡Siempre es una PERSONA FÍSICA!!

La solución española pasa por la creación de una base de datos de titulares reales, a través de la información remitida por los notarios.

Nuevamente la existencia de un notariado configurado adecuadamente conforme a los estándares de la UINL, permite aplicar con éxito la fórmula del OCP y a través suyo la creación de una base de titularidades reales, derivadas de la obligada intervención notarial en la constitución, funcionamiento

to y extinción de las sociedades y muy especialmente de la transmisión de sus participaciones.

LA BDTR coloca al Notariado en una posición de “centralidad” en el sistema español anti-lavado, al permitirse su acceso (mediante Convenios *ad hoc*) a las entidades financieras, a las fiscalías anti-corrupción, a agencia de recuperación de activos, a las agencias de inteligencia del Estado, Policía, etcétera.

Las obligaciones más onerosas para los notarios derivadas de la legislación antilavado han sido desplazadas a un Órgano Especializado del propio notariado generándose, a la vez, sinergias altamente positivas en las relaciones con otros Organismos del Estado.

El SISTEMA ESPAÑOL, proporciona al Notariado una herramienta altamente especializada de análisis. Minimiza las obligaciones de los Notarios en materia de lavado, liberándolos de la mayor parte de las impuestas por la normativa antilavado. Centraliza las relaciones de los Notarios con las autoridades antilavado. Oculta al Notario, dado el anonimato de la información. Proporciona a las autoridades anti-lavado una base de datos y unos resultados (ya analizados) de imponderable valor, lo que ha generado muy importantes reconocimientos. Coloca al notariado en una posición de centralidad en el sistema: defensa y refuerzo de la función y ampliación de competencias.

Es por ello un elemento valiosísimo desde la perspectiva de un Gobierno moderno, que coloca al Notariado en una posición fuerte. Todo lo anterior, en un escenario de la Unión Europea que bien puede implantarse en América.

GESTIÓN DE NEGOCIOS

Bernardo Pérez Fernández del Castillo¹

I. INTRODUCCIÓN

La gestión de negocios se puede definir como: “Un conjunto de actos jurídicos por el que una persona llamada gestor, se encarga gratuita y voluntariamente de los asuntos de otra persona llamada dueño, sin ser su representante ni estar obligada por la ley”.

La definición legal que da el Código Civil de esta figura jurídica es “El que sin mandato y sin estar obligado a ello se encarga de un asunto de otro, debe obrar conforme a los intereses del dueño del negocio”. (1896).

Esta figura en el Derecho Romano se denominaba *negotiorum gestio* y la clasificaban como un cuasicontrato o como un hecho lícito que produce obligaciones.

Algunos autores equiparan la gestión de negocios, a un mandato presunto, tácito u oficioso; o retroactivo; o como una representación indirecta. ¿Por qué es un mandato presunto, tácito u oficioso? porque el gestor actúa interpretando la presunta voluntad del dueño al conservar, defender o incrementar su patrimonio; también es retroactivo, porque la ratificación tiene efectos de un mandato desde que la gestión comenzó, y es una representación indirecta, porque finalmente la ratificación produce los efectos directa e inmediatamente en el patrimonio del dueño del negocio.

En el Derecho Francés, el artículo 1372 contempla la gestión de negocios. Lo interesante es que desde el punto de vista doctrinario y de la metodología francesa, la gestión de negocios es vista como una especie de riqueza (para el dueño) indebidamente recibida, por lo que se genera la obligación de reembolsar al gestor. La gestión de negocios es una fuente de obligacio-

¹ Notario número 140 de la Ciudad de México.

nes, siempre que exista la intención de ocuparse de un negocio ajeno en beneficio del dueño y que, además, se reúnan las siguientes condiciones:

A. Que el dueño del negocio ignore la gestión, ya que si la conoce y la consciente, estaremos en presencia de un mandato y no de una gestión, y si, por el contrario, se opone a la gestión, la acción de reembolso del gestor se verá polarizada.

B. Que el gestor agote todas las medidas suficientes para poner al corriente del problema al dueño del negocio.

C. Que el objeto de la gestión sea finalmente necesaria y útil desde el punto de vista objetivo.

En el Derecho Anglosajón no existe propiamente la gestión de negocios. El derecho al reembolso de los gastos se basa en un *implied contract*, es decir, en el que se presume, sin temor a error, que el dueño del negocio habría consentido en pagar los gastos que generó.

Las características de la gestión del negocio son las siguientes:

1. Se trata de actos voluntarios del gestor, quien no está obligado ni por un mandato ni por disposición legal; actúa voluntaria y gratuitamente.
2. El asunto o negocio es ajeno al gestor.
3. El dueño del negocio no lo tiene que resolver o concluir personalmente.
4. La gestión tiene como fin la utilidad del dueño del negocio y no la del gestor.

Esta figura jurídica tuvo un nacimiento motivado por la fraternidad, solidaridad, caridad, benevolencia, humanidad o altruismo. Por medio de esta motivación una persona auxilia a otra en sus negocios cuando está ausente.

II. UTILIDAD PRÁCTICA DE LA GESTIÓN PARA LA ACTIVIDAD NOTARIAL

El estudio de esta figura es importante y útil en materia notarial, pues en ocasiones se presenta al notario la necesidad de aplicar la gestión de negocios para proporcionar seguridad jurídica y económica al dueño del negocio. Por ejemplo: un migrante que se encuentra indocumentado en los Estados Unidos de América y desea comprar un inmueble en la Ciudad de México. Por falta de visa no puede comparecer ante un *notary public* para otorgar un poder; sin embargo, puede enviar el dinero del precio a su hermano para

que éste como gestor oficioso adquiera la propiedad por cuenta y a nombre del hermano ausente, a sabiendas que cuando llegue a la Ciudad de México y ratifique la compraventa, pues se considerará que su hermano actuó como mandatario desde que inició la gestión.

Un caso similar podría surgir en una sucesión testamentaria, otorgada ante un notario de la Ciudad de México, cuando uno de los herederos está ausente y no hay un mandatario que actúe en su nombre. Otra persona como gestor, puede aceptar la herencia o el legado y con ello se nombra un albacea que defienda los bienes del haber hereditario que pudieran estar en peligro y así también los adjudique, en términos del testamento.

Otro ejemplo, son los actos denominados *ultra vires* es decir, cuando el administrador o apoderado de una persona moral o de un comerciante, celebre actos que exceden sus facultades. En este caso, los actos realizados, pueden ser aceptados y ratificados por la sociedad en una asamblea o bien, por el comerciante expresamente. Estos actos tendrán efectos retroactivos como si el gestor hubiese recibido un poder para tal efecto. Con frecuencia los apoderados o representantes con facultades únicamente de administración, celebran por ejemplo, contratos de comodato que requieren de una cláusula especial o, por lo menos representación para actos de dominio. No obstante, si posteriormente el dueño del negocio reconoce sus efectos se retrotraen a la fecha de inicio de su gestión. Es común que el dueño del negocio se exprese de la siguiente forma: “La asamblea reconoce y ratifica todos los actos jurídicos realizados por el administrador o mandatario...”

Art. 2583. (C.C.).—Los actos que el mandatario practique en nombre del mandante, pero traspasando los límites expresos del mandato, serán nulos, con relación al mismo mandante, si no los ratifica tácita o expresamente.

Art. 289 (C.com.).—En las operaciones hechas por el comisionista, con violación o con exceso del encargo recibido, además de la indemnización a favor del comitente de daños y perjuicios, quedará a opción de este ratificarlas o dejarlas a cargo del comisionista.

III. LA RATIFICACIÓN

En el caso de la gestión de negocios se le llama ratificación al reconocimiento que hace el dueño del negocio de los actos realizados por el gestor ya sea en forma tácita o expresa. Como se desprende de los artículos transcritos, así como del 1906 del Código Civil “La ratificación pura y simple del

dueño del negocio, produce todos los efectos de un mandato.” En tratándose de bienes inmuebles, ésta tendrá que hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro Público de la Propiedad.

A este respecto Alfonso X *El Sabio* en las Siete Partidas decía:

La ratificación equivale al mandato; de suerte que cuando uno da por firme lo que otro hizo en su nombre, vale tanto como si le hubiese mandado que lo hiciera. (*Ratihabitio mandato aequiparatur*).

Por su parte Messineo² expresaba:

La ratificación implica *hacer propio retrospectivamente* (y, en sustancia aceptar) el contrato surgido por obra de un representante que, en rigor, no era tal. Dicha ratificación suele llamarse ratificación —aceptación, o ratificación— aprobación; y tiene *eficacia equivalente a la de procura* dada previamente, porque suple a la insuficiencia de la procura o a la radical falta de poder. Una vez llegada a conocimiento del interesado, la ratificación, que antes era revocable, no puede revocarse.

Asimismo, Gimenez Arnaud en su libro de *Derecho Notarial* expresa:

La existencia real e innegable de mandatos verbales, de la gestión de negocios ajenos, y de múltiples casos de urgencia que plantea la realidad de cada día en el ejercicio profesional en los cuales, en la mayoría de las ocasiones un documento incompleto, pero fácil de completar, se impone por encima de las perfecciones técnicas del instrumento público como un sagrado deber de asistencia profesional que el notario debe prestar; es, si no presta esa asistencia, cuando incurrirá en grave responsabilidad legal y moral.

IV. OBLIGACIONES DEL GESTOR

1. Actuar conforme a los intereses del dueño del negocio. Necesita haber la *contemplatio domini*, o sea debe manifestar que actúa por cuenta del dueño.
2. Aplicar la misma diligencia y empeño que utiliza para los asuntos propios. De no hacerlo, tendrá que pagar daños y perjuicios por culpa o negligencia.
3. Actuar de forma gratuita.

² MESSINEO, Francesco, *Doctrina General del Contrato*, La prensa Médica Argentina S.R.L., Buenos Aires, 1986, p. 267.

4. Dar aviso de la gestión al dueño del negocio tan pronto como sea posible. Si actúa en contra de la voluntad del dueño, debe responder de los daños y perjuicios.

V. OBLIGACIONES DEL DUEÑO

1. Cumplir con las obligaciones contraídas por el gestor.
2. Pagar los gastos útiles y necesarios desembolsados por el gestor en el desempeño de su gestión.

LA ACCIÓN DISCRIMINATORIA A FAVOR DE LAS MUJERES, DISCRIMINACIÓN, ¿SÍ O NO?

Ignacio Soto Sobreira y Silva¹

Hace de hablar como testamento, que a
menos palabras menos pleitos

BALTASAR GRACIÁN²

I. INTRODUCCIÓN

Como punto de partida: “*La discriminación positiva o Acción afirmativa*, corresponde a la aplicación de políticas o acciones encaminadas a favorecer ciertos grupos minoritarios o que históricamente hayan sufrido discriminación con el principal objetivo de buscar el equilibrio de sus condiciones de vida al general de la población”³; por poder citar un ejemplo: cuando se crean cuotas de género o identidad sexual en establecimientos educativos o puestos laborales.

Por principio de cuentas, de modo muy particular en lo que se refiere a “*la discriminación racial*”, este tipo de medidas no serían efectivas para mitigar la discriminación, en tanto que la negación generalizada del fenómeno en la región y el argumento según el cual la mayoría de latinoamericanos son mestizos, invisibiliza a los indígenas y negros pues no permiten identificar realmente a estos grupos, ni les permite definirse como tales, en estas

¹ Notario Público número 13 de la Ciudad de México.

² BALTASAR GRACIÁN Y MORALES (Belmonte de Gracián, Calatayud, Zaragoza, 8 de enero de 1601. Tarazona, Zaragoza, 6 de diciembre de 1658). Escritor español del Siglo de Oro que cultivó la prosa didáctica y filosófica

³ VELASCO, Juan Carlos, “Discriminación Positiva, diversidad cultural y justicia, Daemon”, *Revista de Filosofía*, nº 41, 2007. Cftr: <http://digital.csic.es/bitstream/10261/4745/1/%2bDiscriminaci%20positiva%2c%20diversidad%20cultural%20y%20justicia%20-%20Daemon%202007.pdf>

condiciones, se hace imposible utilizar mecanismos de acción afirmativa, pues si el objetivo de la política ni siquiera está plenamente identificado *si no es posible establecer quién es indígena o quién es negro pues no se ha dado la posibilidad de definirlos como tales* la medida resulta inocua.⁴

La principal desventaja de esta forma de discriminación es que, aunque busca la equidad, puede dar lugar a situaciones de injusticia con personas que no cumplen los requisitos, y esto también puede agravar la situación de segregación contra estos grupos, en la medida que generan sentimientos de inconformidad hacia los mismos por ser objeto de privilegios, el término discriminación positiva o acción afirmativa hace referencia a aquellas actuaciones dirigidas a reducir las prácticas discriminatorias en contra de sectores históricamente excluidos como personas desarraigadas en estado de vulnerabilidad o individuos con alguna discapacidad física.

II. ¿QUÉ SON LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA Y LAS ACCIONES AFIRMATIVAS?

La discriminación positiva se traduce en leyes concretas pensadas para igualar las oportunidades de trabajo, voto y acceso a la educación de las minorías raciales, los grupos étnicos y las mujeres, es el resultado de años de movilizaciones y reivindicaciones de estos grupos discriminados por la sociedad, ejemplos de ello son; *las becas estudiantiles con cupos para ciertos grupos sociales, leyes de protección de la mujer en casos de violencia de género, políticas de admisión en escuelas y colegios que fomenten la diversidad, subsidios o exoneración de impuestos a sectores menos favorecidos, entre otras medidas*, en los Estados Unidos, el resultado de la discriminación positiva ha sido exitosa en relación a la equiparación progresiva de las mujeres y las personas de origen asiático en el mercado laboral, las formas actuales de discriminación, son mucho más sutiles que las tradicionales, están dirigidas a propender por una homogeneización dentro y entre grupos y a atacar, en consecuencia:

[...] a los miembros de los mismos que se niegan a asimilar los estándares dominantes, correspondería afirmarse que se produce un sesgo hacia la asimilación en el que se protege únicamente aquellos rasgos inherentes a la persona (el

⁴ KENJI YOSHINO, *The Pressure to Cover*, publicado originalmente en *The New York Times*, el 15 de enero de 2006. Cfie: <http://www.nytimes.com/2006/01/15/magazine/the-pressure-to-cover.html>, consultado el 22 de junio de 2018, 13.00.

color de la piel, el género, etc.), pero no los elementos *accesorios*, que pueden ser alterados, pero que constituyen para éstos parte de su identidad.⁵

La principal crítica se refiere a que esto favorecería injustamente a grupos de personas basándose en cuestiones que son ajenas a sus méritos y habilidades, las acciones afirmativas no servirían para eliminar esta forma de discriminación pues únicamente hace distinciones a partir de elementos inherentes a la persona y no brinda ninguna protección para efectos de conservar rasgos *prescindibles*, que es el *derecho/principio/valor* que se protege mediante una *acción afirmativa*, sino que defiende una aproximación a partir de la libertad de que deben tener todas las personas para gozar de los mismos derechos, si así lo desean.

Imprescindiblemente, se ha podido encontrar un asidero legal de primera mano en el ordenamiento legal correspondiente a la propia *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* en su Artículo 1, párrafo 4, en donde se pone de manifiesto que:

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.⁶

En ese orden de ideas, otro ordenamiento legal que también contempla un criterio amplio sobre este punto, se encuentra consagrado en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José), llevada a cabo en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969, en su Artículo 1, que a la letra dice:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, mientras que en el párrafo 2, considera que: Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano, mientras que en su

⁵ DULITZKI, Ariel, “A Region in Denial: Racial Discrimination and Racism in Latin America, Beyond Law”, en DZIDZIWNYO, Anani y OBOLER, Suzanne, *Neither Enemies nor Friends, Latinos, Blacks, Afro-Latinos*, New York, Palgrave Macmillan Press, 2005, pp. 85-108.

⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 1, párrafo 4, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf, consultado el día 22 de junio de 2018, 11:20 am.

Artículo 24, habla sobre la igualdad ante la ley, y comenta que: Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.⁷

La aplicación de políticas dirigidas a beneficiar a un determinado grupo en desventaja social y económica es lo que se define como *Acción Afirmativa*, para unos es una *discriminación en positivo*, para otros un *privilegio*, y para la mayoría de los humanistas, *una oportunidad para reducir brechas de inequidad, especialmente en género*, los programas de acción afirmativa pretenden brindar un trato preferencial en el acceso a la sociedad económicamente activa o en la distribución de ciertos recursos, servicios o bienes, con el objetivo de mejorar la calidad de vida de grupos y sectores históricamente excluidos, para compensarlos por los prejuicios o la discriminación de la que fueron o son víctimas.

El Programa para el Desarrollo de la Mujer Empresaria de la Cámara de Comercio de Costa Rica, PDME, trabaja en la implementación voluntaria de un Plan de Acción Afirmativa, el primero en Centroamérica impulsado por una asociación empresarial, que tiene el objetivo de aumentar la representación de la mujer en altos puestos gerenciales, a través de mecanismos de selección expresamente encaminados a estos propósitos, bajo el lineamiento general de que en igualdad de educación, experiencia y habilidades, se opte por la mujer cuando exista un puesto de supervisor, gerente, miembro de Junta Directiva o Presidente de una empresa u organización, es que se propicia una selección *no sesgada* que evite la discriminación, operando como un mecanismo de compensación a favor de este grupo, algunas personas, grupos, e incluso mujeres consideran que las féminas han avanzado vertiginosamente en el acceso al mercado laboral y utilizan como argumento las estadísticas de empleo que evidencian que en la mayoría de las sociedades de occidente, incluyendo el continente Americano, en promedio un 43% de los puestos del trabajo son ocupados por éstas. Sin embargo, también las estadísticas muestran que apenas un 3% de Presidentes de empresas y de juntas directivas son mujeres y aproximadamente un 36% se desempeñan en puestos gerenciales. Además, en comparación con los hombres, se les pagan entre un 7% a un 16% menos a las mujeres, en la misma posición, con igualdad o superior educación, dominio de idiomas y destrezas. Esta desigualdad no se limita únicamente al salario básico, sino también a diversos beneficios laborales, pagos no salariales y bonos, entre otros.

⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, consultado en https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm, el día 22 de junio de 2018, 11:21 am.

Las acciones afirmativas han sido aclamadas por feministas y defensores de los derechos humanos y también criticada por diferentes grupos que consideran que la forma de llegar la mujer a puestos de liderato es trabajando duro, demostrando capacidad y competitividad, y no brindándoles privilegios, que se convierten en un discriminación hacia el hombre, este argumento sería acertado y justo, si no existieran estereotipos negativos de la mujer, responsable en muchas ocasiones de opacar su capacidad, inteligencia y competitividad.

Es precisamente la eliminación de factores discriminatorios de género adscritos a la mujer que poco o nada tienen que ver con el desempeño profesional de éstas, como estar casadas, tener esposo e hijos, ser madres solteras, quedar embarazadas, ser el *sexo débil*, complicadas y lloronas, los factores subjetivos que pretenden eliminar los planes de acción afirmativa para que la competencia de la mujer ante el hombre, especialmente en puestos de alto mando, se rija por factores objetivos para combatir la segregación horizontal y vertical que sufren las mujeres en el mercado de trabajo, si la mayoría de los Presidentes y Gerentes Generales de empresas son hombres, al igual que los administradores de las riquezas, y estos son los que seleccionan a sus sucesores, gerentes, directores y miembros de juntas directivas, entonces es necesario e imperativo convencerlos a ellos de unirse a la lucha por la equidad de género, no por razones meramente altruistas, de responsabilidad social e igualdad de oportunidades para el equilibrio estructural con justicia social, sino también por las ventajas competitivas de compartir el liderazgo con la persona adecuada, indistintamente de su género, en una competencia dentro de la libre empresa, no tiene sentido, es anacrónico y obtuso descalificar a una persona para un puesto con iguales o mayores capacidades que la otra, por el hecho de ser mujer, al descalificarse por razones de género, la empresa y la sociedad se estarían perdiendo de un liderazgo complementario en un mundo globalizado y altamente competitivo que requiere a los mejores recursos y talentos para triunfar, el apoyo voluntario y sin imposiciones de los líderes empresariales hacia los planes de acción afirmativa es vertebral para gestionar de forma positiva la competitividad que introduce la variable de género, enseñémosle a ellos *con razón y corazón* que hay grandes mujeres que pueden emerger en las empresas con la implementación del principio de igualdad en la gestión de los recursos humanos, que supone un planteamiento integral en la gestión del cambio, asumiendo responsabilidades, identificando objetivos y planeando actuaciones dirigidas a brindar oportunidades libre de prejuicios y estereotipos.

III. LA JURISPRUDENCIA AL RESPECTO

La discriminación positiva o acción afirmativa es el término dado a una política social dirigida a mejorar la calidad de vida de grupos desfavorecidos, supone acciones, que a diferencia de la discriminación o discriminación negativa, buscan que un determinado grupo social, étnico o minoritario que históricamente haya sufrido discriminación a causa de injusticias sociales, reciba un trato preferencial en el acceso y distribución de ciertos recursos o servicios así como acceso a determinados bienes, con el objetivo de mejorar la calidad de vida de grupos desfavorecidos. Es considerada una forma de compensarlos por los prejuicios o la discriminación de la que fueron víctimas en el pasado, proporcionándoles la oportunidad efectiva de equiparar su situación de mayor desventaja social, el concepto nace en los Estados Unidos como consecuencia de las reivindicaciones de las minorías negras contra la segregación que sufrían. En los años sesenta las políticas de igualdad trascendieron la esfera de lo racial para incluir consideraciones de sexo, religión y origen racial. Con el tiempo acabaron dando cobertura a factores de edad, orientación sexual o discapacidad.

Se ha desarrollado en la Unión Europea con una amplia Base legal de la Acción positiva que avala su desarrollo práctico e instrumental en el concepto de justicia aplicada, y en base a ello, tenemos un gran número de ejemplos sobre la aplicación de la discriminación positiva, por diferentes motivos: la Europa de distintas velocidades significa precisamente dar un tratamiento desigual a realidades colectivas desiguales, la discriminación positiva como vía para integrar las minorías lingüísticas en un marco de cooficialidad en España, la reserva de un % de puestos de trabajo en el sector público para personas con discapacidades, las bonificaciones empresariales por determinadas contrataciones a grupos más desfavorecidos, etc.

En México existe jurisprudencia al respecto, en el 2015, se resolvieron un par de amparos, en los que se juzgan, a las acciones afirmativas a favor de las mujeres, como forma de no discriminación, al proteger sus derechos políticos electorales como ciudadano, y el otro de la adopción de la medida como forma temporal a fin de brindar protección a la igualdad y la inclusión de género⁸, la consideración del pleno se estableció en base a que no se considerarán discriminatorias estas medidas, siempre que sean razonables,

⁸ Juicios de amparo promovidos para la protección de los derechos político-electORALES del ciudadano. SUP-JDC-1080/2013 por: Felipe Bernardo Quintanar González y otros. Autoridad responsable: Consejo General del Instituto Federal Electoral. 21 de octubre de 2013. Resueltos el 25 de marzo del 2015.

proporcionales y objetivas, y una vez alcanzado el fin para el cual fueron implementadas cesarán. Es por ello que las medidas temporales a favor de las mujeres, encaminadas a promover la igualdad con los hombres, no son discriminatorias, ya que al establecer un trato diferenciado entre géneros con el objeto de revertir la desigualdad existente, compensan los derechos del grupo de población en desventaja, al limitar los del aventajado.⁹

La Acción Afirmativa en cuanto a medidas para ubicar y manejar las injusticias estructurales y las ilicitudes sustentadas en situaciones racistas y discriminatorias deben generarse a través de planes y programas del Estado destinados a extirpar estas nefastas prácticas sociales, no es posible hablar de libertad, de igualdad y solidaridad si no se asume la necesidad sentida de enfrentar y resolver los temas de discriminación e inequidad tan frecuentes en nuestra sociedad. De allí que toda actividad gubernamental o no, conducente a evitar o remediar las añejas conductas discriminatorias aún existentes, y de plantear mecanismos que permitan prevenir políticas que en alguna medida atenten contra la igualdad de derechos y garantías, merece el apoyo decidido de todo el conglomerado ecuatoriano, empero, la no discriminación y las diligencias de las acciones afirmativas deben ser sostenidas en el marco, en la adecuada perspectiva y en el celo justiciero de la legislación internacional, para que no entren en contradicción nociva, para ello es imprescindible tener los elementos legales en referencia a lo que realmente es vital y sustantivo, en otras palabras, que las acciones afirmativas se construyen para remediar mejorar, enmendar y superar:

- A. Injusticias históricas.
- B. La discriminación social y racial estructural.
- C. La ineficacia e inefficiencia de la justicia.
- D. La omisión de las reivindicaciones económicas, sociales y culturales de pueblos y nacionalidades. Pero también la proyección de roles modélicos que entreguen los estímulos y móviles para reales y posibles que borren aquellos estereotipos y prejuicios que descaradamente atentan contra los grupos minoritarios, tales como pereza, vicios, patologías sociales, etc., que inclusive sirven como telón de fondo a series de TV y radio.

En palabras del sociólogo Boaventura de Sousa Santos: “Tenemos derecho a ser iguales cada vez que la diferencia nos interioriza, tenemos derecho a ser diferentes cuando la igualdad nos des caracteriza.”¹⁰

⁹ Tesis P.III/2015, *Gaceta de jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Quinta Época, Año 8, Número 16, 2015, pp. 12 y 13.

¹⁰ Cfie: <http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/columnistas/1/algunas-connotaciones-sobre-la-accion afirmativa>, consultado el 22 de junio de 2018,13:02.

En relación á lo anterior, es posible también apuntalar que, no se considerarán conductas discriminatorias las siguientes: Las acciones legislativas, educativas o de políticas públicas positivas o compensatorias que sin afectar derechos de terceros establezcan tratos diferenciados con el objeto de promover la igualdad real de oportunidades; como se advierte, en el orden jurídico mexicano existen normas de orden público y de interés general que disponen que corresponde al Estado promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas; que se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que basada entre otras cuestiones, en el sexo, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas; sin embargo, que no se considerará como conducta discriminatoria las acciones que, sin afectar derechos de terceros, establezcan *tratos diferenciados* con el objeto de promover la igualdad real de oportunidades.¹¹

El argumento del bien social sostiene que la sociedad se enriquecerá con el progreso de las mujeres, esta justificación se encuentra socavada por el hecho de que las feministas generalmente conceden que ellas respaldarían la política incluso si la misma disminuyese el bienestar general de la sociedad, lo cual la misma ciertamente hace, el efecto secundario más siniestro de la acción afirmativa puede ser que la misma fomenta el mismo mal que ella pretende curar: el prejuicio en contra de las mujeres.

En marcada correlación, la CEDAW (*Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*) como punto de partida aporta en su artículo, que la expresión, *discriminación contra la mujer*, denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera, por lo que en el Artículo 4 párrafo I, argumenta que: La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer *no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención*, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato, mien-

¹¹ Tesis 1238/2013, *Gaceta de jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Quinta Época. Año 6, Número 13, 2013, pp. 16-17.

tras que en su párrafo II, expone que: La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria.

Del transrito artículo 4, párrafo 1, de la CEDAW, se observa que no se considerará *discriminación*, en la forma en que lo define dicho instrumento internacional, la adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer, lo cual no entrañará el mantenimiento de normas desiguales o separadas; y que estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato lo cual ha podido generar que un amparo haya podido ser resuelto bajo estos criterios dentro de la legislación nacional.¹²

Al generarse la Ley General para la Igualdad entre hombres y mujeres, se tiene por sentado que, el objeto general de la propia ley, es el de regular y garantizar la igualdad entre mujeres y hombres y proponer los lineamientos y mecanismos institucionales que orienten a la Nación hacia el cumplimiento de la igualdad sustantiva en los ámbitos público y privado, promoviendo el empoderamiento de las mujeres. Sus disposiciones son de orden público e interés social y de observancia general en todo el Territorio Nacional, atendiendo a los principios de igualdad contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Lo anterior se rige bajo los principios de la igualdad, la no discriminación, y la equidad; que los derechos que se establecen en dicho ordenamiento aplican, entre otros sujetos, a las mujeres, cuando se encuentren con algún tipo de desventaja ante la violación del principio de igualdad; y que las acciones afirmativas son el conjunto de medidas de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de hecho entre mujeres y hombres.

Ahora bien, un caso que particularmente se ha dado en nuestro sistema jurídico, como medidas de *acciones afirmativas*, son las llamadas *cuotas de género*, es decir, la asignación de un porcentaje determinado de los espacios en disputa en el ámbito laboral, académico, político, entre otros, para incrementar de manera inmediata la participación de las mujeres.

Muchas escuelas y universidades que han establecido *sistemas de cuotas* para asegurar que cierto porcentaje de su alumnado esté integrado por estudiantes de minorías raciales, un *sistema de cuotas* no es lo mismo que Ac-

¹² Recurso de reconsideración. SUP-REC-936/2014 y acumulados. Recurrentes: Coalición “Todos Somos Coahuila” y otros. Autoridad responsable: Sala Regional correspondiente a la Segunda Circunscripción Plurinominal, con sede en Monterrey, Nuevo León. 23 de diciembre de 2014.

ción Afirmativa, la Acción Afirmativa más bien pone una serie de normas para aquellas escuelas que establezcan un sistema de cuotas, para asegurar que se ajusten a las leyes, de acuerdo a las leyes actuales de Acción Afirmativa, las escuelas que adopten un sistema de ingreso basado en raza u otro tipo de categorización étnica deben seguir el *escrutinio estricto de la ley*, es decir, nada queda abierto a interpretaciones, sino que una corte debe analizar cada caso y verificar que se cumplan las normas al pie de la letra, cuando la raza del postulante se usa como factor en los procesos de admisión, la escuela tiene el deber legal de demostrar que dicha práctica obedece estrictamente a los fines de Acción Afirmativa y dejar claro que el uso de alternativas neutrales en términos de raza no ayudaría a cumplir aquellos fines.

IV. ¿DISCRIMINACIÓN, SÍ O NO?

La Acción Afirmativa también suele ser definida como una serie de políticas o programas que buscan reparar o compensar por discriminaciones del pasado contra grupos minoritarios en el caso de los estados Unidos, (*hispanos y afroamericanos, por lo general*) mediante medidas activas para asegurar igualdad de oportunidades en educación y empleo, *el primer ejemplo de Acción Afirmativa en los Estados Unidos*, se dio con la histórica *Orden Ejecutiva 10925*, dada por el presidente *John F. Kennedy*, la cual hacía requisito para los contratistas del gobierno el *tomar acción ejecutiva para asegurar que los empleados sean tratados sin distinciones de raza, credo, color o nacionalidad*. Un marcado caso de amplia discusión, sin duda fue el de ciudadanos estadounidenses de origen japonés, en campos de concentración, en ésta sentencia se habló por primera vez, de las categorías sospechosas según se tomaba en el origen racial de los ciudadanos, sin embargo, las Cortes Estadounidenses resolvieron que era constitucional la medida, si estaba en juego el interés primordial de la defensa de la seguridad de los Estados Unidos, cuando este se encontraba en guerra con Japón.¹³

Otro marcado caso sin duda alguna fue el de una organización judía, que demandó la reorganización de los distritos electorales con el fin de favorecer el voto negro, que divide una comunidad de judíos y se decide a favor de mantener la validez del acto, en cuanto a que si existía una motivación racial afirmativa y benigna.¹⁴

A efecto de cubrir sus cuotas, los empleadores deben contratar a mujeres no calificadas, promover a las mujeres demasiado rápidamente, o trans-

¹³ *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

¹⁴ *United Jewish Organizations v. Carey*, 430 U.S. 144 (1977).

ferirlas inapropiadamente a otros departamentos, cuando estas mujeres fracasan, ello parece ser una confirmación de su insuficiencia, recíprocamente, cuando las mujeres competentes tienen éxito por sí mismas, el mismo es asignado a que ellas fueron mimadas por políticas preferenciales.

Tal es el caso en los Estados Unidos, donde un estudiante demanda las políticas de ingreso de la Universidad de California, donde se establece un sistema de cuotas para estudiantes de las minorías, amparado por la ley de los Derechos Civiles de 1964, que lo priva del ingreso a la Facultad de Medicina.¹⁵

Como ya se expuso con antelación, el argumento en cuanto al *bien social* sostiene que la sociedad se enriquecerá con el progreso de las mujeres, esta justificación se encuentra socavada por el hecho de que las feministas generalmente conceden que ellas respaldarían la política incluso si la misma disminuyese el bienestar general de la sociedad, lo cual la misma ciertamente hace, el efecto secundario más siniestro de la acción afirmativa puede ser que la misma fomenta el mismo mal que ella pretende curar, *el prejuicio en contra de las mujeres*.

La Acción Afirmativa en cuanto a medidas para ubicar y manejar las injusticias estructurales y las ilicitudes sustentadas en situaciones racistas y discriminatorias deben generarse a través de planes y programas del Estado destinados a extirpar estas nefastas prácticas sociales, no es posible hablar de libertad, de igualdad y solidaridad si no se asume la necesidad sentida de enfrentar y resolver los temas de discriminación e inequidad tan frecuentes en nuestra sociedad.

La búsqueda de medidas deliberadas para elevar la representación política de las mujeres es respuesta al lento o casi nulo crecimiento de la presencia de estas en los parlamentos pese a la elevación de sus niveles educativos, su ingreso al mercado de trabajo y su filiación creciente en los partidos políticos. Frente a esta situación, las organizaciones de mujeres, especialmente de mujeres políticas en alianzas interpartidarias, exigen la implementación de mecanismos de afirmación positiva para contrarrestar los obstáculos formales o informales que dificultan su nominación en las listas electorales o en los cargos designados.

Los avances en la participación y toma de decisiones de las mujeres en los distintos ámbitos como el político, económico y social, fueron en gran medida resultados de luchas y demandas específicas de aquellas, vinculadas a la adopción de medidas de acción positiva a través de sistemas electorales proporcionales y acciones afirmativas.

¹⁵ Regents of Univ. of California *v.* Bakke, 438 U.S. 265 (1978).

Las *Acciones afirmativas*, pueden entenderse como aquellas medidas correctivas tendientes a aumentar la participación de las mujeres en la actividad electoral, es decir, para eliminar la discriminación existente, remediar la pasada y prevenir la futura, cuyo propósito es asegurar que tanto las mujeres como los hombres tengan igualdad de oportunidades para competir por cualquier puesto de toma de decisiones o de ejercicio del poder.

Como ya se dijo en un principio, la principal desventaja de esta forma de discriminación es que aunque busca la equidad puede dar lugar a situaciones de injusticia con personas que no cumplan los requisitos, y esto también puede agravar la situación de segregación contra estos grupos, en la medida que generan sentimientos de inconformidad hacia los mismos por ser objeto de privilegios, el término discriminación positiva o acción afirmativa hace referencia a aquellas actuaciones dirigidas a reducir las prácticas discriminatorias en contra de sectores históricamente excluidos como personas desarraigadas en estado de vulnerabilidad o individuos con alguna discapacidad física, el resultado de la discriminación positiva ha sido exitoso en relación a la equiparación progresiva de las mujeres y las personas de origen asiático en el mercado laboral.

Pese a que las acciones afirmativas en pro de la mujer, corresponden a una aparente discriminación, muy dentro de sí, buscan la equidad puede dar lugar a situaciones de injusticia con personas que no cumplan los requisitos, y esto también puede agravar la situación de segregación contra estos grupos, en la medida que generan sentimientos de inconformidad hacia los mismos por ser objeto de marcadas canonjías, que como ya se expuso con antelación, no corresponden a discriminación.

V. CONCLUSIONES

Primera: La discriminación positiva o Acción afirmativa, corresponde a la aplicación de políticas o acciones encaminadas a favorecer ciertos grupos minoritarios o que históricamente hayan sufrido discriminación con el principal objetivo de buscar el equilibrio de sus condiciones de vida al general de la población.

Segunda: El término discriminación positiva o acción afirmativa hace referencia a aquellas actuaciones dirigidas a reducir las prácticas discriminatorias en contra de sectores históricamente excluidos como personas desarraigadas en estado de vulnerabilidad o individuos con alguna discapacidad física.

Tercera: La discriminación positiva se traduce en leyes concretas pensadas para igualar las oportunidades de trabajo, voto y acceso a la educación de las minorías raciales, los grupos étnicos y las mujeres.

Cuarta: La aplicación de políticas dirigidas a beneficiar a un determinado grupo en desventaja social y económica es lo que se define como Acción Afirmativa, para unos es una discriminación en positivo, para otros un privilegio, y para la mayoría de los humanistas, una oportunidad para reducir brechas de inequidad, especialmente en género.

Quinta: Para eliminar la discriminación existente, remediar la pasada y prevenir la futura, cuyo propósito es asegurar que tanto las mujeres como los hombres tengan igualdad de oportunidades para competir.

Sexta: Las acciones afirmativas en pro de la mujer, corresponden a una aparente discriminación, muy dentro de sí, buscan la equidad, y no corresponde a discriminación alguna.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- DULITZKI, Ariel, "A Region in Denial: Racial Discrimination and Racism in Latin America, Beyond Law", en DZIDZIWNYO, Anani y OBOLER, Suzanne, *Neither Enemies nor Friends, Latinos, Blacks, Afro-Latinos*, New York, Palgrave Macmillan Press, 2005.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación del derecho*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2006.
- KENJI, Yoshino, "The ressure to Cover" publicado originalmente en *The New York Times*, el 15 de enero de 2006.
- TOULMIN, Stephen, *The uses of argument*, Cambridge University Press, U.K, 2003.
- VELASCO, Juan Carlos, "Discriminación Positiva, diversidad cultural y justicia, Daemon", *Revista de Filosofía*, nº 41, 2007.

Páginas web consultadas

- www.scjn.gob.mx.
www.portal.te.gob.mx.
www. http://www.dof.gob.mx.
www.eltelegrafo.com.ec.
www. nytimes.com.
www. supreme.justia.com.

LA ADOPCIÓN EN EL CONTEXTO SOCIAL

María Teresa Rodríguez y Rodríguez¹

Estas líneas representan para mí la oportunidad de dejar por escrito mi admiración, cariño y respeto de siempre por el Doctor Joel Chirino Castillo, estas tres palabras no son suficientes para expresar su trayectoria como Maestro, Autor, Doctor en Derecho, Litigante, Notario Público y sobre todo amigo en el más amplio sentido de la palabra, en su más pura significación.

Su excelencia se debe a su serenidad ante cualquier situación; a su trato siempre amable reflejado en una sonrisa; a su sentido conciliador; a su prudencia y dedicación en todos los ámbitos de su vida personal y profesional ejercidos día a día, todo lo anterior es motivo de inspiración para quienes hemos tenido la oportunidad de conocerlo.

I. INTRODUCCIÓN

Todos los seres humanos tenemos el derecho a crecer dentro de una familia y a ser proveídos de las necesidades básicas de afecto, educación y alimentos para un sano desarrollo moral y físico, a efecto de que en la edad adulta nos incorporemos a la sociedad, a fin de lograr una convivencia en armonía en la misma en qué nos desarrollamos y vivimos.

Además, toda sociedad necesita individuos con principios morales, y de solidaridad y de empatía entre sus miembros; la forma natural e ideal de lograr este objetivo es a través de la familia, la cual es el núcleo social en donde los padres y parientes son formadores y proveedores natos de los hijos y descendientes. Sin embargo, existen circunstancias en las cuales los padres biológicos no proporcionan al menor los medios necesarios para

¹ Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México y titular de la Notaría No. 114 de la Ciudad de México.

alcanzar éste objetivo, por lo que en este caso corresponde de acuerdo a la mayoría de las legislaciones vigentes, a los parientes consanguíneos en línea recta ascendente y a los parientes colaterales hasta el cuarto grado, hermanos tíos y primos en relación al derecho de alimentos y en relación al ejercicio de la patria potestad corresponde al padre y/o madre y abuelos paternos o maternos. En el caso en que estas personas no puedan o abandonen su obligación, habrá menores de edad desprotegidos es por esta razón que actualmente en nuestra legislación se considera a la adopción como una forma de adquirir la filiación y la pertenencia a una familia a efecto de obtener relaciones similares a las biológicas.

II. EVOLUCIÓN DE LA ADOPCIÓN

A. DERECHO CIVIL ROMANO

Desde el punto de vista jurídico, la adopción como institución jurídica ha evolucionado y se ha transformado en cuanto a la relación reglamentada por el derecho entre adoptante y adoptado, así como a los efectos normativos que se han producido a través de las más significativas reglamentaciones.

En Roma, las personas quedaban sujetas a la patria potestad mediante la adopción al *filius familias* de otro ciudadano romano en este caso, el anterior *paterfamilias* debía prestar el consentimiento para realizar la *adoptio*.

Este acto actuaba se efectuaba ante el magistrado o mediante el consentimiento mutuo de los dos *paterfamilias*, el que lo adoptaba y el que daba su consentimiento para la adopción.

La adopción creaba las mismas consecuencias de la filiación natural, es decir, existía impedimento para contraer matrimonio con el adoptante y el nuevo *filius familias* quien caía bajo la patria potestad del adoptante, además podía administrar sus bienes —el adoptante— y ejercía en él —adoptado— una autoridad absoluta; sin embargo existía la posibilidad de que el *paterfamilias* lo emancipara posteriormente.

Cuando el *paterfamilias* emancipaba al adoptado, éste quedaba sin protección, razón por la cual Justiniano reglamentó que el adoptado, además de adquirir derechos sucesorios en relación al adoptante, pero no con respecto a los parientes de este, conservaba tal derecho dentro de su familia original lo cual fue calificado como la *adoptio minus plena*, que otorgaba la *patria potestad* al adoptante creando derechos legítimos.

También se estableció en Roma lo que en un principio se llamó *adoptio plena* en este caso el *filius familias* pasaba completamente a la familia del adoptante y perdía los vínculos jurídicos con su familia consanguínea.

Otra forma de quedar bajo la patria potestad era la *abrogatio*, la cual consistía en que un *paterfamilias* era adoptado por otro *paterfamilias* como podía ser el caso del hijo natural que era adoptado por el otro *paterfamilias* a la autoridad del otro, con lo cual se adquiría la patria potestad. En Roma este procedimiento establecía serias restricciones y no fue bien visto, porque, se extinguía el culto doméstico al pasar el *paterfamilias* a la potestad de otro y podía darse caso de que por medio de la *abrogatio* una gran fortuna pasara de una *gens* a otra, razón por la cual se establecían requisitos parecidos a los de la *adoptio*. Estos requisitos eran aplicados en forma severa por las razones expuesta podía pasar a formar parte de una *domus* a otra *domus* y probablemente saliera de una *gen* para pasar a formar parte de otra.

En las civilizaciones en que la familia tiene un carácter político y religioso la adopción cumple la finalidad de impedir la desaparición del grupo familiar y del culto a los antepasados. Este es el caso de Roma en la Antigüedad y del extremo Oriente en nuestros días como nadie puede pertenecer a dos familias, el adoptado entra en la familia del adoptante como un hijo legítimo y pasa a ser completamente extraño a su propia familia.²

En el derecho romano la adopción no reglamentaba la protección a un menor de edad, su finalidad era religiosa, política o económica.

B. DERECHO CIVIL FRANCÉS

En 1804 se promulga el Código Civil francés con el cual se inicia la gran época de las codificaciones modernas.

Napoleón Bonaparte mostró gran interés en el capítulo relativo a la adopción, misma que fue introducida por la sección de legislación del Consejo de Estado.

En el título VIII: De la adopción y de la tutela, capítulo primero. La sección primera contiene nueve artículos (343 a 352) y se titula de la adopción y sus efectos.

En esencia establecía lo siguiente: la adopción podía realizarse por personas mayores de cincuenta años, que en la época de la adopción no tuvieran hijos ni descendientes legítimos y que tuvieran quince años más que el adoptado. Nadie podía ser adoptado por más de una persona a excepción de los matrimonios, en este caso ninguno de los cónyuges podía adoptar sin el consentimiento del otro.

² RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, *Tratado de Derecho Civil, según el tratado de Vianiol*, traducción por Delia García Daireaux, La Ley, Buenos Aires, 1963, p. 123.

El adoptado debía haber sido favorecido con cuidados y recursos por lo menos seis años por el adoptante, a menos de que se tratara de una adopción remuneratoria y ésta se daba cuando el adoptado le hubiera salvado la vida al adoptante, “bien el algún combate o librándole de las llamas o de las olas”.³

El adoptado siempre debería ser mayor de edad, si ya había cumplido los veinticinco años no necesitaba el consentimiento de sus padres o de alguno de ellos, la mayoría de edad para los efectos de éste código se adquiría a los veintiún años.

El adoptado agregaba a sus apellidos el apellido del adoptante, asimismo vivía con su familia biológica y conservaba en ella todos sus derechos.

La adopción constituía un impedimento para contraer matrimonio entre adoptante y adoptado, entre sus descendientes, entre los hijos que llegaré a tener el adoptante, entre el adoptado y el cónyuge del adoptante y entre el adoptante y el cónyuge del adoptado.

Los padres naturales o biológicos no perdían su derecho a recibir alimentos por parte del adoptado y se establecía el derecho reciproco alimenticio entre adoptante y adoptado.

El adoptado tenía derecho a la sucesión del adoptante como hijo habido del matrimonio aunque sobrevinieran hijos después de la adopción, en caso de muerte del adoptado sin descendencia legítima el adoptante o sus descendientes tenían derecho a que se le regresaran las cosas obtenidas a través del adoptante y estos tenían obligación de pagar deudas y dejar a salvo derechos de terceros, si el adoptado dejaba otra clase de bienes —no adquiridos por el adoptante— les corresponderían a sus parientes naturales o biológicos.

Si los hijos del adoptado no tuvieran descendientes y les sobrevive el adoptante, tendrán que regresar lo que el adoptado recibió por parte del adoptante (este caso se aplicaba cuando el adoptado no tuviese nietos).

En la sección segunda se reglamentaba la forma de la adopción. La adopción se tramitaba ante un Juez de Paz del domicilio del adoptante y el Tribunal de Primera Instancia dictaba la sentencia respecto a la adopción, misma sentencia que tenía que pasar a un Tribunal de Segunda Instancia a efecto de confirmar o no la decisión del Tribunal de Primera Instancia.

El Código de Napoleón fijo las bases para la reglamentación sistemática de la adopción, a pesar de restringirla a mayores de edad y a efectos limitados entre adoptante y adoptado.

³ Véase artículo 245 del Código Civil Francés de 1804.

Todas las legislaciones civiles posteriores durante los siglos XVIII, XIX y aún en nuestra época se inspiran en la técnica jurídica mas no en los fines que persigue la adopción actualmente, es interesante observar la intervención jurisdiccional reglamentada a fin de que el Estado participe aprobando o denegando este acto, lo que le ha dado el carácter de acto jurídico solemne.

C. DERECHO FAMILIAR MEXICANO

A partir de 1821 en el México Independiente existieron varios proyectos de Códigos Civiles pero solamente en tres de ellos se hizo mención a la adopción: Código Civil del Estado de Oaxaca y proyectos de Código Civil de Zacatecas y de Jalisco.

El Código Civil del Estado de Oaxaca de 1827, inspiró al proyecto de Código Civil de Zacatecas de 1829 y en el proyecto del Código Civil del Estado Libre de Jalisco de 1838, en el libro primero de las personas la gran mayoría de los artículos fueron tomados textualmente de los dos códigos anteriores.

En éstos tres Códigos se reglamentaba la adopción y se podía adoptar menores o mayores de edad estableciendo diferentes requisitos.

En el Código Civil de México de 1839 en el capítulo tercero se reglamentaba la adopción dividiéndola a esta entre adopción de hijos de familia y adopción de los expósitos a través de las disposiciones de este Código se observa diferente reglamentación para estos tipos de adopción y la definía como “*aquel acto legal en que se reciba el lugar de hijo, con autoridad de la justicia al que está en la potestad de sus padres naturales, se llama adopción*”, de la anterior definición que de acuerdo con este Código la adopción era una institución jurídica mediante la cual al menor de edad que se adoptaba se le daba la condición de hijo; un acto solemne en el cual intervenía la autoridad judicial para aprobar la adopción y solamente podían ser adoptados los hijos naturales.

La adopción de los expósitos, perseguía efectos altruistas y no efectos jurídicos el artículo 221 precisa: “*llamase expósito el niño o niña que ha sido echado a las puertas de alguna iglesia, casa u otro paraje público para que se le críe y mantenga por no tener sus padres medios de hacerlo, o por impedirlo sus circunstancias*”⁴.

En este Código encontramos disposiciones protectoras del menor abandonado por sus padres. El redactor del Código se preocupó por los expósitos, pero no se preocupó por los hijos ilegítimos; pues si un hijo reunía la

⁴ Véase artículo 221 del Código Civil de 1839.

calidad de ilegitimo y era abandonado por sus padres tenía mejor trato en la sociedad, así como mejor suerte en su vida, que un hijo ilegítimo cuyo padre se conociera. Tal vez en estas circunstancias hubiere sido mejor para el hijo ser abandonado por su padre y estar en posibilidad de ser adoptado, a ser hijo de padre conocido pero con características de ilegitimo. El Código reglamentó la adopción para los expósitos; sin embargo desde el punto de vista jurídico no podemos decir que hubiere adopción para ellos, ya que los efectos de esta no concuerdan con los efectos que reglamentaba el título sobre la adopción de los hijos naturales, no perseguían la finalidad de la adopción pues no protege al menor de edad expuesto ya que permitía al adoptante regresar al menor en cualquier tiempo a la autoridad eclesiástica, ante la cual se tramitaba.⁵

Este Código tuvo una aparente vigencia entre 1839 y 1857 periodo comprendido entre la nueva Constitución de 1837 o Leyes Constitucionales, con esta Constitución centralista debemos suponer que este es un Código general para la República Mexicana ya que a través del centralismo se facultaba al Congreso General para dictar Leyes a los Departamentos mismos que no tenían facultades para dictar Códigos.

Después de 1857 siguió rigiendo la Legislación Civil que se aplicaba en la Nueva España hasta la promulgación del Código de 1870.

D. LEY ORGÁNICA DEL REGISTRO CIVIL

El Presidente Sustituto, Ignacio Comonfort, con las facultades que le concedían el Plan de Ayutla reformado en Acapulco, decretó la Ley Orgánica del Registro Civil el 27 de enero de 1857.

En ésta ley se obligaba a todos los habitantes de la República a inscribirse en el Registro Civil, éste registro estuvo a cargo de los Prefectos y Subprefectos y estaban sujetos a los Gobernadores de cada uno de los Estados, Distritos y los Jefes Políticos de los Territorios, los mismos se establecían junto a las parroquias en caso de existir varias parroquias el número de registros era equivalente al número de parroquias.

Textualmente el artículo 12 establecía:

Los actos del estado civil son:

- I. El nacimiento.
- II. El matrimonio.
- III. La adopción y arrogación.

⁵ Véanse los artículos del 213 al 236 del Código Civil de México de 1839.

IV. El sacerdocio y la profesión al voto religioso, temporal o perpetuo.

V. La muerte.⁶

En el *capítulo III: De la adopción y arrogación* se establecía:

Hecha la adopción y arrogación en la forma legal y aprobada por la autoridad judicial competente, el adoptante y el adoptado se presentaran al oficial del registro civil, quien ante los testigos hará el registro que contendrá el año, mes, día y hora; los nombres de los interesados y la acta de adopción íntegra, la cual, además, quedara archivada como los demás.

En el registro de nacimiento o de reconocimiento del adoptado se anotará la adopción con las referencias correspondientes de páginas de una y otra.⁷

Ésta ley es la primera en reglamentar el estado civil de las personas en la República Mexicana, fue derogada por la Ley Orgánica del Registro Civil del 28 de julio de 1859 que forma parte de las Leyes de Reforma dictadas por el presidente Benito Juárez conjuntamente con su gabinete en Veracruz, en ésta ley ya no se incluyó a la adopción como acto del estado civil de las personas.

E. CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1870

En 1870 después de varios proyectos y de la publicación de Códigos Civiles Estatales entre ellos, Oaxaca, Veracruz, y Estado de México. El presidente Benito Juárez nombró una comisión para la elaboración del Código Civil del distrito Federal y territorio de la Baja California.

Este Código comenzó a regir el primero de marzo de 1871, en su estructura el ordenamiento sigue el plan romano francés y en el libro primero, en el título de las personas se incluyen preceptos reguladores de las relaciones familiares, en ninguno de estos preceptos se incluye a la figura jurídica de la adopción.

F. CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1884

El Presidente don Manuel González, en uso de la autorización concedida al Ejecutivo de la Unión por decreto del 14 de diciembre de 1883 promulgó el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California. Fue impreso y publicado el 31 de marzo de 1884, entrando en vigor el pri-

⁶ Artículo 12 de la Ley Orgánica del Registro Civil de 1857.

⁷ *Ibid.*, Capítulo III.

mero de junio del mismo año. Derogó el Código Civil del 13 de diciembre de 1870, el cual tuvo una vigencia de trece años.

Este Código al igual que el anterior fue inspirado por los Códigos Civiles mexicanos y extranjeros que le precedieron.

El presente ordenamiento tuvo una vigencia hasta el primero de octubre de 1932 en que empezó a regir el Código Civil vigente para el Distrito Federal —hoy Ciudad de México—. Al igual que el Código predecesor no reglamentó la adopción.

G. LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917

A partir del 14 de abril de 1917 se incorpora al Código Civil de 1884 la Ley de Relaciones Familiares, quedan derogados los capítulos, títulos y artículos del Código Civil de 1884 para ser substituido por los 555 artículos de la Ley de Relaciones Familiares del 12 de abril del mismo año.

En el capítulo XIII se reglamenta la adopción, se le consideraba como un acto legal equiparando al adoptado como un hijo natural o biológico. Todas las personas mayores de edad podían adoptar a un menor; los matrimonios solamente podrían adoptar al menor conjuntamente y para efectos jurídicos sería considerado como hijo del matrimonio. La mujer unilateralmente no podía adoptar a un menor sin el consentimiento de su esposo, su cónyuge sí podía adoptar a un menor sin el consentimiento de su esposa pero no tenía derecho de llevarlo a vivir al domicilio conyugal.

Para que se llevara a cabo la adopción se necesitaba el consentimiento del menor si era mayor de doce años; el que ejerciera la patria potestad o la madre si el menor vivía con ella —en este caso se supone que la madre no lo había reconocido—. También podía otorgar el consentimiento el tutor o el juez del lugar de residencia del menor.

El menor y los padres adoptivos tenían recíprocamente los mismos derechos y obligaciones que un hijo natural y se limitaba únicamente entre ellos, a menos que el hijo adoptivo fuese hijo biológico de cualquiera de los adoptantes en su caso, adquiriendo los mismos derechos que un hijo natural reconocido.

La adopción podía dejarse sin efecto y la abrogación restituía las cosas al estado que guardaban antes de que esta se celebrará, en caso de que el adoptado fuese hijo natural (biológico) la adopción no podía ser abrogada.

Las actas de adopción y abrogación las levantaba el juez del Estado Civil del lugar en donde se realizaba la adopción, ésta se tramitaba ante el juez de primera instancia.⁸

⁸ Véanse artículos del 220 al 236 de la Ley de Relaciones Familiares de 1917.

H. CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, ACTUALMENTE CIUDAD DE MÉXICO

Este Código comenzó a regir el primero de octubre de 1932, y a diferencia de los Códigos que lo precedieron reglamenta la adopción en forma similar a la Ley de Relaciones Familiares, el cual también se aplicó en los Territorios Federales.

En éste Código se estableció originalmente la edad del adoptante en cuarenta años para posteriormente ser reformado a treinta años, a diferencia de la Ley de Relaciones Familiares en la cual se establecía la mayoría de edad para poder adoptar; se permitió la adopción de mayores de edad incapacitado; se especificó que nadie podía ser adoptado por más de una persona a excepción de los matrimonios; se prohibió la adopción del tutor a su pupilo hasta haber rendido cuentas de la tutela; el menor o el incapacitado podían impugnar la adopción dentro del año siguiente a la mayoría de edad o en el que hubieran recuperado la capacidad.

Estableció la adopción *minus plena*, es decir, se conservaban los derechos de parentesco consanguíneo a excepción de la patria potestad que se transfería al adoptante. Se introduce la protección al adoptado disponiendo que la adopción producirá efectos aunque sobrevivan hijos al adoptante. Se especifican las causas de revocación a diferencia de la Ley de Relaciones Familiares en las cuales no se especificaba.

También se establecen las causas de ingratitud del adoptante y en caso de ser revocada la adopción los efectos se retrotraen a la fecha en que se cometió el acto de ingratitud independientemente de que la resolución judicial fuera posterior.⁹

III. PRINCIPALES REFORMAS AL CÓDIGO CIVIL VIGENTE EN MATERIA DE ADOPCIÓN

El 9 de enero de 1954 se reformó el artículo 426 y menciona que el administrador de los bienes del adoptado sería nombrado por mutuo acuerdo y no sería el varón como se disponía anteriormente.

El 17 de enero de 1970 se reformaron los artículos 390, 395, 397, 398, 403 y 405.

El artículo 390, disminuyó la edad que debía tener el adoptante cambió de treinta a veinticinco años y se eliminó el requisito de no tener descendencia.

⁹ Véanse artículos del 390 al 410 del texto original del Código Civil Vigente.

cia para poder adoptar; además se estableció expresamente la adopción de más de un menor o de un mayor incapacitado y se agregaron tres fracciones en las cuales se estableció el requisito para el adoptante de tener los medios suficientes para la subsistencia o educación del menor o el cuidado y subsistencia del mayor incapacitado como si fuere su hijo y con cualidades morales para que la adopción fuera benéfica para el adoptado.

En el artículo 395 se estableció la posibilidad de que el adoptante le diera el “nombre” y sus apellidos al adoptado como un acto potestativo.

El artículo 397 establecía un plazo de seis meses para que las personas que hubieren acogido como hijo al futuro adoptado pudieran dar su consentimiento anteriormente no se establecía un periodo de cuidado para este efecto.

El artículo 398 planteaba que las personas que debieran prestar el consentimiento en caso de negarlo tenían que expresar la causa por la cual se negaba el consentimiento y el juez competente calificaba la negativa tomando en cuenta los intereses del menor o del incapacitado.

En el artículo 403 se estableció que el padre o la madre biológicos no perdían la patria potestad siempre y cuando fueran cónyuges del adoptante.

En la fracción I del artículo 305 se agregó que en caso de revocación de la adopción si el adoptado fuere menor de edad y los que prestaron el consentimiento para su adopción no se encontraren este consentimiento podía ser dado por el representante del Ministerio Público o por el Consejo de Tutelas.

En la fracción I del artículo 406 se agrega —delito intencional— y se sustituye —delito que merezca una pena mayor a un año— y en la fracción II se agrega —denuncia o querella— y se sustituye —acusación judicial—, en caso de revocación de adopción.

El 14 de marzo de 1973 y el 3 de enero de 1979 se reformaron los artículos 401, 35 y 84 del Código Civil en los cuales se contienen disposiciones relativas al Registro Civil en materia de adopción.

El 28 de mayo de 1998 por primera vez en el Código Civil vigente se reglamenta la adopción plena.

Las reformas de los artículos 86, 87, 88, y 133 se refieren a la regulación relativa al Registro Civil concordante con las reformas y a la inclusión de la adopción plena.

Se estableció a través de la adopción plena los mismos efectos del parentesco consanguíneo que se extiende a los parientes del adoptante y a los descendientes del adoptado; además, se sigue reglamentando la adopción simple o semiplena que sólo daba lugar al parentesco civil el cual se extendía

entre el adoptante y el adoptado y era impedimento para contraer matrimonio entre el adoptante y el adoptado y sus parientes consanguíneos.

En estas reformas se planteó por primera vez los términos “interés superior del menor” y “aptitud del adoptante” que serían sancionador por el juez familiar.

En relación a la edad entre adoptante y adoptado si uno de los cónyuges adoptantes no tiene la diferencia de edad de cuando menos diecisiete años y el otro sí éste requisito puede ser dispensado.

Solamente el adoptado podía impugnar la adopción si esta se realizó bajo la modalidad simple.

En la adopción en general el adoptado podía llevar los apellidos de él o los adoptantes.

Las Instituciones de Asistencia Social Públicas y Privadas podrán dar su consentimiento para la adopción en caso de haber acogido al posible adoptado y la edad se modificó a doce años para que el menor pueda expresar su voluntad para ser adoptado.

Dentro de la técnica legislativa del Código se agregaron cuatro secciones al articulado: la sección primera reglamenta a la Adopción en General; la sección segunda reglamenta a la Adopción Simple; la sección tercera reglamenta a la Adopción Plena; y la sección cuarta reglamenta a la Adopción Internacional.

En materia de sucesiones se modificó el artículo 1620 distinguiendo entre adopción simple y adopción plena.¹⁰

Y asimismo se reformaron los artículos 923, 924, 925 y 926 y se adicionó el artículo 925 A del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en los cuales se reglamenta el procedimiento de adopción para hacer coherente las reformas anteriormente citadas.

Las reformas del 25 de mayo del 2000 se deroga la adopción simple, quedando vigente la adopción plena.

El 15 de junio de 2011 a través de ésta reforma se modificó el contenido de los artículos y se reformaron los artículos 390, 391, 392, 393, 395, 396, 397, 398, 399, 400 y 401. Se adicionaron los artículos 394, 402, 403, 404, 405 y 406. Se derogaron y eliminaron los numerales 392 Bis y 397 Bis; así como la Sección Tercera “De los efectos de la adopción”, los artículos 410-A y

¹⁰ Véanse las reformas del 28 de mayo de 1998 a los artículos 86; 87; 133; 157; 295; 390, fracciones I a III; 391; 394; 395, segundo párrafo; 397, último párrafo; 402; 403; 404; 405, primer párrafo; 1612; 1613; 1620; 293, segundo párrafo; 397, fracción V; 405, fracción III; 410 A; 410 B; 410 C; 410 D; 410 E y 410 F.

410-C. Con estas reformas quedó reglamentada la adopción como se encuentra actualmente vigente.

El 8 de abril de 2013 se reformó el artículo 391 e incluye en su nueva redacción a los concubinos como adoptantes con los mismos derechos que los cónyuges, siempre y cuando cumplan con los requisitos que establece la legislación civil vigente para ser considerados como concubinos.

El 24 de diciembre de 2013 se reforman los artículos 86, 87, 133, 292 y 295 en relación a las actas del Registro Civil para ser congruentes con la adopción plena. Y se derogaron los artículos 88, 157, 295, 394, 1613 y 1620.

IV. REGLAMENTACIÓN DE LA ADOPCIÓN EN LEYES ADMINISTRATIVAS

En el artículo 4º Constitucional de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el rubro de las garantías individuales se protege el interés superior de la infancia por lo cual todo niño y niña tiene derecho en caso de ser necesario de ser adoptado para satisfacer sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo como lo establece la Carta Magna.

También la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes publicada en el DOF el 4 de diciembre de 2014 en la cual se reglamenta los principios generales administrativos de la adopción a través del Sistema Nacional DIF, sistemas de las entidades y sistemas municipales en el ámbito de sus respectivas competencias en materia de adopciones nacionales e internacionales.¹¹ Dicha ley tiene como principio garantizar los derechos de las niñas, niños y adolescentes y toda vez que dicha Ley alberga en su artículo 13, fracción IV el derecho a vivir en familia y que el Capítulo IV del Título Segundo regula dicho derecho, se observa que, para dar cumplimiento al mismo en el supuesto de que un menor se encuentre bajo una situación de separación familiar, una de las alternativas para que éste pueda contar con una familia es por medio de la adopción.

V. REFLEXIONES FINALES

El Derecho regula y organiza a la sociedad por lo tanto a través de la adopción, como acto jurídico reglamentado, en leyes de carácter público y privado protege al interés superior del menor.

¹¹ Véanse artículos del 22 al 35 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y artículos del 38 al 45 del Reglamento de la misma publicado el 2 de diciembre de 2015.

La adopción *per se* es un acto de amor, con los menores de edad que por determinadas circunstancias no tienen quien los proteja y quien les proporcione su crecimiento dentro de una familia.

Es muy importante hacer énfasis en que desde el punto de vista social adoptar significa acoger o proteger a un ser desvalido como es un menor de edad en proceso de desarrollo y con una vida por hacer y vivir.

Este acto de solidaridad social afectiva es de naturaleza solemne dada su importancia y su trascendencia, este concepto se ha ido transformando a partir de un acto individualista para satisfacer necesidades de grupos de adultos —como en Roma—, o de un adulto —como en el Código Civil de Napoleón— en donde a través de su reglamentación se trataba de suplir o compensar lo que la naturaleza no había dado a los mayores.

Desde siempre han existido figuras sociales para proteger a aquellos menores que no se encuentran bajo el cuidado de sus padres o de su padre o de su madre o de su tutor, en nuestro país es a partir de la Ley de Relaciones Familiares cuando se vislumbra su reglamentación en forma limitada y sin un sentido pleno ya que al menor no se le protegía totalmente.

Una de las manifestaciones era la revocación de la adopción como acto jurídico, pero si partimos del hecho que la maternidad y la paternidad jamás se extinguieren, ¿por qué habría que permitir una revocación por ingratitud si el adoptado creció como hijo del adoptante? En la paternidad y la maternidad biológica jamás se extinguieren los lazos consanguíneos.

Afortunadamente con las reformas al Código Civil de la hoy Ciudad de México de 1998, se equipararon al adoptado a la figura jurídica del hijo biológico y en el año 2000 desaparece de nuestro sistema jurídico la adopción simple, que producía efectos limitados y que desde el punto de vista social y jurídico no equiparaba al menor con un hijo.

Ahora bien, respecto a la regulación actual habría que reflexionar sobre la adopción de personas discapacitadas mayores de edad, en Derecho la capacidad de goce se adquiere por el simple hecho de cumplir la mayoría de edad y un mayor de edad incapacitado primero necesita estar sujeto a un proceso de interdicción y jurídicamente ser declarado incapacitado y por último, ser adoptado; por lo tanto, el adoptante tendría que ser nombrado tutor, y en caso de matrimonio o concubinato sólo uno de ellos ejercería la tutela legítima.

Por consiguiente, el adoptado tendría derecho a alimentos, a llevar el apellido de los adoptantes y a la sucesión del adoptante o de cada uno de los adoptantes por lo que planteo la siguiente interrogante: ¿realmente ésta adopción se equipara a la idea de aceptar al adoptado como una figura de filiación, o es una forma de asistir y beneficiar a un mayor de edad?

En el caso de mayores de edad incapacitados se debería reglamentar su protección y guarda a través de una figura jurídica de protección y atención especial debido a su estado físico y mental, ésta podría ser una tutela especial del hecho propio. La adopción de un mayor de edad incapacitado no puede equipararse a la filiación consanguínea hasta el cuarto grado, a menos que la persona incapacitada fuese adoptada en su minoría de edad y desde entonces se desarrollara dentro del grupo familiar y en este caso no se adoptaría a mayor de edad incapacitado, sino un menor de edad.

La adopción de los mayores de edad no cumple con los fines afectivos, formativos y de sustento que caracterizan a la adopción, desde el punto de vista social no se puede cambiar de estado familiar, lo cual implicaría el cambio de parentesco consanguíneo incluyendo derechos y obligaciones solo por un juicio de adopción, el nombre significa filiación y el parentesco derecho y obligaciones. No pueden desaparecer los derechos y obligaciones de un individuo frente a su familia de origen para cambiarlo a su nueva familia.

En este supuesto se está pareciese que de alguna manera se está considerando que la adopción tiene un carácter remuneratorio no necesariamente por pago de dinero, sino de beneficios económicos o sociales lo cual es excluyente del concepto jurídico de adopción, en un mayor de edad existen otras figuras jurídicas como la Donación o la Sucesión Testamentaria.

En cuanto a los requisitos que deben de cumplir los adoptantes el Código Civil vigente no menciona la edad máxima para adoptar y es importante que el o los adoptantes tengan un promedio de edad equiparable a los padres biológicos, independientemente de la madurez emocional para criar a un hijo, ni el número de menores por adoptar, cuestión que se deja al arbitrio del Juez de lo Familiar.

En materia de adopción internacional México ratificó la Convención sobre Protección de Menores y Cooperación en Materia de Adopción Internacional —Convención de la Haya—, la convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopciones de Menores y la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y al Bienestar de los Niños, con particular referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacionales e Internacional.

En todos estos tratados solamente se refiere a niños y niñas es decir personas menores de edad, es por eso y por las razones antes expuestas que propongo que se reforme el Código Civil vigente en la Ciudad de México para que la adopción se dé solamente en menores de edad y cumpla con su finalidad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBARADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, 2a. ed., Librería Bosch, Barcelona, 1965.
- AGUILAR GUTIÉRREZ, Antonio y DERBEZ MERO, Julio, *Panorama de la Legislación Civil de México*, UNAM, México, 1960.
- BAQUEIRO ROJAS, Edgard, "Adopción Plena. La inexplicable ausente", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la familia, Año I, Vol. I, 1980.
- DE COSSÍO, Alfonso, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo I, Alianza Editorial, Madrid, España, 1975.
- DE CUPIS, Adriano, *Teoría y práctica del Derecho Civil*, Librería Bosch, Barcelona, España, 1960.
- DE IBARROLA, Antonio, *Derecho Familiar*, Editorial Porrúa, México, 1978.
- FASSI, Santiago Carlos, *Estudios de Derecho de Familia*, Editora Platense, Buenos Aires, 1962.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil*, Editorial Porrúa, México, 1973.
- RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, *Tratado de Derecho Civil, según el tratado de Planiol*, traducción por Delia García Daireaux, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1963.
- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *Los grandes cambios en el Derecho de Familia en México*, Editorial Porrúa, México, 1979.

Legislación consultada

- Código Civil Francés de 1804.
- Código Civil de México de 1839.
- Código Civil de Zacatecas de 1869.
- Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870.
- Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884.
- Ley Orgánica del Registro Civil de 1857.
- Ley de Relaciones Familiares de 1917.
- Código Civil del Distrito Federal de 1932.
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
- Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.
- Reglamento de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA ADQUISICIÓN DE BIENES INMUEBLES POR PARTE DE EXTRANJEROS EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

Olga Mercedes García Villegas Sánchez Cordero¹

I. INTRODUCCIÓN

El derecho de propiedad es el derecho real por excelencia cuyo titular tiene la facultad de usar, gozar, disfrutar y disponer de sus bienes en forma absoluta, únicamente restringido por las limitaciones previstas en la ley.

El artículo 27 de nuestra Carta Magna, sienta las bases de la propiedad privada y sus limitaciones. En este documento se analizará en específico las regulaciones y limitaciones al derecho de propiedad cuyos titulares sean extranjeros, contenidas en dicha disposición constitucional.

II. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 27 CONSTITUCIONAL

La Constitución de Cádiz de 1812 que fue el texto base para el Constitucionalismo Mexicano, marcaba las diferencias entre ciudadanos españoles y extranjeros, sin embargo, no se restringía a éstos últimos el derecho de propiedad, por el contrario, se protegía a la propiedad particular independientemente de la nacionalidad del titular, prohibiendo en forma genérica al rey la posibilidad de violentar este derecho:

Artículo 172. Las restricciones de la autoridad del Rey son las siguientes:
[...]

Décima: No puede el Rey tomar la propiedad de ningún particular ni corporación, ni turbarle en la posesión, uso y aprovechamiento de ella; y si en algún

¹ Notaria Pública número 95 de la Ciudad de México.

caso fuere necesario para un objeto de conocida utilidad común tomar la propiedad de un particular, no lo podrá hacer, sin que al mismo tiempo sea indemnizado y se le dé el buen cambio a bien vista de hombres buenos. [...]

Durante el México Independiente, la Constitución de 1824 no estableció restricciones al derecho de propiedad, sino que fue hasta las Leyes Constitucionales del 30 de diciembre de 1836² cuando se instituyeron las primeras restricciones al derecho de propiedad en manos de extranjeros. Posteriormente, en el artículo 12 de la Primera Ley Constitucional perteneciente a las Leyes Constitucionales de 1836, se impusieron limitaciones al derecho de propiedad para extranjeros de bienes raíces en territorio nacional, en los siguientes términos:

Artículo 13.—El extranjero no puede adquirir en la República propiedad raíz, si no se ha naturalizado en ella, casare con mexicana, y se arreglare a lo demás que prescriba la ley relativa a estas adquisiciones. Tampoco podrá trasladar a otro país su propiedad mobiliaria, sino con los requisitos y pagando la cuota que establezcan las leyes.

Para el año de 1843 esta disposición desapareció en la Bases Orgánicas de la República Mexicana, regulando los derechos de los extranjeros, como sigue:

Artículo 10.—Los extranjeros gozarán de los derechos que les concedan las leyes y sus respectivos tratados.

El 22 de diciembre de 1855, Don Ignacio Comonfort, Presidente de México, promulgó el Estatuto Orgánico de la República Mexicana, en donde también se reguló el derecho de propiedad para extranjeros, sujetando a éstos a las leyes y tribunales nacionales excluyendo la posibilidad de intervención a la autoridad del país de origen del extranjero:

Artículo 70.—Los extranjeros que obtuvieren estos privilegios, o los que adquieran por transmisión, quedarán, por el mismo hecho, sujetos, en cuanto a los mismos privilegios, a las leyes y tribunales del país, como los nacionales. En consecuencia, todas las cuestiones que puedan suscitarse sobre adquisición, uso, conservación, traslación o pérdida de estos privilegios, y cualesquiera otras de la misma naturaleza, serán terminadas por las vías ordinarias y comunes de las leyes nacionales, con exclusión de cualquiera otra intervención, sea la que fuere.

Previo a la Constitución de 1857, en 1856 se elaboró el *Proyecto de Constitución Política de la Republica Mexicana*. A raíz de la Guerra de Re-

² TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1800-1976*, 7a. ed., Editorial Porrúa, México, 1976, p. 208.

forma, este proyecto obligaba a los extranjeros a respetar a las instituciones, leyes y autoridades nacionales, bajo el siguiente artículo.

Artículo 38.—Son extranjeros los que no poseen las calidades determinadas en la sección precedente. Tienen derecho a las garantías otorgadas en la sección primera del título primero de la presente Constitución, y a las que resulten clara y evidentemente de los tratados celebrados con sus respectivas naciones. Tienen la obligación de respetar las instituciones, leyes y autoridades del país, y sujetarse a los fallos y sentencias de los tribunales, sin poder intentar otros recursos que los que las leyes conceden a los mexicanos. Nunca podrán intentar reclamación contra la nación, sino cuando el gobierno u otra autoridad federal les impida demandar sus derechos en la forma legal, o embarace la ejecución de una sentencia pronunciada conforme a las leyes del país.

Al año siguiente, en 1857 se promulgó la “*Constitución Política de la República Mexicana sobre la indestructible base de su legítima independencia, proclamada el 16 de septiembre de 1810 y consumada el 27 de septiembre de 1821*” (mejor conocida como Constitución de 1857), obligando en el mismo sentido a los extranjeros, a someterse a los fallos de la autoridad y leyes mexicanas:

Artículo 33.—Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen el derecho a las garantías otorgadas en la sección 1^a, título 1º, de la presente Constitución, salvo en todo caso la facultad que el gobierno tiene para expeler al extranjero pernicioso. Tienen la obligación de contribuir para los gastos públicos, de la manera que dispongan las leyes, y de obedecer y respetar las instituciones, leyes y autoridades del país, sujetándose a los fallos y sentencias de los tribunales, sin poder intentar otros recursos, que los que las leyes conceden a los mexicanos.

Por otra parte, el artículo 27 de la Constitución de 1857, reguló el derecho a la propiedad sin hacer pronunciamiento expreso sobre la propiedad de bienes raíces cuyos titulares eran extranjeros, únicamente se pronunció sobre la prohibición de que las corporaciones civiles o eclesiásticas fueran titulares del derecho de propiedad de bienes raíces:

Artículo. 27.—La propiedad de las personas no puede ser ocupada sin su consentimiento, sino por causa de utilidad pública y previa indemnización. La ley determinará la autoridad que deba hacer la espropriacion (sic), y los requisitos con que ésta haya de verificarse.

Ninguna corporación civil o eclesiástica, cualquiera que sea su carácter, denominación u objeto, tendrá capacidad legal para adquirir en propiedad o administrar por sí bienes raíces, con la única excepción (sic) de

los edificios destinados inmediata y directamente al servicio u objeto de la institución.

El 5 de febrero de 1917 se promulgó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente a la fecha. El artículo 27 constitucional instituyó la propiedad de bienes raíces en manos de particulares y fijó por primera vez una franja a lo largo de las fronteras y de las costas, estableciendo la prohibición a los extranjeros de adquirir bienes inmuebles dentro de dicha franja, como se verá en los párrafos siguientes.

Uno de los objetivos de la Constitución de 1917 fue determinar quiénes serían nacionales, quiénes extranjeros y los derechos que corresponderían a cada uno. En el sentir del Constituyente sobre los extranjeros:

La nacionalización de los extranjeros en México es un trámite legal, no es un concepto real. No obedece a un hecho positivo; el extranjero viene a México y se naturaliza, no se asimila al pueblo mexicano. [...] El extranjero no se funde con nosotros, no viene a formar una familia, no viene a diluirse en nuestra nacionalidad; el extranjero sigue siendo extranjero y viene siempre con mentalidad propia; por más que diga que quiere a México, no es cierto, ellos quieren sus negocios, pero no quieren al país, cuando la revolución constitucionalista ha triunfado, los extranjeros han estado todos contra la revolución. El extranjero siguió siendo extranjero: a la hora del peligro no ha estado con México.³

En el mismo sentido, el Constituyente de 1917 en el Diario de los Debates, argumentó que acontecimientos como la proclamación de la Independencia por Agustín de Iturbide y el Plan de Iguala no tuvieron como resultado que los nacionales se apropiaran de la riqueza sino lo contrario. Asimismo señaló que las Leyes de Reforma, incorporadas el 25 de septiembre de 1873 a la Constitución de 1857, al proclamar la nacionalización de bienes eclesiásticos generaron horror a los mexicanos por lo adelantada de esta regulación, haciendo que “*los extranjeros, más ambiciosos, más prácticos y menos fanáticos, se adueñaran de los bienes (eclesiásticos) consolidando su bienestar económico*”. (Recordemos que las limitaciones de la Constitución de 57 solo los obligó a someterse y respetar los fallos y leyes mexicanas). Para terminar de explicar la necesidad de regular la propiedad para extranjeros, el Constituyente expresó que:

[...] durante el Porfiriato se dieron todas las prerrogativas para facilitar la adquisición de bienes a los extranjeros, se derogaron aquellas que imponían algunas trabas, como se les dieron hasta en lo particular, en el simple trato,

³ *Diario de Debates del Congreso Constituyente*, p. 135.

distinciones de todo género, obteniendo siempre la preferencia en todos los órdenes sobre los mexicanos.

Concluyendo que:

Los extranjeros han venido a conquistar la tierra y consideran a México como tierra de conquista [...] se ha venido a conquistar también al hombre [...] agotando a la raza, [...] no hay asimilación posible entre ellos y nosotros; la naturalización, es un simple trámite legal es una burla que se hace del título de nacionalidad mexicana.⁴

Estas ideas, culpaban a las naciones europeas de la condición precaria de la propiedad en México. Algunos diputados del Congreso Constituyente I considerar que otras naciones de América Latina habían pasado por situaciones similares, sugirieron que para estrechar lazos entre sí, las restricciones a la propiedad junto a otros derechos restringidos a extranjeros, no deberían aplicarse a extranjeros latinoamericanos. Esta idea fue rechazada por la mayoría de diputados, pues consideraron que se podían estrechar lazos de otras formas (facilidades de inmigración o para la obtención de trabajo) que no implicaran distinciones especiales a la política internacional y nacional⁵, y sobre todo no atentarían contra el principio de igualdad “base de la democracia e incompatible con leyes privativas y tribunales especiales que impliquen privilegios de clases”⁶.

Por las razones antes mencionadas, la Constitución de 1917 daría preferencia al mexicano sobre el extranjero en la titularidad del derecho de propiedad. A partir de entonces, todo extranjero para ser capaz de adquirir bienes raíces en el país debía renunciar expresamente a su calidad de extranjero y se obligaba a no invocar la protección de sus gobiernos en relación a dichos bienes. Con mayor limitación fue regulada la adquisición de la propiedad por extranjeros dentro de la *zona prohibida* (*a partir de la publicación el Diario Oficial de la Federación, de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera el 9 de marzo de 1973, se denominó zona restringida*), conformada por una franja en las regiones fronterizas y costeras. El propio Constituyente catalogó esta medida como ‘justificada, tolerable y feliz; que no despertará temores o escándalos ni en México ni en el extranjero, particularmente entre los católicos y los emigrantes mexicanos en los Estados Unidos de América’.⁷

⁴ *Idem*, p. 146.

⁵ *Idem*, pp. 146-147.

⁶ *Idem*, p. 165.

⁷ *idem*, p. 443.

El texto relativo al derecho de propiedad para extranjeros, quedó redactado en la fracción I del Artículo 27, como sigue:

Artículo 27.—La capacidad para adquirir el dominio de las tierras y aguas de la Nación, se regirá por las siguientes prescripciones:

I. Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas, tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones, o para obtener concesiones de explotación de minas, aguas o combustibles minerales en la República Mexicana. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus Gobiernos, por lo que se refiere aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo. En una faja (sic) de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas.

Ahora analizaremos la evolución de esta fracción en el texto de la Constitución de 1917. Los sucesos ocurridos desde mitades del siglo XX, acarrearon cambios considerables en la migración y economía nacional junto a la convivencia de extranjeros y nacionales, exigieron la creación de leyes reglamentarias que sintonizaran el contenido del texto constitucional con estas nuevas realidades.

El Artículo 27 ha sufrido un total de 20 reformas desde 1917. Muchas de ellas versan sobre los recursos naturales y energéticos dentro de la República. Las primeras cinco reformas no modificaron el texto de la fracción I. Hasta la sexta modificación ocurrida el 2 de diciembre de 1948, se adicionó un párrafo a esta fracción para quedar como sigue:

El Estado de acuerdo con los intereses públicos internos y los principios de reciprocidad, podrá a juicio de la Secretaría de Relaciones, conceder autorización a los Estados extranjeros para que adquieran en el lugar permanente de la residencia de los Poderes Federales, la propiedad privada de bienes inmuebles necesarios para el servicio directo de sus embajadas o legaciones.

Durante la séptima reforma ocurrida el 20 de enero de 1960, se hizo un pequeño cambio al texto constitucional, suprimiendo las palabras “combustibles minerales”, pues ahora estos serían exclusivos del Estado Mexicano y su explotación no sería concesionada a ningún particular:

I. Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas, tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones, o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas.

La fracción en cuestión no ha vuelto a sufrir cambio alguno desde entonces. El resto de las reformas en materia de adquisición de propiedad de bienes raíces por extranjeros, se han plasmado en leyes reglamentarias. El texto constitucional se ha preservado así hasta la fecha:

I. Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones (sic) en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo. En una faja (sic) de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas.

El Estado de acuerdo con los intereses públicos internos y los principios de reciprocidad, podrá, a juicio de la Secretaría de Relaciones (sic), conceder autorización a los Estados extranjeros para que adquieran, en el lugar permanente de la residencia de los Poderes Federales, la propiedad privada de bienes inmuebles necesarios para el servicio directo de sus embajadas o legaciones.

III. LA LEGISLACIÓN REGLAMENTARIA DERIVADA DE LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 27 CONSTITUCIONAL

Desde 1917, los extranjeros sólo pueden adquirir el dominio directo de tierras y aguas mexicanas fuera de la actualmente denominada zona restringida, siempre que convengan con la Secretaría de Relaciones Exteriores el considerarse como nacionales respecto de los mismos y no invocar la protección de sus gobiernos. Este Convenio es llamado en la doctrina “Cláusula Calvo” y se deriva de la *Doctrina Calvo*.⁸

⁸ Carlos Calvo (1824-1906), jurista y diplomático argentino, aseveraba que un Estado no podía aceptar responsabilidades por las pérdidas que sufren extranjeros a causa de la guerra dentro de sus territorios; admitir esta responsabilidad dejaría a los Estados débiles a merced de los fuertes y con la posibilidad de que estos últimos interviniieran en los primeros de forma abusiva. A estas ideas se les conoció como Doctrina Calvo. Esta doctrina fue ampliamente aceptada por las naciones latinoamericanas quienes terminaron insertar esta doctrina en los actos jurídicos donde haya extranjeros y bienes inmuebles involucrados. De esta

La prohibición a los extranjeros de adquirir bienes raíces en la franja prohibida (hoy denominada restringida), hacía necesario armonizar a través de una ley reglamentaria esta prohibición con el hecho de que un extranjero fuera titular del derecho de propiedad a través los diversos modos de adquisición.⁹

En este sentido la Ley Orgánica de la Fracción I del Artículo 27 Constitucional, publicada el 21 de enero de 1926 en el *Diario Oficial de la Federación*, reguló la hipótesis de que un extranjero adquiriera por herencia un inmueble dentro de la zona prohibida en los siguientes términos:

Artículo 6.—Cuando alguna persona extranjera tuviere que adquirir por herencia, derechos cuya adquisición estuviere prohibida a extranjeros por la Ley, la Secretaría de Relaciones Exteriores dará el permiso para que se haga la adjudicación y se registre la escritura respectiva. En caso de que alguna persona extranjera tenga que adjudicarse en virtud de un derecho preexistente adquirido de buena fe un derecho de los que le están prohibidos por la ley, la Secretaría de Relaciones Exteriores podrá dar el permiso para tal adjudicación.

En ambos casos, el permiso se otorgará con la condición de transmitir los derechos de que se trata a personas capacitada conforme a la ley, dentro de un plazo de cinco años a contar de la fecha de muerte del autor de la herencia en el primer caso o de la adjudicación en el segundo.

La prohibición de adquirir por medio diverso de la herencia la instituyó en el artículo 1 en los siguientes términos:

Artículo 1.—Ningún extranjero podrá adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas en una faja (sic) de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, ni ser socio de sociedades mexicanas que adquieran tal dominio en la misma faja (sic).

Esta ley reglamentaria, reguló el supuesto de que una sociedad mexicana con socios extranjeros pudieran adquirir el dominio directo de bienes inmuebles fuera de dicha zona en la forma siguiente:

doctrina emanan tres tipos de cláusulas: Una “legislativa” que son los derechos y obligaciones que diferencian a los extranjeros de los nacionales contenidos en la ley. Una segunda, llamada “de agotamiento de los recursos locales”, relacionada con el uso de recursos legales nacionales antes de emplear la protección diplomática y un tercer tipo, que es de “renuncia a la protección diplomática”. Las tres las podemos encontrar en el sistema jurídico mexicano.

⁹ Existen modos originarios y modos derivados para adquirir el derecho de propiedad, los primeros presuponen la no existencia de propietario anterior y la adquisición es por ocupación. Los segundos son aquellos que si cuentan con un propietario anterior que transmite la propiedad respecto de un bien bajo su dominio a un tercero. En este sentido, los modos derivados de adquirir la propiedad son, por contrato, por herencia, por prescripción y por accesión.

Artículo 2.—Para que un extranjero pueda formar parte de una sociedad mexicana que tenga o adquiera el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones, o concesiones de explotación de minas, aguas o combustibles minerales en el territorio de la República, tendrá que satisfacer el requisito que señala la misma fracción I, del artículo 27 de la Constitución, a saber, el de hacer convenio ante la Secretaría de Relaciones Exteriores en considerarse como nacional respecto a la parte de bienes que le toca en la sociedad, y de no invocar, por lo mismo, la protección de su Gobierno, por lo que se refiere a aquellos, bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación los bienes que hubiera adquirido o adquiriere como socio de la sociedad de que se trate.

Un tema no previsto en la ley fueron los bienes situados en esta franja que formaran parte de la sociedad conyugal cuándo uno de los cónyuges era nacional y otro extranjero.

Al respecto en 1959, la Secretaría de Relaciones Exteriores concluyó por medio de la circular 13/71 que los extranjeros casados con mexicanos bajo sociedad conyugal no adquieren derechos respecto de los bienes que el cónyuge adquiere si no hubieran solicitado el permiso correspondiente.

Con la vigencia de la Ley de Inversión Extranjera, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de diciembre de 1993, la Secretaría de Relaciones Exteriores en un oficio dirigido a la Asociación del Notariado Mexicano, determinó que el extranjero(a) casado(a) bajo sociedad conyugal con mexicano(a) que adquiera un inmuebles fuera de la franja restringida, no requería permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores¹⁰ para adquirir los derechos que le correspondan sobre los bienes que forman parte de la sociedad conyugal o legal en términos de la legislación civil pero si requería el permiso al liquidarse la sociedad y pretender adjudicarse la propiedad sobre inmuebles ubicados fuera de la zona restringida. Asimismo, determinó que tampoco se requería permiso, cuándo antes de formalizarse la aplicación de derechos de propiedad se transmitan por cualquier título incluso herencia.¹¹ Cinco años más tarde la Secretaría de Comercio y Fomento In-

¹⁰ El 2 de julio de 1944 tras la entrada de México en la Segunda Guerra Mundial, bajo la presidencia de Don Manuel Ávila Camacho, se expidió un decreto que establecía la obligación de obtener un permiso para adquirir bienes inmuebles por parte de extranjeros, esto quiere decir que no solo era necesario el convenio con la Secretaría de Relaciones Exteriores, sino también pedirle permiso.

¹¹ Oficio número ASJ/9220 de fecha 16 de noviembre de 1994 emitido por la Dirección General de Asuntos Jurídicos, Dirección de Permisos Art. 27 Constitucional, dirigido al Lic. Francisco Xavier Arredondo Galván, presidente de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano A.C.

dustrial¹² dirigió otro oficio¹³ a la Asociación Nacional del Notariado Mexicano dónde especificó que el convenio de renuncia deberá de exhibirse al fedatario público previamente al otorgamiento de la escritura de aplicación de bienes por disolución de la sociedad conyugal. Y para tener un criterio uniforme, en el 2005, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió, a través de la Jurisprudencia 1a./J. 49/2005, consultable en la Página 121 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Novena Época, XX, junio del 2005; lo siguiente:

SOCIEDAD CONYUGAL. MOMENTO EN QUE EL CÓNYUGE EXTRANJERO DEBE ACREDITAR EL COMPROMISO A QUE SE REFIERE LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 27 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, PARA PODER OBTENER EL DOMINIO DIRECTO DE INMUEBLES ADQUIRIDOS POR EL CÓNYUGE DE NACIONALIDAD MEXICANA CON POSTERIORIDAD AL MATRIMONIO.—Por regla general, en el sistema jurídico mexicano, los bienes adquiridos durante el matrimonio celebrado bajo el régimen de sociedad legal o conyugal pertenecen a ambos cónyuges, lo cuál no significa que durante la vigencia de dicha sociedad y respecto de los bienes que debe considerarse que le son afectos, se encuentre determinada la propiedad de cada uno de los consortes, sino que al tratarse de una comunidad sólo hasta la liquidación de la sociedad podrá saberse, mediante la adjudicación correspondiente, lo que pertenece a cada uno de ellos. Ahora bien, en el caso de que un consorte de nacionalidad extranjera sea partícipe de bienes inmuebles adquiridos por su cónyuge mexicano, no es necesario que al celebrarse el matrimonio en que se estipule la sociedad conyugal o al nacer ésta durante el matrimonio, existiendo dichos bienes, o bien en la fecha en que se adquieran por el cónyuge nacional, deba acreditar el compromiso a que se refiere la fracción I del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque en ninguno de esos eventos el cónyuge extranjero adquiere el exclusivo dominio sobre algún bien, sino que podrá hacerlo respecto de los que constituyen la comunidad de bienes hasta el momento de la adjudicación y, por tanto, sólo hasta entonces podrá actualizarse respecto a aquél el compromiso previsto en la norma constitucional invocada. En consecuencia, tal acreditamiento, como lo establecen distintos ordenamientos que han reglamentado dicho precepto constitucional, debe hacerse ante el notario público que ha de protocolizar el acto mediante el cual el extranjero adquiera el dominio directo de los bienes inmuebles, ya sea por efecto de la liquidación de la sociedad o de la adjudicación por efecto de la herencia, es decir, al tiempo en que el acto traslativo de dominio en lo individual deba perfeccionarse con las formalidades externas previstas por la ley, las cuales sólo pueden cumplirse

¹² Hoy Secretaría de Economía.

¹³ Oficio número DGIE/DAJ.033.99 de la Dirección General de Inversiones Extranjeras, Dirección General de Asuntos Jurídicos y de la comisión Nacional de Inversiones Extranjeras e fecha 30 de julio de 1999 dirigido al Lic. Alfonso Zermeño Infante, presidente de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano.

mediante el otorgamiento de la escritura respectiva, de ahí que tanto los notarios como los registradores públicos estén obligados a abstenerse de llevar a cabo operaciones y registros cuando no se les compruebe ese requisito.

Continuando con la evolución de las Leyes Reglamentarias del artículo 27 Constitucional, cabe decir que el 9 de marzo de 1973 se promulgó la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera. Esta ley, apegada a la disposición de la fracción I del 27 Constitucional, regulaba la adquisición del derecho de propiedad de bienes por extranjeros en los siguientes términos:

Artículo 3.—Los extranjeros que adquieran bienes de cualquier naturaleza en la República Mexicana, aceptan por ese mismo hecho, considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y no invocar la protección de su Gobierno por lo que se refiere a aquéllos, bajo la pena, en caso contrario, de perder en beneficio de la Nación los bienes que hubieren adquirido.

Artículo 7.—Los extranjeros, las sociedades extranjeras y las sociedades mexicanas que no tengan cláusulas de exclusión de extranjeros, no podrán adquirir el dominio directo sobre las tierras y aguas en una faja (sic) de 100 kilómetros a lo largo de las fronteras y de 50 en las playas.

Las sociedades extranjeras no podrán adquirir el dominio de las tierras y aguas u obtener concesiones para la explotación de aguas.

Las personas físicas extranjeras podrán adquirir el dominio sobre los bienes a que se refiere el párrafo anterior previo premiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores y la celebración del convenio que se refiere la fracción I del párrafo cuarto del artículo 27 Constitucional.

Artículo 18.—En los términos de la fracción I del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de su Ley Orgánica, se faculta a la Secretaría de Relaciones Exteriores para que autorice en cada caso la conveniencia de conceder a las instituciones de crédito, permisos para adquirir como fiduciarias el dominio de bienes inmuebles destinados a la realización de actividades industriales y turísticas en la faja (sic) de 100 kilómetros a lo largo de las fronteras o en la zona de 50 kilómetros a lo largo de las playas del país, siempre que el objeto de la adquisición sea el de permitir la utilización y aprovechamiento de dichos bienes a los fideicomisarios sin constituir derechos reales sobre ellos, pudiendo emitir para estos fines certificados de participación inmobiliarios, nominativos y no amortizables.

Artículo 20.—La duración de los fideicomisos a que esta Capítulo se refiere, en ningún caso excederá de 30 años.

TRANSITORIO.—...QUINTO.—Se derogan todas las disposiciones legales o reglamentarias que se opongan a esta ley.

Esta ley reglamentaria y las nuevas formas que se otorgaron a extranjeros para aprovechar inmuebles provocaron el cambio de denominación, ahora la zona prohibida, pasaría a llamarse zona restringida, en el entendido de que se permitió a los extranjeros el uso y disfrute de las fronteras y playas sin adquirir el dominio directo de las mismas.

Se prohibió en forma expresa el que las personas físicas extranjeras, las sociedades extranjeras y las sociedades mexicanas que no tuvieran cláusula de exclusión de extranjeros, pudieran *adquirir el dominio directo sobre las tierras y aguas en una faja de 100 kilómetros a lo largo de las fronteras y de 50 en las playas.*

Se reguló que las mencionadas personas físicas y morales pudieran utilizar y aprovechar los bienes inmuebles dentro de la franja restringida a través del fideicomiso, siempre y cuando tuviera fines industriales y turísticos.

No se reguló la hipótesis del caso que los inmuebles dentro de la franja restringida tuvieran fines residenciales, sin embargo por igualdad de razón considero que también pudieran utilizar y aprovechar estos bienes a través del fideicomiso.

En la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, la prohibición a las sociedades extranjeras para adquirir el dominio directo sobre tierras se extendió incluso fuera de la franja restringida.

Se permitió a las personas físicas extranjeras adquirir el domino sobre los bienes fuera de la franja restringida previo premiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores y la celebración del convenio que se refiere la fracción I del párrafo cuarto del artículo 27 Constitucional.

Esta ley tampoco reguló el supuesto de que una persona física o moral extranjera adquiriera bienes por herencia dentro de la franja restringida, pero considero que el artículo quinto transitorio de la ley de 1973 permite la aplicación de la Ley Orgánica Ley Orgánica de la Fracción I, del Artículo 27 Constitucional, ya que únicamente derogó las disposiciones que se opusieran a la ley. En este sentido, el extranjero tendría un plazo perentorio de 5 años contados desde la muerte del autor de la herencia para transmitir en propiedad dichos bienes a quién tuviera capacidad para adquirirlos.

Por último, se fijaron topes porcentuales de inversión extranjera dependiendo de la actividad y rama de economía de que se tratara y se creó el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, en donde se inscribirían las personas físicas o morales extranjeras que realizaran inversiones reguladas por la ley; las sociedades mexicanas en cuyo capital participaran las personas extranjeras y los fideicomisos en que participaran extranjeros en los actos regulados por la ley.

Esta ley reglamentaria de 1973 (Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera), tenía su razón de ser: México, una economía emergente, debía poner énfasis a sus relaciones económicas internacionales y al papel del capital foráneo en la economía local. Por esta razón México, en 1972 durante la Tercera Reunión de la Asamblea de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo Económicos de los Estados, adoptó la Carta de los Deberes y Derechos Económicos de los Estados cuyo objeto fue asegurar la autodeterminación económica de los países en proceso de evolución, de modo que en un marco de respeto al desarrollo económico, la implementación de leyes como la de 1973 permitían que el Estado Mexicano promover tanto inversión local como extranjera pero condicionando esta última a las leyes locales, evitando la actuación de gobiernos extranjeros y empresas transnacionales en beneficio propio. En la exposición de motivos de esta ley, se retomaron los argumentos de explotación europea de los tres siglos de dominación española y el establecimiento de consorcios extranjeros de industrias extractivas. Por otra parte, esta misma ley reconoció la contribución del capital extranjero en la economía nacional destacando la necesidad de mantenerlo pero de forma que no afectase a la industria local, multiplicando la producción, la participación de la inversión nacional, estímulos fiscales, instrumentos crediticios y tasas diferenciales de crédito para fortalecer la empresa mexicana y el crecimiento autosostenido, dejando de lado toda relación de dependencia con naciones de mayor desarrollo.

Durante los últimos años, las nuevas experiencias internacionales y económicas hicieron necesaria una nueva ley que fuera el nuevo marco promotor de la inversión en el país. En la exposición de motivos de la Ley de Inversión Extranjera se destacaron los datos estadísticos sobre la inversión extranjera en los sectores económicos de mayor utilidad en México.¹⁴ Esta información aunada a los inminentes cambios en el mundo hizo que la antigua Ley de 1973 fuera inaplicable a los nuevos objetivos del país.

¹⁴ Para el año de 1993, la inversión extranjera superó los 34 mil millones de dólares y superó en más de 40% la meta de 24 mil millones de dólares propuestos para todo el sexenio. De enero a octubre se captó un monto de inversión extranjera mayor a 9 mil 400 millones de dólares. Los países de América del Norte, Estados Unidos y Canadá, participaron con el 65% de la inversión extranjera acumulada y los países de la Unión Europea contribuyeron con el 19% de dicho monto; las naciones latinoamericanas con cerca del 8% y los países asiáticos de la Cuenca del Pacífico con una participación de poco más de 2%. El sector manufacturero recibió casi el 30% de la inversión extranjera acumulada durante el sexenio; el sector de transporte y comunicaciones, recibió alrededor de 24% y el sector de servicios financieros, más de 16%.

Esto llevó a que el 27 de diciembre de 1993 fuera promulgada la Ley de Inversión Extranjera vigente a la fecha, abrogando a la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera de 1973 y la Ley Orgánica de la Fracción I del Artículo 27 Constitucional. Esta nueva ley reservó un título especial relativo a las formas en que los extranjeros puedan adquirir inmuebles y obtener concesiones para la explotación y exploración de minas y aguas en territorio nacional. A diferencia de su antecesora que hacía referencia únicamente a inmuebles con fines industriales y turísticos, la nueva Ley de Inversión Extranjera también reguló la figura del fideicomiso para la adquisición de inmuebles con destino residencial en zona restringida en los siguientes términos.

A. LA ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD DE UN INMUEBLE Y EL FIDEICOMISO EN ZONA RESTRINGIDA

Por disposición de la Ley de Inversión Extranjera, las sociedades mexicanas con cláusula de admisión de extranjeros y los extranjeros pueden adquirir bienes inmuebles en los siguientes términos:

Artículo 10.—De conformidad con lo dispuesto por la fracción I del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros o que hayan celebrado el convenio a que se refiere dicho precepto, podrán adquirir el dominio de bienes inmuebles en el territorio nacional.

En el caso de las sociedades en cuyos estatutos se incluya el convenio previsto en la fracción I del artículo 27 Constitucional, se estará a lo siguiente:

I. Podrán adquirir el dominio de bienes inmuebles ubicados en la zona restringida, destinados a la realización de actividades no residenciales, debiendo dar aviso de dicha adquisición a la Secretaría de Relaciones Exteriores, dentro de los sesenta días hábiles siguientes a aquél en el que se realice la adquisición, y

II. Podrán adquirir derechos sobre bienes inmuebles en la zona restringida, que sean destinados a fines residenciales, de conformidad con las disposiciones del capítulo siguiente (**DE LOS FIDEICOMISOS SOBRE BIENES INMUEBLES EN ZONA RESTRINGIDA**)

Artículo 10-A.—Los extranjeros que pretendan adquirir bienes inmuebles fuera de la zona restringida, u obtener concesiones para la exploración y explotación de minas y aguas en el territorio nacional, deberán presentar previamente ante la Secretaría de Relaciones Exteriores un escrito en el que convengan lo dispuesto en la fracción I del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y obtener el permiso correspondiente de dicha dependencia.

Cuando el bien inmueble que se pretenda adquirir esté en un municipio totalmente ubicado fuera de la zona restringida o cuando se pretenda obtener una concesión para la explotación de minas y aguas en territorio nacional, el permiso se entenderá otorgado si no se publica en el *Diario Oficial de la Federación* la negativa de la Secretaría de Relaciones Exteriores dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha de la presentación de la solicitud...

La Secretaría de Relaciones Exteriores podrá determinar, mediante acuerdos generales que se publicarán en el *Diario Oficial de la Federación*, supuestos en los que los extranjeros, para tener el derecho a que se refiere este artículo, sólo deberán presentar ante dicha dependencia un escrito en el que convengan lo dispuesto en la fracción I del artículo 27 constitucional, sin requerir el permiso correspondiente de dicha dependencia.

CAPÍTULO II

De los fideicomisos sobre bienes inmuebles en zona restringida

Artículo 11.—Se requiere permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para que instituciones de crédito adquieran como fiduciarias, derechos sobre bienes inmuebles ubicados dentro de la zona restringida, cuando el objeto del fideicomiso sea permitir la utilización y el aprovechamiento de tales bienes sin constituir derechos reales sobre ellos, y los fideicomisarios sean:

I. Sociedades mexicanas sin cláusula de exclusión de extranjeros en el caso previsto en la fracción II del artículo 10 de esta Ley; y

II. Personas físicas o morales extranjeras.

Artículo 12.—Se entenderá por utilización y aprovechamiento de los bienes inmuebles ubicados en la zona restringida, los derechos al uso o goce de los mismos, incluyendo en su caso, la obtención de frutos, productos y, en general, cualquier rendimiento que resulte de la operación y explotación lucrativa, a través de terceros o de la institución fiduciaria.

Artículo 13.—La duración de los fideicomisos a que este capítulo se refiere, será por un periodo máximo de cincuenta años, mismo que podrá prorrogarse a solicitud del interesado...

Artículos Transitorios 1993

Artículo Segundo.—Se abroga.

I. La Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de marzo de 1973;

II. La Ley Orgánica de la Fracción I del Artículo 27 Constitucional, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de enero de 1926; y [...]

En la Ley de Inversión Extranjera se aprecian los siguientes cambios: no hay distinción entre persona moral extranjera y persona física extranjera; los extranjeros podrán aprovechar y utilizar los bienes inmuebles dentro de la

franja restringida a través de un fideicomiso, cualquiera sea su fin. Se amplió la duración del “Fideicomiso en Zona Restringida” de 30 a 50 años. Los extranjeros podrán adquirir el dominio directo de los bienes inmuebles fuera de la zona restringida previo la celebración del convenio que establece la Fracción I del 27 Constitucional y obtener el permiso correspondiente de dicha dependencia.¹⁵

En esta ley, las sociedades mexicanas con cláusula de admisión de extranjeros podrán adquirir el dominio directo de bienes dentro de la zona restringida siempre y cuando sean destinados a la realización de actividades no residenciales, debiendo dar aviso de dicha adquisición a la Secretaría de Relaciones Exteriores. Si los fines son residenciales entonces se podrá utilizar y aprovechar dichos bienes inmuebles a través de un Fideicomiso. Como se aprecia, en tratándose de adquisición de bienes inmuebles por sociedades mexicanas con cláusula de admisión de extranjeros, el destino del inmueble es esencial, pues de esto depende la necesidad de constituir un fideicomiso o no. Como esta ley abrogó las leyes de la materia anteriores, queda sin resolverse la hipótesis consistente en que un extranjero adquiera por herencia un bien dentro de la franja restringida, por lo que de materializarse este acto jurídico, serán los órganos judiciales quienes tendrán que resolver al respecto.

La Ley de Inversión Extranjera, también definió lo que se entiende por utilización y aprovechamiento de los bienes inmuebles a través de fideicomiso, como los derechos al uso, o goce de los mismos, incluyendo la obtención de frutos, productos y rendimientos que resulten de la operación y explotación lucrativa de dichos bienes.

Cabe señalar que, con el fideicomiso, los fideicomisarios no adquieren derechos reales de ningún tipo sobre el inmueble que han adquirido y carecen de interés jurídico para reclamar vía Juicio de Amparo lo relacionado con dicho inmueble.¹⁶ Todo lo antes mencionado se explica mejor gráficamente:¹⁷

¹⁵ El 2 de marzo de 1998 en el *Diario Oficial de la Federación* se publicó el Acuerdo General que determinaba que los extranjeros únicamente debían presentar un escrito en el que convinieran lo dispuesto por la fracción I del Artículo 27 Constitucional cuando se tratase de aquellos que provinieran de países con los que México sostenía relaciones diplomáticas, sin que fuera necesario la expedición de un permiso posterior, excluyendo de este beneficio a aquellos nacionales de países con los que las relaciones estuvieren suspendidas.

¹⁶ FIDEICOMISO ESTABLECIDO PARA PERMITIR A LOS EXTRANJEROS UTILIZAR Y APROVECHAR INMUEBLES UBICADOS EN LA ZONA RESTRINGIDA. ESTOS FIDEICOMISARIOS CARECEN DE DERECHOS REALES SOBRE EL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO Y, POR ENDE, DE INTERÉS JURÍDICO PARA RECLAMAR MEDIANTE EL JUICIO DE AMPARO LOS ACTOS JURISDICCIONALES QUE

Cuadro 1
Mecanismos para obtener la propiedad o posesión
de un bien inmueble

	Sociedades mexicanas que admiten extranjeros	Personas físicas o morales extranjeras
Fuera de zona restringida	Incluir dentro de sus estatutos sociales en convenio previsto en la fracción I del artículo 27 constitucional.	Se debe convenir ante la SRE los dispuesto en la fracción I del artículo 27 constitucional y obtener el permiso correspondiente.
Zona restringida	Incluir dentro de sus estatutos sociales el convenio previsto en la fracción I del artículo 27 constitucional. Para fines no residenciales solo se requiere aviso previo a SRE. Para fines residenciales no puede adquirirse el dominio sino solo el uso y disfrute a través de un fideicomiso.	No puede adquirirse el dominio sino solo el uso y disfrute del bien a través de un fideicomiso.

B. LA INICIATIVA DEL 23 DE ABRIL DEL 2013

El 23 de abril del 2013, en la Cámara de Diputados se discutió una minuta que comprende reformas al artículo 27 constitucional que permiten a los extranjeros la adquisición del dominio directo de inmuebles cuando estos sean para uso residencial dentro de la zona restringida sin necesidad de recurrir al fideicomiso.¹⁸ Las opiniones en torno a esta reforma fueron diversas, aunque destacan las opiniones a favor la necesidad de actualizar el régimen de adquisición de inmuebles para extranjeros puesto que las circunstancias que dieron origen a la prohibición constitucional son meramente históricas, ya han sido superadas y carecen de contenido práctico. En el mismo sentido hubo voces que mencionan que es una forma de erradicar

AFFECTEN ESOS DERECHOS. Tesis Aislada, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Octubre del 2014. Tesis XXVII. 3º. 10.C. (10ª.). p.

¹⁷ Oficio sin número, de fecha 30 de agosto del 2016, titulado “Régimen de la Propiedad inmobiliaria”; expedido por la Secretaría de Economía, a través de la Subsecretaría de Competitividad y normatividad, dirección general de inversión extranjera, dirección de asuntos internacionales y políticas públicas.

¹⁸ Boletín informativo No. 1408 de la Cámara de Diputados de fecha 23 de abril del 2013.

la simulación de la adquisición de bienes inmuebles por extranjeros a través de fideicomisos en zonas restringidas. Las opiniones en contra se centraron en la soberanía, la seguridad nacional y el nacionalismo.

El texto de esta reforma propone la modificación de la fracción I del párrafo noveno del artículo 27 constitucional para que quede de la siguiente forma:¹⁹

Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo. En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, los extranjeros por ningún motivo podrán adquirir el dominio directo sobre las aguas en el caso de las tierras, podrán adquirirlas cuando sean exclusivamente para uso de vivienda, para lo cuál deberán convenir con la Secretaría de Relaciones Exteriores en los términos descritos en esta fracción”.

Esta reforma concede el derecho a los extranjeros a adquirir tierras en la zona restringida se condiciona a: 1) Cuando se trate de tierras, no de aguas; 2) uso de vivienda única y exclusivamente; 3) debe existir convenio con la Secretaría de Relaciones Exteriores.

Al día siguiente, esta minuta fue enviada a la Cámara de Senadores para su estudio y posible aprobación, no obstante, desde 2013 hasta la fecha esta reforma conserva un status pendiente²⁰. A pesar de esto, algunos medios de comunicación manejaron la aprobación por parte de la Cámara de Diputados como si se hubiera aprobado y entrado en vigor.²¹

IV. CONCLUSIONES

La evolución histórica permite concluir que en la Constitución de 1824 no se estableció restricción alguna al derecho de propiedad de los extranje-

¹⁹ Oficio Número D.G.P.L. 62-II-7-618. Exp 1061 de la Gaceta del Senado LXII/ 1SPO-130/40710 de fecha 24 de abril del 2013.

²⁰ *Idem*.

²¹ MÉNDEZ, Enrique y GARDUÑO, Roberto, “Diputados aprueban reforma que permite a extranjeros comprar inmuebles en playas”, *Diario La Jornada*, <http://www.jornada.com.mx/2013/04/24/politica/020n1pol>

ros. La Constitución de 1836 prohibía a los extranjeros la adquisición de un bien raíz a menos que se naturalizaran o contrajeran matrimonio con un(a) nacional. En la Constitución de 1857 no se establece prohibición alguna a los extranjeros para adquirir bienes inmuebles siempre y cuándo se sujetaran a los fallos de los tribunales y se sometieran a las autoridades y leyes del País. La constitución vigente de 1917 en su artículo 27 instituye el derecho de propiedad de bienes inmuebles cuyos titulares sean particulares y regula la adquisición del derecho de propiedad por parte de extranjeros, prohibiendo la adquisición en una franja de cien kilómetros en las fronteras y cincuenta kilómetros en playas. Fuera de esta franja los extranjeros pueden adquirir los bienes inmuebles siempre y cuando convengan con la Secretaría de Relaciones Exteriores considerarse como nacionales en relación a dichos bienes y no invocar la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquellos.

A partir de la constitución de 1917 la regulación específica de la adquisición de bienes inmuebles por extranjeros estuvo a cargo de las leyes reglamentarias.

El 21 de enero de 1926 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley Orgánica de la Fracción I del Artículo 27 Constitucional, cuya peculiaridad y acierto es que reguló el supuesto que un extranjero adquiría por herencia un bien inmueble y le daba un plazo perentorio de cinco años contados desde la fecha de la muerte del autor de la herencia para transmitir los derechos de los que se trata a personas capacitadas para adquirirlas.

Se prohibió que un extranjero o persona moral mexicana con socios extranjeros adquiriera el dominio directo sobre tierras y aguas a lo largo de las fronteras (100 km) y costas (50 km) y reguló el supuesto de que una sociedad mexicana con socios extranjeros pudieran adquirir el dominio directo de bienes inmuebles fuera de la llamada entonces zona prohibida siempre y cuando el socio extranjero conviniera con la Secretaría de Relaciones Exteriores considerarse como nacional respecto a dichos bienes y no invocar la protección de su gobierno.

Posteriormente fueron publicadas la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera el 9 de marzo de 1973 y La Ley de Inversión Extranjera el 27 de diciembre de 1993; en ambas se estableció al fideicomiso como vehículo jurídico para que los extranjeros pudieran utilizar y aprovechar los bienes inmuebles comprendidos dentro de la franja restringida.

La primera de las leyes reglamentarias reguló únicamente el supuesto que los bienes inmuebles dentro de dicha franja fueran destinados para fines turísticos o industriales. La segunda de las leyes mencionadas ya hizo refe-

rencia también a los bienes con fines de vivienda, esta última ley reglamentaria permitió sin necesidad de recurrir al fideicomiso que sociedades mexicanas con socios extranjeros adquirieran el dominio directo de bienes inmuebles en dicha franja siempre y cuando no fueran utilizados para vivienda.

A diferencia de su antecesora, ninguna de estas dos leyes reglamentarias reguló los supuestos de que un extranjero adquiera por herencia o legado un bien inmueble en la zona restringida, sin embargo la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera permitió en los transitorios que se aplicaran las leyes que no se opusieran a ella, por lo que cabe la aplicación de la anterior que permitía que un extranjero adquiriera dicho bien, siempre y cuando lo transmitiera a un tercero con capacidad para adquirir. Lo contrario ocurre en la Ley de Inversión Extranjera que abroga las leyes anteriores, dejando un vacío legal que tendrá que ser materia de interpretación judicial.

La Cámara de Diputados presentó una iniciativa el 23 de abril del 2013 que permitía a los extranjeros adquirir el dominio directo de los bienes inmuebles dentro de la franja restringida, siempre y cuándo fueran para fines de vivienda, iniciativa que fue aprobada por la Cámara de Diputados y en la Cámara de Senadores se encuentra ésta en las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, bajo el status de “pendiente”.

En un mundo globalizado de flujo de capitales y de personas, creo que no hay un motivo de peso para restringir a las personas físicas o morales extranjeras el derecho para adquirir la propiedad de bienes inmuebles en la zona fronteriza y costera, siempre y cuando el extranjero convenga con la Secretaría de Relaciones Exteriores en considerarse como nacional respecto de dichos bienes y a no invocar la protección se su gobierno por lo que se refiere a ellos.

Yo considero acertada la iniciativa presentada por la Cámara de Diputados el 23 de diciembre del 2013 y me atrevo a proponer que se elimine el concepto de zona restringida, para permitir a los extranjeros previo convenio con la Secretaría de Relaciones Exteriores de considerarse como nacionales, adquirir la propiedad de los bienes inmuebles en cualquier parte de la República Mexicana sea cual fuera el destino de los mismos siempre y cuándo sea un fin lícito.

V. BIBLIOGRAFÍA

Constitución de Cádiz de 1812.

Constitución de 1824.

Leyes Constitucionales del 30 de diciembre de 1836.

Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843.

- Estatuto Orgánico de la República Mexicana del 22 de diciembre de 1855.
- Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana.
- Constitución Política de la Republica Mexicana sobre al Indestructible Base de su Legitima Independencia, proclamada el 16 de septiembre de 1810 y consumada el 27 de septiembre de 1821; publicada el 5 de febrero de 1857.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Promulgada el 5 de febrero de 1917.
- Ley Orgánica de la Fracción I del Artículo 27 Constitucional. Publicada en el DOF, el 21 de enero de 1926.
- Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, publicada en el DOF, el 9 de marzo de 1973.
- Ley de Inversión Extranjera publicada en el DOF el 27 de diciembre de 1993.
- Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, promulgada el 27 de agosto de 1932.
- Diario de Debates del Congreso Constituyente de 1917.
- Oficio número ASJ/9220 de fecha 16 de noviembre de 1994 emitido por la Dirección General de Asuntos Jurídicos, Direcciones Permisos Art. 27 Constitucional, dirigido al Lic. Francisco Xavier Arredondo Galván, Presidente de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano A.C.
- Exposición de Motivos de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de marzo de 1973.
- Oficio número DGIE/DAJ.033.99 de la Dirección General de Inversiones Extranjeras, Dirección General de Asuntos Jurídicos y de la comisión Nacional de Inversiones Extranjeras e fecha 30 de julio de 1999 dirigido al Lic. Alfonso Zermeño Infante, presidente de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano.
- Oficio sin número, de fecha 30 de agosto del 2016, titulado “Régimen de la Propiedad inmobiliaria”; expedido por la Secretaría de Economía, a través de la Subsecretaría de Competitividad y Normatividad, Dirección General de Inversión Extranjera, Dirección de Asuntos Internacionales y Políticas Públicas.
- Boletín informativo No. 1408 de la Cámara de Diputados de fecha 23 de abril del 2013.
- Oficio Número D.G.P.L. 62-II-7-618. Expo 1061 de la Gaceta del Senado LXII/ISPO-130/40710 de fecha 24 de abril del 2013.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1800-1976*, 7a. ed., Editorial Porrúa, México, 1976.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos, (2010). Evolución de la Cláusula Calvo y la Zona Prohibida en el Derecho Constitucional Mexicano y en Derecho Internacional. Julio 2018, de Universidad Nacional Autónoma de México Sitio web: <https://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/librosfac/pdf/pub05/02DrARELLANO.pdf>
- DÍAZ RODRÍGUEZ, Homero, “Régimen Jurídico de la Adquisición de Inmuebles por Extranjeros en la llamada ‘Zona Prohibida’”, en *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, Núm. 76, 1979.

CASTILLO VILLANUEVA, Heriberto, "Ley de inversión extranjera y su Reglamento", en *Colección de Temas Jurídicos en Breviarios*. Colegio de Notarios del Distrito Federal (4, 1), Editorial Porrúa, México, 2010.

Diputados aprueban reforma que permite a extranjeros comprar inmuebles en playas. Por: Enrique Méndez y Roberto Garduño. En Diario La Jornada. <http://www.jornada.com.mx/2013/04/24/politica/020n1pol>

LA JURISPRUDENCIA Y SU IMPACTO EN LA DOCTRINA DE LAS FACULTADES IMPLÍCITAS EN LOS PODERES GENERALES PARA ACTOS DE ADMINISTRACIÓN

Juan Antonio Chirino Sprung¹

Por años ha existido controversia de carácter doctrinal y en la práctica a la aplicación y la interpretación del alcance del poder general para actos de administración, que regula el artículo 2554 del Código Civil del Distrito Federal, sobre si este último tiene implícitas las facultades correspondientes al poder general para pleitos y cobranzas.

En principio, haremos referencia a Tesis que atienden la forma en que se deberán interpretar las disposiciones legislativas en general, a fin de obtener una armonía con la interpretación y la aplicación de la ley en particular.

I. REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES.

INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Conforme a los principios lógicos que rigen en materia de hermenéutica o interpretación de las leyes y de sus normas en general, unas y otras han de ser ponderadas conjunta y no parcialmente, armónica y no aisladamente, para desentrañar la intención del legislador, resolver la cuestión efectivamente planteada y evitar la incongruencia o contradicción, que repugna a la razón y a la correcta administración de la justicia.²

¹ Licenciado en Derecho.

² Tesis IV.2º. A.81 K (10ª.), *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. XII, octubre de 1993, p. 446.

**A. INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE TEXTOS NORMATIVOS.
ASPECTOS QUE DEBEN CONSIDERARSE
PARA LOS PRINCIPIOS Y METODOLOGÍA APLICABLES**

Cuando existe una disposición jurídica oscura o compleja que debe aplicarse a una situación dudosa, el pronunciamiento judicial resulta pertinente, puesto que, si las normas se dictan con el propósito de que las personas se comporten de determinada manera, para conseguir este propósito es menester que los destinatarios comprendan qué es lo que se desea que hagan u omitan, de una manera cierta y específica, máxime cuando les resulta vinculatorio y exigible. De ahí la conveniencia de que los legisladores dicten las normas en un lenguaje comprensible y compartido por los obligados, para establecer la tipicidad o atipicidad de conductas o supuestos. Al efecto, existen ciertos principios y metodología para interpretar textos normativos, para lo cual debe tomarse en cuenta el sentido propio de sus palabras en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicados, atendiendo fundamentalmente al espíritu, funcionalidad, eficacia y finalidad de la institución regulada.³

**B. INTERPRETACIÓN JUDICIAL.
SU CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS TRATÁNDOSE
DE CASOS PROBLEMA**

La interpretación judicial es el proceso o actividad para descubrir o atribuir significado y así decidir el alcance, sentido, contenido e implicación de un texto legal, con el fin de que pueda ser aplicado a casos concretos y, sobre todo, para precisar qué circunstancias encuadran, son subsumibles o quedan excluidas de él. En ese contexto, los casos problema imponen una doble interpretación: tanto del texto del precepto como de las circunstancias, prácticas o conductas determinantes de la *litis* que han de ser reguladas, pero de acuerdo a parámetros o reglas propias de su naturaleza, esencia o sustancia.⁴

Con base en estos y otros criterios, es que a nuestro órgano jurisdiccional le corresponde interpretar las disposiciones legales y que en la práctica aplican en sus resoluciones.

³ Tesis 1.4. A.90 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tesis aislada, t. XXXI, marzo de 2010, p. 3002.

⁴ Tesis IV.4º. A.89 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tesis aislada, t. XXXI, marzo de 2010, p. 3003.

II. ANTECEDENTES

Considero importante hacer mención de la opinión de algunos autores sobre los alcances del poder general para actos de administración, así como una breve referencia a la integración de los poderes generales en nuestro derecho positivo. Por lo que empezaremos con el antecedente histórico que lleva a la redacción del artículo 2554, y que el maestro Domínguez Martínez hace referencia a la regulación de los poderes generales de la siguiente manera:

No obstante todo lo anterior, y en particular la cercanía e inmediatez del Código de 84 con el C. Civ., también es de observarse y debemos apuntar que el artículo 2554 del Código vigente no toma el texto de algún precepto del código de 84 en cuanto a poderes generales se refiere; por el contrario, dista mucho de haber sido su modelo en esa materia y más bien, se observa oposición entre una y otra regulaciones.

El precedente indirecto del artículo 2554 actual, es el artículo 85 de la Ley Orgánica del Notariado del Estado de Jalisco de 1887 y el directo, con texto idéntico, con tan sólo una salvedad, lo es del artículo 1º. de la Ley de Poderes del Estado de Michoacán de finales de 1906.⁵

Ley Orgánica del Notariado de Jalisco de 1887, su disposición es como sigue:

Art. 85.—En los poderes generales judiciales bastará decir que se dan con ese carácter para que el apoderado pueda representar al poderdante en todo negocio de jurisdicción voluntaria mixta y contenciosa desde su principio hasta su conclusión, siempre que no se trate de actos que conforme a los Códigos requieran poder especial, pues para éstos se consignarán detalladamente las facultades con su carácter de especialidad. En los poderes generales para administrar bienes bastará decir que se dan con ese carácter para que el apoderado tenga todas las facultades administrativas. En los poderes para ejercer actos de dominio bastará decir que se dan con ese carácter para que el apoderado, tenga todas las facultades del dueño tanto en lo relativo a los bienes como para hacer toda clase de gestiones para defenderlos. Cuando se quisieren limitar en los tres casos que este artículo contiene, las facultades de los apoderados se consignarán las limitaciones o los poderes se harán especiales.

⁵ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Poder General para Pleitos y Cobranzas Contenido y Limitaciones*, México, Editorial Porrúa, Colección de Temas Jurídicos en Breviarios Colegio de Notarios del DF, 2004, pp. 24-26.

Ley de Poderes de 1906 para el Estado de Michoacán.

Por su parte, el artículo 1º de la Ley michoacana fue del texto siguiente:

Art. 1º.—En todos los poderes generales para pleitos y cobranzas bastará que se diga que se otorgan con todas las facultades generales y las especiales que requieren cláusula particular conforme al Código Civil para que se entiendan conferidas sin limitación alguna.

En los poderes generales para administrar bienes, bastará expresar que se dan con ese carácter para que el apoderado tenga toda clase de facultades administrativas.

En los poderes para ejercer actos de dominio, bastará decir que se dan con ese carácter, para que el apoderado tenga todas las facultades de dueño, tanto en lo relativo a los bienes, como para hacer toda clase de gestiones para defenderlos.

Cuando se quisieren limitar, en los tres casos que este artículo contiene, las facultades de los apoderados se consignarán las limitaciones o los poderes se harán especiales.

Los notarios insertarán el presente artículo en todos los términos de los poderes que otorguen.

Ahora bien, el Artículo 2554 del Código Civil tiene un texto casi idéntico:

Artículo 2554.—En todos los poderes generales para pleitos y cobranzas, bastará que se diga que se otorga con todas las facultades generales y las especiales que requieran cláusula especial conforme a la ley, para que se entiendan conferidos sin limitación alguna.

En los poderes generales para administrar bienes, bastará expresar que se dan con ese carácter, para que el apoderado tenga toda clase de facultades administrativas.

En los poderes generales, para ejercer actos de dominio, bastará que se den con ese carácter para que el apoderado tenga todas las facultades de dueño, tanto en lo relativo a los bienes, como para hacer toda clase de gestiones a fin de defenderlos.

Cuando se quisieren limitar, en los tres casos antes mencionados, las facultades de los apoderados, se consignarán las limitaciones, o los poderes serán especiales. Los notarios insertarán este artículo en los testimonios de los poderes que otorguen.

Con esta incorporación de la clasificación de los poderes generales, que es totalmente diferente a lo que el código de 84 contenía, el Legislador trató de resolver la problemática que existía en los tribunales sobre los poderes que se otorgaban como mandato judicial o como poderes especiales y que eran impugnados en cuanto al alcance de sus facultades. El Código de 28 con la innovación del poder general para pleitos y cobranzas, el mandato

judicial comenzó a tener una menor utilización, ya que, con la integración del poder para pleitos y cobranzas, se trató de dar solución a la práctica de insertar una larga enumeración de actos y gestiones procesales y en algunos casos hasta de carácter patrimonial que se podían utilizar.

III. OPINIONES INTERPRETANDO LA JERARQUIZACIÓN DE LOS PODERES GENERALES

A continuación, las posiciones de algunos autores sobre la relación de jerarquía de los poderes generales para pleitos y cobranzas, actos de administración y actos de dominio; cabe hacer mención que sobre la interpretación que existe del poder general de actos de dominio, dentro de ésta, sí se encuentran facultades implícitas tanto de pleitos y cobranzas como actos de administración ya que, en este último, en el Artículo 2554 establece que en el ejercicio de dicho poder general para actos de dominio, el apoderado, tendrá todas las facultades de dueño en lo relativo a los bienes así como para realizar toda clase de gestiones a fin de defenderlos.

Así es como para el Doctor Zamora y Valencia, que en su libro *Contratos Civiles*, al referirse a los mandatos generales para actos de administración opina lo siguiente:

B. Generales para actos de administración y bastará expresar que se diga que se otorgan con ese carácter, para que el apoderado tenga toda clase de facultades administrativas. Este mandato implica la facultad de cobranzas aunque no se especifique expresamente, porque al efectuar cobros debe considerarse desde un punto de vista técnico, como un acto administrativo y también implica la posibilidad de representar al mandante en juicio, en asuntos de carácter estrictamente patrimonial, pero no en asuntos relacionados directamente con la situación personal del mandante. Así, un apoderado general para actos de administración podrá contestar una demanda de pago de pesos, pero no una de divorcio.⁶

De igual forma el Doctor Chirino Castillo, opina:

Facultades implícitas. El mandato general para actos de administración tiene implícitas las facultades del mandato general para pleitos y cobranzas. El mandato general para actos de dominio comprenderá a su vez las facultades del mandato general para pleitos y cobranzas y las del mandato general para actos de administración.

⁶ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, *Contratos Civiles*, 2a. ed., Editorial Porrúa, México, 1985, p. 200.

El Código Civil tratando de ser explícito en cuanto a las facultades generales que se encuentran comprendidas en su totalidad, señala que, en todo caso, “Cuando se quisieren limitar, en los tres casos antes mencionados, las facultades de los apoderados, se consignarán las limitaciones, o los poderes serán especiales [...] Los Notarios insertarán este artículo en los testimonios de los poderes que otorguen (2554).⁷

Para Lozano Noriega, existe la jerarquía en los mandatos generales, tal y como lo indica:

JERARQUÍA ENTRE LOS MANDATOS GENERALES. Entre los mandatos generales encuentro una jerarquía; el código no lo dice. Sin embargo, yo entiendo que el mandato general para actos de dominio implica, necesariamente, el mandato general para actos de administración y el mandato general para pleitos y cobranzas. El mandato general para actos de administración incluye, también, ¿el mandato general para pleitos y cobranzas? Porque digo que involucra también el mandato general para actos de administración y al mandato general para actos en pleitos y cobranzas. Por la sencilla razón de que el mandatario está facultado para realizar actos de disposición de cualquier tipo que sean, CONCEDIDO LO MÁS, DEBE ENTENDERSE CONCEDIDO LO MENOS.⁸

El Doctor Bernardo Pérez Fernández del Castillo, coincide sobre esto al establecer: “Particularmente considero que el que puede lo más puede lo menos...”,⁹ en relación a la jerarquía de los poderes generales.

El maestro Sánchez Medal,¹⁰ en su obra, también se refiere a lo expresado por el licenciado Francisco Lozano Noriega, al citarlo en el mismo sentido de la existencia de una gradación o jerarquía en los mandatos generales.

Es así como en algunos casos se venía interpretando la existencia de la jerarquía o gradación de los poderes generales de actos de dominio, de administración y para pleitos y cobranzas, haciendo referencia a la doctrina para llegar a esa interpretación del artículo 2554 del Código Civil.

Dichas consideraciones permitían que fuese suficiente la indicación de la existencia de un poder general de actos de administración para que estuvieran implícitas las facultades de pleitos y cobranzas, que se de lo que se tratan en estas líneas, de reflexiones de este tema y no de los alcances que el

⁷ CHIRINO CASTILLO, Joel, *Contratos*, 3a. ed., Editorial Porrúa, México, 2014, p. 112.

⁸ LOZANO NORIEGA, Francisco, *Cuarto Curso de Derecho Civil Contratos*, 2a. ed., Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 1970, p. 443.

⁹ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Contratos Civiles*, 9a. ed., Editorial Porrúa, México, 2003, p. 252.

¹⁰ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los Contratos Civiles*, 17a. ed., Editorial Porrúa, México, 1999, p. 307.

poder general para actos de administración que podría tener sobre actos de dominio y que el maestro Borja Soriano explica en su análisis para distinguir los alcances dependiendo del patrimonio al que pertenecieran los actos a realizar en base a lo escrito por Bonnecase sobre los tipos de patrimonio. Y que en el derecho francés la existencia solo del poder general para actos de administración no requería de reflexión alguna por que las facultades para pleitos y cobranzas siempre se darían bajo la forma de un poder especial.

La creación del poder general para pleitos y cobranzas en México se da como una respuesta del Legislador a la problemática recurrente de la impugnación de la personalidad en los distintos procedimientos jurisdiccionales, en los cuales al tener que ser poderes especiales se tenían que indicar específicamente los actos que estaban autorizados a realizar. Encuentro así similitud a lo que menciona Ripert-Boulanger, al referirse a los mandatos:

Los poderes dados a los mandatarios a menudo están mal redactados; con el temor de otorgarles poderes insuficientes se emplean a menudo términos muy generales; se les encarga, por ejemplo, realizar “todo lo que sea útil al interés del mandante”. Antiguamente, surgían numerosas dificultades respecto de la extensión de estos poderes. El Código les puso fin decidiendo que los mandatos otorgados en términos generales sólo comprenden los actos de administración, y que es necesario un poder especial en términos expresos para enajenar, hipotecar o realizar cualquier otro acto de disposición que interese a la propiedad (art. 1988). (Ver Seine, 5 de noviembre de 1935, D.P. 1937.2. 47 nota de Maguet).¹¹

Así, en ese orden de ideas se buscó que los poderes generales para pleitos y cobranzas, actos de administración y de dominio que se regulan en el artículo 2554 tuvieran la amplitud de facultades que pudieran venir aclarificar y limitar las impugnaciones que se hacían en cuanto a los alcances de las facultades con las que se contaban ya que claramente establece el código que cuando se quieran limitar las facultades en cualquier de los tres tipos de poder se consignaran las limitaciones o se redactaran los poderes como poderes especiales.

Encontramos en el Protocolo sobre uniformidad del régimen legal de los poderes (Protocolo de Washington), del cual México forma parte, la influencia de nuestro derecho positivo en la clasificación del poder general para actos de administración y el poder general para pleitos y cobranzas, que se contiene en el artículo IV del mismo, que a continuación se transcribe:

¹¹ RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*, La Ley, Buenos Aires, 1965, p. 444.

En los poderes especiales para ejercer actos de dominio que se otorguen en cualquiera de los países de la Unión Panamericana, para obrar en otro de ellos, será preciso que se determine concretamente el mandato a fin de que el apoderado tenga todas las facultades necesarias para el hábil cumplimiento del mismo, tanto en o relativo a los bienes como a toda clase de gestiones ante los tribunales o autoridades administrativas a fin de defenderlos.

En los poderes generales para administrar bienes bastará expresar que se confieren con ese carácter para que el apoderado tenga toda clase de facultades administrativas, inclusive las necesarias para pleitos y procedimientos.

En los poderes generales para pleitos, cobranzas o procedimientos administrativos o judiciales, bastará que se diga que se otorgan con todas las facultades generales y las especiales que requieran cláusula especial, conforme a la ley, para que se entiendan conferidos sin limitación o restricción alguna.

La disposición de este artículo tendrá el carácter de regla especial que prevalecerá sobre las reglas generales que en cualquier otro sentido estableciera la legislación del respectivo país.

Se desprende del contenido del mismo, que sí se le da una jerarquía al poder general para actos de administración, al otorgar facultades de pleitos y procedimientos administrativos que lleva implícito el poder general para administración de bienes.

Por esa evolución histórica y la problemática en la práctica de los alcances de los poderes especiales que se daban con el código de 84 con la entrada en vigor del código de 28 es que los órganos jurisdiccionales y diferentes autores hacen la interpretación de los alcances de las facultades que llevaran los poderes generales para actos de administración concediendo una jerarquía entre ellos y que se encontraban implícitas las facultades para pleitos y cobranzas, que tal vez ya casi 100 años después podría no parecer tan clara, sin embargo, la siguiente tesis así lo interpretó.

IV. PODERES GENERALES PARA ACTOS DE DOMINIO, DE ADMINISTRACIÓN, Y PARA PLEITOS Y COBRANZAS, EXISTE UNA GRADACIÓN O JERARQUÍA DE LA QUE NACEN FACULTADES IMPLÍCITAS

El texto del artículo 2554 del Código Civil Federal, el de su similar del Código Civil para el Distrito Federal, y el de las disposiciones sustantivas relativas de las entidades federativas que tienen idéntica redacción, al establecer que:

En todos los poderes generales para pleitos y cobranzas, bastará que se diga que se otorga con todas las facultades generales y las especiales que requieran cláu-

sula especial conforme a la ley, para que se entiendan conferidos sin limitación alguna. En los poderes generales para administrar bienes, bastará expresar que se dan con ese carácter para que el apoderado tenga toda clase de facultades administrativas. En los poderes generales, para ejercer actos de dominio, bastará que se den con ese carácter para que el apoderado tenga todas las facultades de dueño, tanto en lo relativo a los bienes, como para hacer toda clase de gestiones a fin de defenderlos. Cuando se quisieren limitar, en los tres casos antes mencionados, las facultades de los apoderados, se consignarán las limitaciones, o los poderes serán especiales.

Esta transcripción permite advertir la existencia de una gradación o jerarquía reconocida ampliamente por la doctrina, conforme a la cual, el mandato general para actos de dominio comprende el mandato para actos de administración y para pleitos y cobranzas, en tanto que el mandato para actos de administración, también comprende el poder general para pleitos y cobranzas. Por ello, basta que se tenga un poder para actos de dominio para que se estimen implícitas las facultades de pleitos y cobranzas, y actos de administración, o bien, es suficiente que se tenga poder para actos de administración para que se consideren implícitas las facultades para defenderlos, es decir, las de un apoderado general para pleitos y cobranzas, siguiendo el principio general de derecho de que quien pude lo más puede lo menos, tomando en consideración que el invocado dispositivo legal establece que el mandatario tendrá las facultades de un dueño tanto en lo relativo a bienes, como para hacer toda clase de gestiones para defenderlos y también señala que cuando se quisieren limitar la facultades de los apoderados en los tres casos mencionados, se consignarán las limitaciones o los poderes serán especiales. Con base en lo anterior, cabe decir que en lo relativo al acreditamiento de la personalidad en el juicio contencioso administrativo promovido ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, deben tomarse en consideración las facultades implícitas que nacen de los mandatos generales, a fin de tener por demostrada la personalidad de quien comparece a nombre de otra persona, sea física o moral.

Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.

Amparo directo 7412/2001. José Arturo Altamirano Shehab. 21 de septiembre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Arturo Camero Ocampo. Secretario: Héctor Reyna Pineda.

Nota: Esta tesis fue objeto de la denuncia relativa a la contradicción de tesis 225/2016 de la Primera Sala de la que derivó la tesis jurisprudencial 1^a/J. 19/2018 (10^a) de título y subtítulo: "PODER GENERAL PARA ACTOS DE ADMINISTRACIÓN, SU OTORGAMIENTO NO LLEVA IMPLÍCITAS LAS FACULTADES QUE SON PROPIAS DEL PODER GENERAL PARA PLEITOS Y COBRANZAS, PUES NO EXITE ENTRE ELLOS UNA GRADACIÓN O JERARQUÍA".¹²

¹² Tesis I.12º.A.3 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo XV, Febrero de 2002, p. 899.

V. OPINIONES SOBRE LA NO JERARQUIZACIÓN DEL LOS PODERES GENERALES

Opiniones contrarias a esta jerarquización o gradación las podemos encontrar por ejemplo en la opinión del Doctor Domínguez Martínez, al hacer referencia a los poderes generales hace los siguientes comentarios.

Además de la diferencia entre unos y otros poderes generales que es consecuencia de la materia misma contenida por cada uno en su respectivo ámbito, destacan dos situaciones caracterizadoras del poder general para pleitos y cobranzas, observado al lado de los otros dos poderes generales. En primer lugar, tenemos varias razones contra lo afirmado por parte de la doctrina, en el sentido de que, considerados en su conjunto, hay una relación de más a menos comprensión de aplicatoriedad, que parte del poder general para actos de dominio y que concluye en el poder general para pleitos y cobranzas y viceversa, con el poder para actos de administración en el medio, de tal manera que el poder general para actos de dominio comprende lo de los otros dos en cuanto a realización de actos se refiere; el de administración no comprende los actos de dominio pero sí los de pleitos y cobranzas y este último con tan sólo los alcances que le corresponden como tal, con aplicación en el caso del principio según el cual “el que puede lo más puede lo menos”.¹³

Entre tales razones, está por ejemplo que el apoderado general para administrar bienes no puede pleitear si no tiene facultad expresa para esta último; aun cuando sea entratándose del mandato y por ende de actos concretos, “el mandatario no tendrá acción para exigir el cumplimiento de las obligaciones contraídas a nombre del mandante, a no ser que esta facultad se haya incluido también en el poder”, según establece el artículo 2582 del C. Civ.; a ello, debemos agregar, en segundo término, y con toda contundencia, que los poderes generales para administrar bienes y para actos de dominio están circunscritos, por esencia, a ejercitarse sólo respecto de actos de carácter patrimonial y queda fuera de sus alcances la posibilidad de llevar a cabo actos sin contenido económico.

Asimismo, vemos como en el Derecho comparado encontramos los poderes generales para actos de administración (Derecho Francés, Italiano, Argentino) dentro de los cuales no se encuentran contemplado poder general para pleitos y cobranzas o general para actos de dominio y para los primeros la práctica es el otorgamiento de poderes para juicios; así como en el

¹³ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *op. cit.*, p. 29.

derecho argentino, los poderes generales judiciales evolucionaron para no contener todas las exigencias legales que la una norma anterior (Ley 10.996) establecía para la enumeración de todos los actos o gestiones o como lo tenemos regulado en nuestro Código, el Mandato Judicial que permitiría realizar todos aquellos actos de pleitos y cobranzas.

La existencia de la clasificación de poderes generales lleva también a entender que se tratan de tres diferentes poderes destinados cada uno a la realización de actos que encuadraran en cada uno de sus alcances.

En base a estos razonamientos y a una interpretación sobre los alcances del poder general para actos de administración, encontramos la siguiente tesis que establece que no existe gradación o jerarquía en los distintos tipos de poderes generales.

PODER GENERAL PARA ACTOS DE ADMINISTRACIÓN. ES INSUFICIENTE PARA PROMOVER JUICIO DE AMPARO, SI NO EXISTE CLÁUSULA EXPRESA QUE FACULTE AL MANDATARIO PARA ELLO, AL NO EXISTIR GRADACIÓN O JERARQUÍA ENTRE LO DISTINTOS TIPOS DE PODERES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN).—De la interpretación de los artículos 2553 y 2554 del Código Civil Federal, así como 2447 y 2448 del Código Civil para el Estado de Nuevo León, de contenido prácticamente idéntico, se colige que no se establece gradación o jerarquía en los poderes generales, sino que, primero, dichos preceptos refieren la existencia de poderes generales o limitados, atendiendo a si abarcan una representación en cualquier supuesto o sólo para algunos especificados en el propio poder y, después, en diversa clasificación indican que existen tres categorías: de dominio, de administración y para pleitos y cobranzas, las cuales tienen distinta naturaleza y objeto, pues se emplean para casos diferentes. Además, conforme a los artículos 2546 y 2562 del Código Civil Federal y sus correlativos 2440 y 2456 del Código Civil local, el mandato de un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar, por cuenta del mandante, los actos jurídicos que éste le encarga y, en el desempeño de su encargo se sujetará a las instrucciones recibidas del mandante, por lo que existe un régimen de menciones expresas, en tanto que es, precisamente por disposición de la ley o por las cláusulas plasmadas en la convención, que se advierten los alcances particulares de cada poder. Así, no existe una gradación o jerarquía, por el hecho de que la ley no la reconoce ni establece; de ahí que, en un régimen de menciones expresas, no puede inferirse a manera de presunciones, una extensión de facultades conferidas en un mandato, sino que el mandatario debe estar investido de aquéllas por disposición de la ley o por cláusula expresa del mandante, para que a nombre de éste y bajo las instrucciones dadas realice ciertos actos. Por tanto, para que en el Estado de Nuevo León un mandatario con poder para actos administración pueda promover juicio de amparo en representación de su mandante, que es una facultad propia del diverso mandato para pleitos y cobranzas, es indispensable una cláusula que expresamente la consigue. Máxime porque se no se trata de actividades análogas, de forma que quien administra no realiza una labor similar a quien controvierte actos y co-

bra, por lo que no podría hablarse de alguna implicación, como podría suceder, verbigracia, con el apoderado con facultades de dominio, que debe conducirse como dueño y defender un bien, pues es por disposición expresa de la ley, que los alcances de su poder y conllevan mayores facultades.

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito.

Queja 330/2014. Desarrollos Inmobiliarios Celom, S. de R.L. de C.V. y otra, 6 de febrero de 2015. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Alfonso Hernández Núñez. Secretario: Jesús Alejandro Jiménez Álvarez.

Nota: Esta tesis fue objeto de la denuncia relativa a la contradicción de tesis 225/2016 de la Primera Sala de la que derivó la tesis jurisprudencial 1^a/J 19/2018 (10^a) de título y subtítulo: “PODER GENERAL PARA ACTOS DE ADMINISTRACIÓN, SU OTORGAMIENTO NO LLEVA IMPLICITAS LAS FACULTADES QUE SON PROPIAS DEL PODER GENERAL PARA PLEITOS Y COBRANZAS, PUES NO EXISTE ENTRE ELLOS UNA GRADACIÓN O JERARQUÍA.”¹⁴

Como podemos ver, la misma regulación del artículo 2554 había tenido criterios diferentes en su interpretación, mientras la mayoría de los autores se refería a una gradación del mismo, también se encontraban opiniones en contra, pero no habían sido tan exhaustivos. En el estudio del poder general de pleitos y cobranzas como intrínseco del poder general de actos de administración, ya que al igual que en el derecho francés se trató de analizar los alcances del poder de actos de administración en el ámbito de actos de dominio.

La no existencia del poder general de pleitos y cobranzas y solo de la regulación del poder general de actos de administración no implicó discusión alguna en el derecho francés o en el italiano, sin embargo, como lo mencione en el derecho argentino se incorporó un poder general para pleitos judiciales pero no incorporado o intrínseco al poder general de actos de administración.

En lo personal, yo seguía los criterios de interpretación que en la doctrina se daban sobre la jerarquía de los poderes generales en base a los antecedentes de la problemática que en el litigio implicó la interpretación y formalismo dentro de los distintos procesos y que los litigantes explotaron al impugnar cualquier deficiencia en los poderes especiales para acreditar sus facultades y que dio nacimiento a los poderes generales para pleitos y cobranzas, actos de administración y actos de dominio en el código de 28.

Pero dicho esto, no significaba que en la práctica se tratara de solo otorgar poderes generales de actos de administración o de dominio y no incluir ya sea el de pleitos y cobranzas o el de actos de administración y pleitos y cobranzas respectivamente y pretender que con la sola mención del poder

¹⁴ Tesis IV.2º. A.81 K (10^a), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, abril de 2015, p. 1770.

general se entenderían implícitas las demás facultades, ya el Maestro Lozano Noriega lo comentaba: “Es preferible, en la práctica, dar en un mandato las tres clases de poderes generales”.¹⁵

Es así como con esta controversia de tesis se aclara los alcances del poder general para actos de administración en cuanto a que no existe tal presunción de facultades implícitas en el ejercicio de dichos poderes y que el poder general de pleitos y cobranzas no es implícito al mismo.

PODER GENERAL PARA ACTOS DE ADMINISTRACIÓN, SU OTORGAMIENTO NO LLEVA IMPLÍCITAS LAS FACULTADES QUE SON PROPIAS DEL PODER GENERAL PARA PLEITOS Y COBRANZAS, PUES NO EXISTE ENTRE ELLOS UNA GRADACIÓN O JERARQUÍA.—La interpretación gramatical, sistemática y funcional de los artículos 2553 y 2554 del Código Civil Federal, así como 2447 y 2448 del Código Civil para el Estado de Nuevo León, de contenido prácticamente idéntico, se colige que no se establece graduación o jerarquía entre los poderes generales, para actos de administración y los otorgados para pleitos y cobranzas, por lo que a efecto de determinar entre ellos cuál fue el poder general otorgado, es necesario sujetarse a un principio de mención expresa, esto es, deberá atenderse al que fue expresamente conferido, sin que entre ellos pueda inferirse a manera de presunciones, una extensión sobre el tipo de poder otorgado, máxime porque no se trata de actividades análogas, de forma que quien administra no realiza una labor similar a quien controvierte actos y cobra, por lo que no podría entenderse que uno incluye al otro.

Contradicción de tesis 225/2016. Entre las sustentadas por el Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito. 31 de enero de 2018. La votación se dividió en dos partes: mayoría de cuatro votos por la competencia. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Mayoría de tres votos en cuanto al fondo, de los ministros José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Norma Lucía Piña Hernández. Disidentes: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quienes reservaron su derecho para formular voto de minoría. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Mireya Meléndez Almaraz.

Tesis de jurisprudencia 19/2018 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de catorce de marzo de dos mil dieciocho.

Esta tesis se publicó el viernes 13 de julio de 2018 a las 10:20 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del miércoles 01 de agosto de 2018, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

Con este nuevo criterio queda resuelta la interpretación de la jerarquización del poder general de actos de administración, ahora quedaremos en espera de alguna otra controversia que los litigantes encuentren sobre la interpretación de nuestro código civil para que el poder judicial nuevamente interprete una norma.

¹⁵ LOZANO NORIEGA, Francisco, *op. cit.*, p. 443.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- CHIRINO CASTILLO, Joel, *Contratos*, 3a. ed., Editorial Porrúa, México, 2014.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Poder General para Pleitos y Cobranzas Contenido y Limitaciones*, Colección de Temas Jurídicos en Brevarios Colegio de Notarios del DF, Editorial Porrúa, México, 2004.
- LOZANO NORIEGA, Francisco, *Cuarto Curso de Derecho Civil Contratos*, 2a. ed., Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 1970.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Contratos Civiles*, 9a. ed., Editorial Porrúa, México, 2003.
- RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*, La Ley, Buenos Aires, 1965.
- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De Los Contratos Civiles*, 16a. ed., Editorial Porrúa, México, 1999.
- ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, *Contratos Civiles*, 2a. ed., Editorial Porrúa, México, 1985.

LAS COLECCIONES PRIVADAS DE ARTE. SUS DESAFÍOS

Jorge Sánchez Cordero¹

I. INTRODUCCIÓN

La colección es una práctica inherente a la naturaleza humana. Se considera² que el personaje bíblico Noe fue el primer coleccionista.³ Esta primera colección humana es considerada como el primer bastión en contra del diluvio universal de la época.⁴ Pero Noé, en acatamiento del mandato divino, pudo congregar en su arca legendaria toda clase de criaturas procreadas por la divinidad, debido a una previa clasificación elaborada por Adán. Este pasaje bíblico no hace mas que evidenciar el vínculo simbiótico entre la clasificación y las colecciones.

La simbiosis de la clasificación y las colecciones se volvió desde entonces incontrovertible; la taxonomía transformó a las colecciones en un concepto viable. Las colecciones como parte de la naturaleza humana han sido un catalizador de la clasificación. A este respecto Elsner y Cardinal han expresado lo siguiente: “Classification is the mirror of collective humanity’s thoughts and perceptions, then collecting is its material embodiment...the history of collecting is thus the narrative of how human beings have striven to accommodate, to appropriate and to extend the taxonomies and systems of knowledge they have inherited”.⁵

¹ Este ensayo forma parte de una estructura de un libro del autor de pronta aparición. Notario Público Número 153 de la Ciudad de México. Ph.D., Université Panthéon-Assaz. Director del Centro Mexicano de Derecho Uniforme. Vice Presidente de la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas. UNESCO, Miembro del Consejo de Dirección del UNIDROIT.

² ELSNER, John and CARDINAL, Roger, (eds.), *The Cultures of Collecting*, Reaktion Books, London, 1997, p. 1.

³ Genesis, 6.19-20.

⁴ ELSNER, John and CARDINAL, Roger, *op. cit.*, p. 1.

⁵ ELSNER, John and CARDINAL, Roger, *op. cit.*, p. 2.

Resulta extremadamente complejo determinar el inicio de la noción de colección tal y como ahora se le conceptualiza. Pareciera que es en el ámbito religioso en donde pudieran ser identificados los primeros indicios de ésta. El contexto es más que evidente. Las egregias colecciones canónicas asociadas siempre al legado arquitectónico *deus ex machina*, fueron testigos del poder de la Iglesia Católica que imponía la exultación de la fe.⁶ Más aún, la narrativa cristiana determinó el canon estético y con ello estableció los fundamentos del arte occidental.

En este entorno, se ha podido reconocer que una de las primeras colecciones cristianas pertenecía al Duque de Berry; el núcleo de esta colección consistía en reliquias religiosas. Otro aristócrata el Duque de Urbin, era reputado por congregar una de las más importantes colecciones de libros cristianos.⁷

Al diseminarse la propensión de las colecciones de arte en Europa, el retrato pictórico se convirtió en un común denominador en las élites sociales. A fines del siglo XV los nombres de los más importantes retratistas eran ampliamente conocidos y requeridos por la nobleza y la aristocracia europea. Estos fueron contratados por personajes prominentes en sus sociedades para pintar sus retratos, que terminaron por enriquecer las diferentes colecciones de arte.

Se cita con frecuencia la proclividad de la familia Medicis para fomentar el arte, como un hecho sin precedentes en este ámbito. Décadas después de la decadencia de Florencia, la ciudad imperial de Augsburgo, en Bavaria, Alemania floreció como un importante centro de arte, atribuido en gran medida a los hermanos banqueros Antoine y Ulrich Fugger, que continuaron con la tradición de los Médicis.⁸

La colección de los Habsburgo se convirtió rápidamente en una de las más antiguas y prestigiosas colecciones europeas. Esta colección encuentra su origen en el siglo XIII y terminó con el colapso del Imperio Austro Húngaro después de la Primera Guerra mundial en el umbral del siglo XX. Incluía no solamente obras de arte, sino documentos, símbolos, insignias y los provenientes del *jus regale*, entre otros bienes culturales.⁹

Es precisamente en esta época en donde aparecen nuevas obras provenientes del mundo pre colombino en el mercado del arte, que suscitaron

⁶ *Ibid*, p. 4.

⁷ RHEIMS, Maurice, *Les Collectionneurs. De la curiosité, de la beauté, du goût, de la mode et de la spéculation*, Paris, Editions Ramsay, 1981, p. 35.

⁸ *Ibid*, p. 52.

⁹ DACOSTA KAUFFMANN, Thomas, "From treasury to Museum: The Collection of the Austrian Habsburss", en ELSNER, John and CARDINAL, Roger, *op. cit.*, p. 137.

nuevas interrogantes en la formación de las colecciones. ¿Estas obras novedosas eran realmente coleccionables? La introducción de estas nuevas y sugerativas obras en el mercado del arte europeo, fue una consecuencia natural del encuentro de dos mundos, el europeo y el de las Indias. Estas novedades atrajeron inicialmente la atención de los coleccionistas europeos.

Francisco I Gran Duque de Toscana desplegó la colección para el público en su Palacio de los Uffizi en Florencia en 1570. El florentino manierista Ludovico Buti, a solicitud expresa de Fernando I de Medici pintó en 1588 la cúpula de la armería de los Uffizi con alegorías de nobles indígenas, rodeados de pájaros tropicales exóticos. Otro de los frescos ilustra la Conquista de México y las batallas entre paganos y cristianos.¹⁰ El mismo Fernando I se animaría a construir posteriormente un museo de historia natural como centro de enseñanza e investigación.¹¹

Para poner a los bienes culturales en una mejor perspectiva, es importante señalar que los conquistadores estaban imbuidos por cánones estéticos provenientes del medioevo y despreciaron cualquier artefacto que careciera de valor crematístico en Europa. La mentalidad española estaba gobernada por categorías medievales impregnadas de ideología religiosa, tal como la relevación divina y el discurso sobre el origen de la humanidad. En esa forma el paganismo fue la categoría que lideró la clasificación de los bienes pre colombinos y cualquier práctica cultural solía ser relevante únicamente como evidencia de la existencia del paganismo.

En 1577 una ordenanza real española prohibió al clero realizar cualquier compilación de las costumbres indígenas y prohibió la exportación de antigüallas pre colombinas. En esa forma, los pocos artefactos que pudieron realizar la travesía a Europa con destino predominantemente a Italia, la hicieron a través de rutas clandestinas. Con estos espejuelos los conquistadores tradujeron los valores simbólicos indígenas imbuidos en los bienes culturales pre colombinos en los valores comerciales europeos.¹²

El material cultural proveniente del Nuevo Mundo no constituyó nunca una colección en el sentido técnico del término. Conforme a la legislación española, los nuevos territorios y los monumentos indígenas le pertenecían a la Corona española, que carecía de una política de colección y de preservación de las antigüedades precolombinas.¹³ Los nuevos artefactos arribaron

¹⁰ SHELTON, Anthony Alan, "Renaissance Collections and the New World", en ELSNER, John and CARDINAL, Roger, *op. cit.*, p. 189.

¹¹ *Ibid.*, p. 188.

¹² *Ibid.*, p. 199.

¹³ *Ibidem.*

a España como producto de obsequios o de botín y se difuminaron en toda Europa, con un futuro incierto. Estos argumentos son los que nutren los fundamentos del eurocentrismo en el mercado del arte.

El coleccionismo en Europa siguió su curso. El museo británico a través de subastas y legados devino uno de los más importantes receptáculos de estos artefactos. En el siglo XVII en los Países Bajos, pueden ser identificados los más conspicuos coleccionistas. A finales del siglo XVIII, entre 1790 y 1830 las guerras y las revoluciones atemperaron sensiblemente la formación privada de colecciones.¹⁴ Krsystof Pomian¹⁵ hace referencia al holandés Hubertus Goltzius, quien enumeró 968 colecciones existentes en los Países Bajos, Alemania, Austria, Suiza, Francia e Italia; otro coleccionista el francés Pierre Borel inventarió 63 colecciones en Francia y 70 colecciones en Venecia.¹⁶

A medida que el tiempo transcurría, la percepción del coleccionismo variaba. Se puede atribuir a los coleccionistas franceses una nueva aproximación en la colección y la clasificación. Introdujeron una perspectiva enciclopédica en las colecciones de arte, cuya racionalidad consistía en profundizar y contribuir a la investigación de la naturaleza del universo. Esta nueva aproximación se diseminó en toda Europa; Italia se convirtió en el repositorio de estas nuevas ideas. En este contexto Cosimo I de Medici fundó la *Accademia del Cimento*, en donde se cultivaban plantas mexicanas y se fomentaba su empleo para fines medicinales.

En esta época esta nueva aproximación y como continuación de la tradición Médicis se inició un nuevo interés por los artefactos provenientes del Nuevo Mundo. Resulta oportuno mencionar la popularidad que tuvo el apéndice escrito por Lorenzo Pignorini al libro de Vincenzo Cartari *Lo vero e nove imagini degli dei delli antichi*,¹⁷ publicado en 1615. Este libro fomentó una aproximación comparatista entre las mitologías mexicana, china y japonesa.

Todavía en Italia, bajo esta aproximación enciclopédica, la célebre colección Aldrovandi de la Universidad de Bolonia fue empleada con fines esencialmente científicos. Los resultados pueden ser consultados en el catálogo *Museum metallicum*.¹⁸ En este ámbito es reconocible la interacción de las colecciones privadas y públicas. Aldrovandi donó su colección al Senado

¹⁴ RHEIMS, Maurice, *op. cit.*, p. 39.

¹⁵ POMIAN, Krzysztof, *Collectionneurs, amateurs, curieux: Paris-Venise, XVIe-XVIIIe siècles*, Paris, Gallimard, 1987, p. 25.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Citado en SHELTON, Anthony Alan, *op. cit.*, p. 184.

¹⁸ *Ibid.*, p. 186.

boloñés en 1603 y en el siglo XVI, dos de las dieciséis galerías líderes en Milán pertenecían al gobierno. Esta percepción era atribuida a “...the expression of the worthiness of an individual life. Private biography was thereby magnified and projected through public exhibition”.¹⁹

La Ilustración postuló la tradición del coleccionismo, pero el intercambio de conocimiento fue sustancialmente modificado y emergieron nuevas instituciones en toda Europa.²⁰ Emanuelle Teasauro, uno de los más distinguídos museógrafos del siglo XVII lo expresaba en estas palabras: “...all natural objects contained their own particular allusion to specific ideas...if nature speaks through such metaphors then the encyclopaedic collection, which is the sum of all possible metaphors, logically becomes the great metaphor of the world.”

Durante el siglo XIX los coleccionistas privados eran personajes prominentes en sus respectivas sociedades. Sin embargo el arte del coleccionismo se difuminó por todas los estratos sociales; así en este siglo dos expertos franceses Charles Blanc y Théophile Gautier introdujeron un nuevo ímpetu en el fomento del coleccionismo. Nuevos coleccionistas, como el austriaco Frederic Spitzer o el turco Isaac de Camondo, ambos residentes en París, devinieron con otros coleccionistas, nuevos protagonistas en el mercado del arte francés.²¹ Pero es sin duda la familia Rothschild la que fue una de las coleccionistas más prestigiosas en toda Europa.

El legado cultural en el crepúsculo del siglo XIX era considerado todavía como un asunto propio de la aristocracia. Durante el siglo XX es posible identificar un profundo proceso de democratización; en este contexto el debate sobre el acceso a las colecciones de arte privadas continúa atrayendo la atención de la literatura y de los actores en el cosmos de la cultura.

En el siglo XX los nombres de Hans Heinrich von Thyssen-Bornemisza, Norton Winfred Simon, Armand Hammer, Alfred Barnes y David David-Weill, tuvieron una gran presencia en el ámbito de las colecciones privadas, junto con otros nombres como Peggy Guggenheim, Charles Saatchi, Henri Nannen o el de los cónyuges alemanes Peter e Irene Ludwig.

Otros coleccionistas privados también emergieron y cobraron una importancia capital en el Mercado del arte como JP Morgan Chase y el Deutsche Bank, y en nuestro medio la colección Jumex o el de la familia Slim, para mencionar sólo unos cuantos.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ MAGET, Antoinette, *Collectionisme Public et Conscient Patrimoniale. Collection Droit du Patrimoine culturel et naturel*, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 21.

²¹ RHEIMS, Maurice, *op. cit.*, p. 39.

Para algunos coleccionistas, el prestigio social es el argumento dominante del coleccionismo; como es el caso de Henry Clay Frick, de J. Paul Getty y de Charles Saatchi; pero algunos, más humildes, y que han querido permanecer en la sombra, fueron igualmente coleccionistas importantes, como Joan Soane, Charles Willson Peale, Kurt Schwitters y aún el mismo Sigmund Freud.²²

En nuestro tiempo, la interrelación entre colecciones y coleccionistas introduce muchas interrogantes y desafíos legales. Es necesario tener claro en el espíritu que las colecciones privadas de arte son hijas de nuestro tiempo.²³ Existe un cambio de cánones culturales sobre la significación de las colecciones de arte que transitan en diferentes alternativas culturales; se constata empero que se desplazan en entornos en donde se privilegian elecciones económicas.

El umbral del siglo XXI puede sintetizarse como sigue:

Témoin de son temps et artisan de la consolidation de certaines des valeurs de la société, le droit participe et renforce la modification des relations en matière de patrimoine culturel...On observe ainsi une acceleration dans la production de normes, ce qui permet à l'aube du XXIe siècle de recourir à des solutions inédites. Celles-ci tirent parti des progrès réalisés et suscitent de nouvelles interrogations...les enjeux et les evolutions du collectionnisme public demeurant donc à la croisée des chemins de l'histoire, de la culture et du droit.²⁴

Para mencionar lo obvio, cada sociedad tiene un interés en preservar sus obras de arte, en estudiarlas y aprender de ellas y en hacerlas accesibles tanto para los estudiosos, como para el público para su educación y recreación.²⁵ Todos estos elementos obedecen al interés público²⁶ e impiden cualquier esfuerzo en sistematizarlas en una perspectiva de conjunto. Más aún, un estudio comparado de los diferentes sistemas legales demuestra que no existe un régimen legal específico que reconozca a las colecciones privadas y menos para el arte contemporáneo.²⁷ Si bien existen algunas disposiciones, éstas están totalmente dispersas.

²² ELSNER, John and CARDINAL, Roger, *op. cit.*, p. 6.

²³ MOUSTARIA, Elina, *Art Collections, Private and Public: A comparative Legal Study*, Cham Heidelberg New York Dordrecht London, Springer, 2015, p. 47.

²⁴ MAGET, Antoinette, *op. cit.*, p. 571.

²⁵ FISCHER, Cornelia, *Partner oder Kontrahenten. Eine rechtliche Untersuchung der Zusammenarbeit öffentlicher Museen und privater Kunstsammler*, Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2012, p. 24.

²⁶ MERRYMAN, John Henry, *The Public interest in Cultural Property*, 77 Cal. L. Rev. 339, 1989, p. 346.

²⁷ MOUSTARIA, Elina, *op. cit.*, p. 8.

El ámbito internacional no es más alentador; existen esfuerzos internacionales menores que intentan fomentar y proteger las colecciones privadas culturales. El primer esfuerzo serio internacional se encuentra en *la Convención del UNIDROIT sobre la restitución de objetos robados o ilícitamente exportados* (La Convención del UNIDROIT) aprobadas en la Conferencia diplomática celebrada en Junio de 1995 en Roma.

Desde la concepción de esta Convención se han derramado cantidades importantes de tinta en análisis bien estructurados. El veredicto del tiempo le ha sido favorable a esta Convención²⁸ y el orden cultural emergente se ha visto fortalecido con este instrumento de gran utilidad.²⁹ Al contabilizar en su arsenal jurídico a esta herramienta jurídica, la comunidad internacional esta mejor posicionada para superar los nuevos desafíos que debe enfrentar provenientes de movimientos sociales o de controversias religiosas que han surgido en el umbral del siglo XXI. Estas turbulencias han puesto en riesgo una parte importante del legado cultural de la humanidad. Por lo tanto, la Convención del UNIDROIT es un instrumento privilegiado, que contribuye de manera importante a la vigorización del nuevo orden cultural internacional.

Una de sus importantes contribuciones es la creación de un nuevo espacio cultural (Sección I) en donde el desarrollo de las disposiciones relativas a las colecciones privadas de arte se encuentra aún pendientes de ser elaboradas.

El propósito es por lo tanto iniciar el desarrollo de reglas a partir de este espacio creativo a partir de análisis serios para resolver los temas legales que han surgido (Sección II). Este es el origen de esta investigación, que es prolija en cuestionamientos, pero escasa en respuestas.

II. SECCIÓN I EL ESPACIO PRIVADO CULTURAL

El análisis se inicia con la *Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedades ilícitas de bienes culturales* aprobada en París en Noviembre de 1970 (Convención de la UNESCO de 1970). Esta Convención participa en su naturaleza del derecho internacional público; como tal está diseñada úni-

²⁸ <http://www.unidroit.org/instruments/cultural-property/1995-convention>, última visita 2 de julio 2017.

²⁹ A la fecha 40 países han ratificado la Convención del UNIDROIT entre ellos prácticamente todos los países de América Latina.

camente, son los Estados nacionales los que pueden concurrir a hacer efectivos sus mecanismos en esa forma les escatima a los coleccionistas privados toda posibilidad de recurrir a este instrumento para alegar en la jurisdicción el robo o la exportación ilícita de bienes culturales propios de sus colecciones.

Adicionalmente a lo anterior la Convención delega en los Estados nacionales la facultad de determinar cuales son los bienes culturales que deben ser objeto de protección; el efecto inmediato de ello es que es el Estado nacional al que le asiste el derecho de determinar la extensión de la *culturalidad* de su patrimonio lo que crea una hegemonía cultural de Estado.

En contraste la Convención del UNIDROIT le confiere a los coleccionistas privados la legitimidad procesal activa para reclamar en los tribunales internacionales el expolio de bienes culturales que les hayan sido robados y exigir su devolución.

El efecto cultural es predecible; la ruptura de la hegemonía cultural que la Convención de la UNESCO de 1970 le confiere a los Estados nacionales al conferirles el poder de determinar cuales bienes deben de ser protegidos. Con ello la Convención del UNIDROIT abre un espacio cultural de libertad que debe ser desarrollado. Uno de los principales retos consiste en enraizar esta libertad cultural en el ámbito social y hacer viable la legitimidad procesal activa de los coleccionistas.

A. LOS DESAFÍOS DE SU CONFECCIÓN

Tratar de delinejar el contorno de las colecciones privadas ha probado ser una tarea herculánea, debido a las múltiples aristas que surgen y los aspectos tangenciales que pueden ser identificados, con otros ámbitos de las disciplinas sociales como son la museística, la relativa a las subastas y la legislación de derechos de autor, entre otras.

Es una realidad de nuestro tiempo, que las colecciones privadas constantemente se están acrecentando y su importancia cultural y económica es cada vez mayor. Esto es especialmente cierto si se pondera que los recursos públicos son cada vez más escasos y previsiblemente lo serán en las siguientes décadas. Las colecciones privadas tienen una presencia creciente en el mercado, sin que para ello hayan tenido que librarse alguna batalla en su camino.³⁰

La mayor preocupación se centra en las obligaciones que les imponen las legislaciones doméstica, propias de los coleccionistas; se pueden mencio-

³⁰ MOUSTARIA, Elina, *op. cit.*, p. 47.

nar entre otras el cuidado y la salvaguarda de la colección,³¹ el préstamo de sus objetos, las tasas fiscales por su posesión o por la venta de las colecciones. De entre ellas dos parecieran fundamentales: determinar a quien le asiste la legitimidad procesal activa como coleccionista para salvaguardar los bienes culturales que les pertenecen y que les hayan sido robados y la segunda como consecuencia de la primera, delimitar el contorno de la colección cultural.

La variedad de los colecciones obliga a distinguir diferencias claras tanto en su composición, como en la motivación del coleccionista, lo que es especialmente cierto en las colecciones de arte. Estos argumentos son los que nutren los fundamentos del eurocentrismo en el mercado del arte.

Para elucidar quién es coleccionista en este contexto, es necesario determinar la diferencia básica entre las colecciones públicas y las privadas. La motivación de la creación de las colecciones privadas reconoce una gran variabilidad: filantropía, estatus social, vínculos con museos prestigiosos o legados entre otros.³²

Algunos coleccionistas precian el valor estético de la obra; la motivación radica fundamentalmente en el placer estético. En estas colecciones prevalece la calidad sobre la cantidad, o expresado más puntualmente, el extracto de la colección es cualitativo, en tanto el material de organización es cuantitativo.³³ En el otro extremo, existen varios coleccionistas, cuyo efecto es esencialmente crematístico. Este criterio se basa en los criterios de especulación o el empleo del arte como abrigo financiero.

Existen otros motivos reconocibles como son las actitudes esnob o la pasión. La emperatriz rusa Catalina II era reputada por su febrilidad en el coleccionismo de arte; su destino no podía ser más afortunado; con el tiempo su colección se convirtió en el eje del Museo del Hermitage.³⁴

La anécdota del legado del doctor francés Maurice Girardin (1884-1951) es igualmente elocuente. Con su legado, Girardin, quien era un coleccionista desconocido, adquirió renombre social bajo el seudónimo de Gérardin. A través de este medio, la ciudad de París heredó en 1951 más de 500 obras de arte.³⁵

³¹ *Ibid*, p. 21.

³² *Ibidem*.

³³ BAUDRILLARD, Jean, "The system of collecting", en ELSNER, John and CARDINAL, Roger, *op. cit.*, p. 10.

³⁴ RHEIMS, Maurice, *op. cit.*, p. 67.

³⁵ *Ibid*, p. 80.

Esto obliga al análisis a sostener un postulado; tanto los valores culturales como económicos son construcciones sociales; entre ellos existen vínculos estrechos en los que el coleccionista es considerado como protagonista en el mercado del arte.³⁶ La figura del coleccionista figura como uno de los agentes económicos relevantes en su paradigma y determina en un grado importante la viabilidad y sustentabilidad de la producción artística.

Algunos coleccionistas incluso sostienen que son los afortunados, aún cuando depositarios temporales de ciertas obras de arte, y que carecen del derecho de privar a otros de la misma recreación estética que les asiste a ellos como coleccionistas.³⁷ Estos argumentos crean una convergencia entre las nociones de museos privados y públicos: las colecciones privadas tienden a adquirir un carácter institucional, como la *museización* y con ello asegurarle el acceso público de estas colecciones.

Por su parte los órganos de gobierno de los museos intentan capturar la atención de los coleccionistas al preservar los nombres de los donantes, testadores o patrones, a las salas de exhibición. A través de este medio intentan enriquecer los activos museísticos.

Las colecciones se han convertido en activos financieros importantes, así como una fuente del sustento del arte como una expresión de identidad. En este contexto existen análisis³⁸ que dan cuenta del mercado del arte y del incremento sensible de los precios, tanto en Europa, como en Estados Unidos y ahora el mercado floreciente asiático. De igual manera se ha sistematizado las variaciones y movilidad del gusto y de la moda, así como un retrato puntual de la psicología del coleccionista. Más aún, estos análisis son extensivos a los aficionados y amateurs.³⁹ Lo anterior conduce a una conclusión, aún cuando ésta sea provisional; la dificultad se encuentra en la precisión de la noción misma del coleccionista.⁴⁰

En otra perspectiva las colecciones privadas de bienes culturales han sido y continúan siendo muy controvertidas y oscilan entre dos extremos. En uno de ellos se erigen las colecciones de arte como un eje fundamental en la constitución del legado cultural, especialmente en aquellos países en donde florece el mercado de arte. En el otro extremo, se encuentran los países de origen que sostienen que son precisamente los coleccionistas priva-

³⁶ MERRYMAN, John Henry, p. 345.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ RHEIMS, Maurice, *op. cit.*, pp. 289-442.

³⁹ *Ibid.*, pp. 43-83.

⁴⁰ MOUSTAIRA, Elina, *op. cit.*, p. 7.

dos los catalizadores de la destrucción de su legado cultural. Estos dos extremos parecen ser totalmente irreconciliables. Para ello empero el debate debe ser considerado en el contexto de cada cultura. Únicamente mediante el análisis de sus contextos pueden ser comprendidos sus significados y sus argumentos.

El coleccionista asegura una función social importante; deviene el fiduciario del genio del artista. En esa forma sin la presencia de Paul Gacher es predecible que Vincent van Gogh, no hubiera podido ejecutar gran parte de su obra.⁴¹

La función del coleccionista es introducir una evaluación estética, que proviene de un proceso de construcción social en cada mercado; la legitimidad para hacer estas evaluaciones está sujeta a una gran controversia.⁴²

La noción de la colección presenta igualmente un número significativo de desafíos. Es en el ámbito internacional en donde se pudieran encontrar algunos elementos que puedan contribuir a su delimitación. El artículo 1º inciso a de la Convención de la UNESCO de 1970 refiere dentro de su ámbito material de validez a los bienes culturales de las colecciones y de los especímenes raros de zoología, botánica, mineralogía, anatomía y los objetos de interés paleontológico.

También refiere como bienes culturales los manuscritos raros e incunables, libros, documentos y publicaciones antiguos de interés especial, de interés histórico, artístico, científico o literario, ya sean en lo individual, como en colecciones. Esto implica que la amalgama de bienes culturales individuales, crea un elemento de cohesión, que consecuentemente genera una unidad.⁴³

Es posiblemente el derecho francés el que provee de una mejor aproximación en la determinación de esta noción. La legislación francesa dispone que la convergencia de diferentes elementos en un sitio, le proporciona coherencia a la unidad y adquiere un mayor valor en su conjunto que el de sus elementos en lo individual. Estos dos elementos, coherencia y valor, determinan la existencia de una colección. Más aún el valor y la coherencia deben de ser apreciados conforme a su interés en la historia, en la historia del arte, en el de las civilizaciones, de las ciencias y de las técnicas.⁴⁴

⁴¹ RHEIMS, Maurice, *op. cit.*, p. 82.

⁴² MOUSTAIRA, Elina, *op. cit.*, p. 32.

⁴³ MAGET, Antoinette, *op. cit.*, p. 332.

⁴⁴ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000592102&categorieLien=id> Última visita 2 de julio 2017.

B. COLECCIONES PRIVADAS Y PÚBLICAS

La formación de los Museos en Europa han tenido diferentes orígenes; gran parte de ellos vinculados íntimamente con su historia. Más aún, obedecen a concepciones museísticas diferentes, que provienen de la forma tan distinta de entender la cultura.

Existe consenso en la literatura especializada que Sir Hans Sloane, es el pionero del museo moderno; esto acaece cuando designa a la Corona Británica legataria de toda su colección que simboliza el parte aguas del Museo Británico.

El epitome del legado en favor del Estado es sin duda la colección Soane; mediante una legislación específica *Act of Parliament* fue donada al Imperio Británico. A los fiduciarios se les prohibió alterar la colección y se les impuso la obligación de preservar la colección de Sir John Soane. Esta legislación impidió la dispersión de la colección e insistió sobre su salvaguarda y su integridad absoluta.

Este es uno de los primeros actos de Estado que convierten las colecciones privadas en publicas; es claro el tránsito entre la intimidad de la colección privada y la apertura de la colección pública, en la que la colección se convierte *per se* en un museo. El mismo Soane incluyó en su testamento el opúsculo a manera de guía, escrito tanto en inglés como en francés, que provienen de su propia mano. El opúsculo lleva por nombre *Description of the House and Museum on the North side of Lincoln's Inn Fields*.⁴⁵ El fiduciario del museo Soane ha honrado la confianza y se ha apegado a la disposición de última voluntad.

Puede sostenerse que la formación del Museo Británico, no fue la consecuencia de una fractura, sino la configuración de galerías privadas y del Museo Público.⁴⁶ El 15 de enero de 1759 la sociedad británica tuvo acceso por primera vez al Museo Británico, y pudo constatar que no existía ninguna diferencia entre éste y las galerías privadas. Fue por tanto una metamorfosis delicada de un espacio privado a un público.⁴⁷

Francia siguió otro sendero.⁴⁸ La fundación del Museo del Louvre, heredero del Museo Napoleón, bajo el talento de Dominique Vivant Denon, puede ser considerada como uno de los epítomes de la ruptura con el An-

⁴⁵ BELSEN, John, "The House and Museum of Sir John Soane", en ELSNER, John y CARDINAL, Roger, *op. cit.*, p. 157.

⁴⁶ MAGET, Antoinette, *op. cit.*, p. 26.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 33.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 37.

cien Regime. Las fuentes de sus colecciones fueron tomadas de la aristocracia y de colecciones privadas durante el período revolucionario; mas adelante se enriquecieron con los tributos de las guerras napoleónicas de conquista, entre otros.

En Alemania, prevalecieron otros criterios; la intervención del Estado en la creación de lo que se conoce como *Museumsinsel* en Berlin es muy clara; están organizados conforme al modelo llamado Friedrich Willhelm Museumverein; en gran contraste con los Museos de Munich que han sido calificados de museos privados.⁴⁹

En la cúspide del siglo XX ya son perfectamente observables las notas distintivas de los museos europeos y sus líneas evolutivas están perfectamente definidas; el modelo del Museo Británico obedece a una compilación, en tanto el Museo del Louvre a una expansión en donde prevalece la formación profesional y artística.⁵⁰ Otros museos europeos siguieron un arquetipo similar como lo fue el Kunsthistorisches Museum en Viena y el Museo del Hermitage en San Petersburgo.

En este contexto, es necesario puntualizar que los museos públicos responden a regulaciones nacionales, que en lo esencial son coincidentes con las de las colecciones privadas. Por lo tanto los museos privados califican en este análisis como colecciones privadas.

A ello habría que agregar que en las últimas décadas existe una clara transición entre museos privados para convertirse en museos públicos. Este movimiento tiene como principal efecto metamorfosar un sistema de propiedad, cuyo régimen inicial es el de la propiedad privada para transitar al de propiedad pública.⁵¹

La legislación de los Museos públicos se acota en lo esencial a la administración y las relaciones laborales; la regulación sobre las adquisiciones, el *deaccessioning*, que se refiere a la venta de sus activos y otros importantes temas quedan por lo general soslayados.⁵²

Es el *deaccessioning* de los bienes culturales en los Museos precisamente uno de los temas que suscitan en las colecciones, graves problemas como fue el caso de la colección Barnes en los Estados Unidos y la colección de Sir Dennis Mahon en Reino Unido.

Otro de los temas delicados es la interferencia de las diferentes fuerzas sociales en la administración de los museos, es un tema de gran controver-

⁴⁹ MAGET, Antoinette, *op. cit.*, p. 53.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 51.

⁵¹ MOUSTARIA, Elina, *op. cit.*, p. 43.

⁵² MAGET, Antoinette, *op. cit.*, p. 422.

sia, ya que está vinculada con los fundamentos de la libertad en diferentes perspectivas.

Los cuestionamientos sobre la administración y adquisición de material museístico han sido calificados por el Consejo Internacional de Museos (ICOM por sus siglas en inglés) como extremadamente controvertidos y que hasta ahora su entorno se limita a la observancia de códigos de ética. Éstos en la práctica jurídica están calificados como *soft law*, que son normas narrativas y en tanto tales no son vinculantes.⁵³ Esta iniciativa ha inducido a los museos o a las asociaciones de museos de redactar sus propios códigos de ética.

III. SECCIÓN II EL ESTADO Y LAS COLECCIONES PRIVADAS CULTURALES

Uno de los temas de mayor relevancia y complejidad es desarrollar los vínculos entre el Estado y las colecciones privadas.

A. LA TEMÁTICA JURÍDICA

Las exhibiciones de las colecciones privadas, especialmente las de arte, es una práctica muy antigua. Los museos sin duda han sido uno de los grandes beneficiarios de las colecciones privadas. En esta forma Wilhelm von Bode, alemán de origen y director de los Museos de Berlín, conocidos como los *Insel Museums*, tomó la iniciativa de formar la *Kaiser Friedrich Museumsverein* (KFMV por sus siglas en alemán), que sin duda enriqueció las colecciones de estos museos.⁵⁴

Igualmente en Alemania, debido en gran medida a la grave crisis económica después de la Primera Guerra Mundial, la interacción entre museos privados y públicos floreció a través de acuerdos de cooperación relevantes.

En la segunda parte del siglo XX emerge el debate sobre la noción de libertad. Este debate tuvo una gran importancia para los museos públicos y sin duda determinó sus vínculos con los coleccionistas. No puede omitirse en este análisis que después de la Segunda Guerra Mundial, Alemania promulgó su nueva constitución, que asegura y promueve la libertad irrestricta del arte.⁵⁵

⁵³ ICOM Code of Ethics for Museums. En http://icom.museum/fileadmin/user_upload/pdf/Codes/code_ethics2013_eng.pdf. Última visita 2 de julio 2017.

⁵⁴ FISCHER, Cornelia, *op. cit.*, p. 32.

⁵⁵ <https://www.bundestag.de/grundgesetz>. Última visita 2 de julio 2017.

Es también en esta época, en la que se intensifica el vínculo entre museos privados y públicos. Este vínculo se vio imbricado en el debate sobre la libertad y la soberanía del Estado y ha determinado el curso de las exposiciones y con ello la orientación de la educación. La naturaleza de este vínculo empero sigue siendo de una gran complejidad.

Varios son empero las cavilaciones; existe una gran inquietud de que los coleccionistas privados pretendan imponer a los museos públicos durante la vigencia de los contratos de comodato, términos y condiciones que resulten onerosos para los museos como son la preservación y el mantenimiento de las colecciones, los costos de transporte, entre otros.

Uno de los casos más relevantes en este contexto es la colección de la fundación del Consorcio de energía alemán llamado E.on exhibida en el Museo de Düsseldorf, Alemania. En su tiempo esta asociación museística fue considerada como el epitome cultural de un caso pragmático de cooperación entre el Ayuntamiento y la industria; o expresado en otros términos entre el Estado y la sociedad civil.

Al término del convenio de cooperación, el director del Museo no dudó en denunciar las graves interferencias de esta fundación en la orientación artística del Museo.⁵⁶ Peor aún, demostró como la fundación de este consorcio adolecía de una constante búsqueda de poder que pretendía imponerle al museo, no solamente el canon estético, sino determinar lo que debía considerarse como arte.

En este contexto complejo entre los coleccionistas privados y los museos, éstos últimos se hicieron más vulnerables en la medida en la que se recurriía más a la exhibición de colecciones privadas. Este fue sin duda el precedente de la colección de Helga y Walter Lauff's, que le fue dada en comodato al Museo Kaiser Wilhelm en Krefeld, Alemania. Era una colección de cerca de quinientas obras de arte.⁵⁷

Existen otras consideraciones que pueden estimarse relevantes y que deben de ponderarse. La función del Estado en la exhibición de colecciones de arte privadas debe estar al abrigo de cualquier censura.⁵⁸

Los acuerdos de magnificencia promueven también esta aproximación; este mecanismo tiene diferentes consecuencias de legalidad. En este contexto puede mencionarse el precedente de Sir Dennis Mahon (1910-2011), quien a través de su fondo de caridad⁵⁹ en Reino Unido aceptó compartir su

⁵⁶ FISCHER, Cornelia, *op. cit.*, p. 29.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 32.

⁵⁸ MOUSTARIA, Elina, *op. cit.*, p. 50.

⁵⁹ https://www.nationalgalleries.org/media/_file/press_releases/Sir_Denis_Mahon_collection_press_release.pdf. Última visita 2 de julio 2017.

colección de arte bárroco, una de las más importantes en el ámbito universal, con seis Museos británicos; la National Gallery de Escocia en Edimburgo; la National Gallery de Londres; el Museo Ashmolean en Oxford; el Museo Fitzwilliam en Cambridge; la Galería de Arte Birmingham; y finalmente the Newsam House Temple en Leeds.⁶⁰ La importancia de este legado consistió en que Sir Mahon obligó a los Museos a proveer el acceso gratuito a sus exposiciones, con el compromiso de impedir la venta de cualquier pieza o pintura que componía su colección. Esta disposición testamentaria puso también al proceso de *deaccessioning* (venta de colecciones por parte de los Museos) en el centro de la controversia.

El precedente Mahon es relevante, no solamente por la prohibición de los diferentes objetos que pertenecen a esta colección, sino por la aplicación de la *Charitable Act* del 2006.⁶¹ Esta legislación prohíbe a las instituciones de beneficencia desplazar los bienes culturales; esto explica cómo las colecciones nacionales y las universales se clasifiquen como instituciones de beneficencia.⁶²

Entre 1895 y 1955 se verificó uno de los éxodos de arte más importantes del siglo XX. Este éxodo se verificó de Europa hacia los Estados Unidos. Pinturas, esculturas, bibliotecas e incluso edificios completos, fueron transportados hacia este país.⁶³ En ese país varios precedentes devinieron rápidamente en una *cause célèbre*, como las de Filadelfia que les pertenecían a John G. Johnson, Peter Arrell Browne Widener y Albert Coombs Barnes.

Johnson, un abogado prominente, llegó a formar una de las colecciones de arte más importantes en los Estados Unidos. Legó su colección a la Ciudad de Filadelfia, pero impuso como una carga que se construyera un edificio que la albergara. Después de un proceso legal muy intrincado los albaceas, ejecutores de la disposición testamentaria accedieron a transferir la colección Johnson al Museo de Arte de Filadelfia.⁶⁴

La colección Widener, que incluía pinturas de Rembrandt, Edouard Monet y Renoir, fue legada a la National Gallery en Washington D.C. uno de los pocos museos que tienen el carácter de públicos en territorio estadounidense.

La colección Barnes es renombrada por su exquisitez y su vastedad de pinturas y de esculturas. Barnes era un reputado coleccionista y un persona-

⁶⁰ MOUSTARIA, Elina, *op. cit.*, p. 53.

⁶¹ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/50/contents>. Última visita 2 de julio 2017.

⁶² MOUSTARIA, Elina, *op. cit.*, p. 90.

⁶³ LUKACS, John, *Philadelphia Patricians and Philistines 1900-1950*, New York, Farrar. Straus. Ciroux, 1981, p. 260.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 261.

je respetado en los círculos intelectuales de su país. Pudo convivir con muchos artistas y líderes de opinión de su tiempo; el pintor De Chirico hizo un retrato de Barnes e incluso Matisse aceptó una de sus invitaciones y pintó los murales en las marquesinas de los tres principales ventanales de su galería. La colección es una de las mejores y más importantes en los Estados Unidos. Solamente para mencionar un aspecto de esta colección, congrega más pinturas del pintor francés Cezanne's que todos los museos parisinos juntos.⁶⁵

Barnes dispuso que a su muerte, la colección debería estar cerrada y que ninguna pintura ni escultura podría ser vendida e incluso dada en comodato. Los fines de esta colección deberían ser exclusivamente educativos. Al término de una larga batalla legal, esta colección ahora se encuentra en un espléndido museo de Filadelfia en beneficio del público y de la sociedad en su conjunto, después de que la jurisdicción tuvo que tergiversar la disposición testamentaria de Barnes, en beneficio de la sociedad.⁶⁶

B. EL TRÁNSITO DE COLECCIONES PRIVADAS A COLECCIONES PÚBLICAS

Puede fácilmente percibirse que diferentes legislaciones han favorecido el tránsito de colecciones privadas a los museos, a través de diferentes figuras contractuales tales como donaciones, comodatos, o legados.

Otro aspecto relevante es por lo tanto sin duda la salvaguarda de los bienes culturales que integran las colecciones privadas. Al margen del derecho moral (*Moral right*) previsto por la legislación de derechos de autor⁶⁷ que sin duda coadyuva a la protección de la obra del artista, es de alta complejidad identificar obligaciones que obliguen a los propietarios al mantenimiento de la integridad y calidad de los bienes culturales que les pertenecen y que forman parte de sus colecciones.⁶⁸

El problema de fondo consiste en el pleno ejercicio de los derechos de propiedad y en cual debe ser su extensión. Uno de las causes célebres en ese país es el mural de Diego Rivera' en el Rockefeller Center. En 1932, Diego Rivera quien en esa época tenía ya una producción artística prolífica, fue contratado para pintar un mural en el edificio de la RCA en el Rockefeller

⁶⁵ *Ibid*, p. 273.

⁶⁶ ANDERSON, John, *Art held Hostage. The Battle over the Barnes Collection*, New York, W.W. Norton and Company, 2013, p. 85.

⁶⁷ MOUSTARIA, Elina, *op. cit.*, p. 21.

⁶⁸ *Ibid*, p. 22.

Center, exactamente en el centro de Manhattan. Sus ideas marxistas eran ampliamente conocidas; por lo tanto causó una gran conmoción cuando la familia Rockefeller decidió contratarlo para pintar un mural en uno de los edificios emblemáticos del capitalismo. El título del mural era extraordinariamente largo; “*Hombre en la encrucijada mirando con incertidumbre pero con esperanza y alta visión a la elección de un curso que conduce a un nuevo y mejor futuro* (*Man at the crossroad looking with uncertainty but with hope and high vision to the choosing of a course leading to a new and better future*)”. Una versión de esa obra se exhibe en la actualidad en el Palacio de Bellas Artes en la Ciudad de México, bajo el título *El Hombre controlador del Universo*.

La convulsión fue mayor cuando Rivera satirizó a John D. Rockefeller junto con el productor de automóviles Henry Ford y el banquero J. P. Morgan en el mural intitulado *La Orgía/La cena de los ricos* que se encuentra en los murales del edificio central de la Secretaría de Educación Pública en la Ciudad de México. Más aún Abby Aldrich Rockefeller cuya afición a la filantropía artística era ampliamente conocida, con el peso específico que le confería ser esposa de John D. Rockefeller Jr., organizó una exposición en el Museo de Arte Moderno de Nueva York (MoMa) en donde se expuso el lienzo *Activos Congelados* (*Frozen Assets*), que representa escenas alusivas de la Gran Depresión en los Estados Unidos.

Nelson, hijo de Abby, no había hecho menos. Previamente había quedado embrollado en una discusión con artistas de izquierda al término de una exhibición que causó gran revuelo y que terminó por escandalizar al comité de contribuyentes del MoMa's. Este comité amenazó incluso al museo de retirarle los fondos.⁶⁹

Ya bajo la supervisión directa de Rockefeller, Rivera continuó con su obra, en la que claramente se identificaba una marcha de trabajadores en Moscú, con máscaras de gas y gérmenes de enfermedades venéreas hostigando a damas de alta sociedad. La anécdota es bien conocida; la imagen de Vladimir Illich Lenin fue la que causó mayor escozor. La prensa empezó a cuestionar a John D. Rockefeller Jr., a quien le atribuía que estaba fomentando propaganda comunista. Su hijo Nelson reaccionó y le escribió una carta a Diego en la que le exigió que removiera la imagen del líder de la Revolución rusa y que la sustituyera por una figura anónima.

Cómo era de esperarse, Rivera rechazó esta exigencia y en mayo de 1933 les escribió un comunicado a los Rockefeller en el que les informaba que pre-

⁶⁹ SAX, Joseph L., *Playing darts with a Rembrandt: Public and Private Rights in Cultural Treasures*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1999.

ería ver destruido el mural, antes de realizar cualquier enmienda. Rockefeller le ofreció remover el mural y donarlo al MoMa; para ello le ofreció emplear la misma técnica que se había utilizado para remover los frescos de Antonio Pollaiuolo en la villa de Publius Fannius Synistor en Boscoreale, cerca de Pompeya, que se encuentran en el Museo Metropolitano de Nueva York.

El MoMa empero rechazó la oferta del mural; la propuesta de los Rockefeller's fracasó y Nelson terminó por indemnizar a Rivera. El pintor mexicano destinó ese dinero para reconstruir una nueva versión del mural en paneles, que donó a la *New Workers School* en Manhattan, en un serio esfuerzo para preservar los derechos del artista y del interés público.⁷⁰

Rivera ironizó la forma en que la simple imagen de Vladimir Illich Lenin pudiera haber puesto en riesgo las residencias de los millonarios neoyorkinos, a los bancos de la ciudad y a los mercados bursátiles. En una noche de febrero de 1934, en forma subrepticia y sin previo aviso, el mural fue destruido por órdenes de los Rockefeller. La explicación que se ofreció ofendía a cualquier inteligencia. Se alegó que la destrucción de la obra, se debió a necesidades inaplazables para la preservación de la estructura del inmueble. La destrucción suscitó un gran escándalo y las protestas sociales no se hicieron esperar.

Rivera consideró con razón a este evento como vandalismo cultural. Para poner en la perspectiva correcta esta aseveración, resulta primordial insertarla en el contexto que la destrucción del mural era contraria a los intereses de la comunidad, que consisten en que la salvaguarda del genio humano debe prevalecer sobre los intereses de la élite y de sus agendas políticas y religiosas.

La diferencia específica consiste en dejar de considerar a la obra de arte como simples mercancías. Los argumentos de John D. Rockefeller Jr, resultaron patéticos; privilegió los intereses de la élite sobre los comunitarios. Al considerar al mural como parte de su propiedad, tuvo que ignorar el talento de Rivera, lo que derivaba en un total despropósito.

El argumento sustantivo en contra del vandalismo cultural y en favor de la preservación del interés público cultural legitima la protección del legado cultural. El genio del artista debe prevalecer en todo momento sobre los intereses de la élite en el poder y para ello debía destacar su contenido moderno y secular.

De esta forma la obra de arte es valiosa porque responde a los intereses de la comunidad y son éstos los que deben prevalecer sobre los intereses de la propiedad.

⁷⁰ *Ibid*, p. 13.

Rivera continuó siendo hostilizado. Su famoso mural en el *Art Institute* de Detroit causó un gran malestar, especialmente entre los estudiantes católicos, que decretaron un boicot en contra de esa obra y exigieron su remoción. Uno de los paneles del mural, llamado *la Vacunación*, muestra a un infante sostenido por una enfermera, en tanto es inoculado por un médico. En su base se observan diferentes animales de un establo, que motivaron y fundaron la aseveración del eclesiástico Higgins, quien sugirió que esta escena hacía mofa de la Sagrada Familia. En este caso los intereses de la comunidad prevalecieron sobre los del grupo.⁷¹

La conclusión es clara; la suerte de la obra de Rivera adquiere una singular importancia, aún para aquellos, a quienes el mensaje político les es indiferente, o bien incluso aquellos que son hostiles a cualquier pronunciamiento político en las obras de arte. Más aún, la obra de Rivera fue uno de los catalizadores del programa para el arte estadounidense (*United States Federal Art Program of American Art* o *PWAP* por sus siglas en inglés), que muy pronto fue remplazado por el Proyecto de arte federal (*Federal Art Project* o *FAP* por sus siglas en inglés) inserto en el *New Deal* de Franklin D. Roosevelt durante la Gran Depresión.⁷²

Una de las partes importantes del *PWAP* hacia referencia a los murales atribuidos a autores como Stuart Davis, Jackson Pollock y Arshile Gorka. Si se pone en perspectiva la profundidad social de este programa, el resultado es sorprendente. Se crearon más de 100,000 pinturas y murales y cerca de 18,000 esculturas.⁷³

Existen problemas sustantivos relativos al ejercicio del derecho de propiedad en el legado cultural. Con este propósito se menciona con frecuencia la diferencia entre el sistema jurídico del *common law* y el de codificación. Sin embargo estas diferencias llegan a ser artificiales y superficiales.⁷⁴ La actitud en los coleccionistas de la tradición del *common law*, en general, considera a los coleccionistas como custodios de las obras de arte, cuyas obligaciones son claras; preservarlas en beneficio de futuras generaciones.⁷⁵ En esta forma la legislación de las entidades federativas de California⁷⁶ y de

⁷¹ *Ibid.*, p. 14.

⁷² *Ibid.*, p. 15.

⁷³ *Ibid.*, p. 16.

⁷⁴ MOUSTARIA, Elina, *op. cit.*, p. 22.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ The Californian Legislature declared and found in Section 989 of its Civil Code in Section 989 that there is a public interest in preserving the integrity of cultural and artistic creations. En <http://leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=civ&group=00001-01000&file=980-989>. Última visita 2 de julio 2017.

Massachusetts,⁷⁷ en los Estados Unidos ha hecho esfuerzos en la preservación de las colecciones privadas de arte. Ambas entidades federativas tienen disposiciones trascendentales para preservar los bienes culturales en las colecciones en beneficio de la sociedad en su conjunto.

Parte de la literatura especializada ha sugerido, que la mejor forma de proceder es explorar la función *fiduciaria* que consiste en la mera custodia del legado cultural.⁷⁸ El modelo radica en que el coleccionista responsable, no debe destruir ni ocultar sus tesoros; su función es la de un fiduciario. En este contexto el coleccionista debe adquirir conciencia de su función de custodio temporal.

Los coleccionistas están alertados que la salvaguarda y conservación de sus colecciones privadas de arte exige la metodología de técnicas sofisticadas, que bien puede ser proporcionada por los museos públicos. Esto sin duda asegura una sinergia importante entre las colecciones públicas y las privadas, en las instituciones que hospedan bienes culturales para las sucesivas generaciones.⁷⁹

Este análisis, por razones de espacio, soslaya empero la discusión del derecho moral *droit moral* regulado por la legislación autoral. Es necesario puntualizar que las diferencias en esta materia entre el sistema del *common law* y del derecho de la codificación es más conceptual que pragmática si se atienden las voces de académicos distinguidos. El mismo razonamiento es válido para el *Resale Royalties*, *Resale Rights* o *Droit de Suite*.

Las colecciones de arte privadas enfrentan mayores dificultades si se observa que mucho de sus componentes en sus legislaciones nacionales, están sujetos a mecanismos de inalienabilidad y más grave aun del de res extra commercium.

La interacción entre colecciones privadas y museos públicos se encuentran regidos por el derecho privado, como es el caso del derecho alemán.⁸⁰ El vínculo entre museos y los coleccionistas debe seguir permaneciendo en

⁷⁷ Section 85S Chapter 231 of the General Laws states that the general court hereby finds and declares that the physical alteration or destruction of fine art, which is an expression of the artist's personality, is detrimental to the artist's reputation, and artists therefore have an interest in protecting their works of fine art against such alteration or destruction; and that there is also a public interest in preserving the integrity of cultural and artistic creations. In <https://malegislature.gov/Laws/GeneralLaws/PartIII/TitleII/Chapter231/Section85S> Ultima visita 2 de julio 2017.

⁷⁸ SAX, Joseph L., *op. cit.*, p. 32.

⁷⁹ MARRYMAN, John Henry, *op. cit.*, p. 345.

⁸⁰ MOUSTARIA, Elina, *op. cit.*, p. 50.

este ámbito.⁸¹ Estas relaciones han demostrado tener una enorme versatilidad.⁸² Para mencionar solo algunos ejemplos que han trascendido las fronteras nacionales esta la colección Thyseen Bornemisza en Madrid⁸³ o la del Museo Beyeler en Basilea, creado por el artista suizo Ernst Beyeler.

Ernst Beyeler obtuvo una sentencia favorable en la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), que obligó a Italia a respetar el uso y goce de la pintura *Portrait of a Young Peasant* de Vincent Van Gogh cuando ese país hizo valer en su beneficio el derecho de retención de la obra que se encontraba en territorio italiano.⁸⁴ En la sentencia la CEDH reconoció que el derecho del Estado tiene la legitimidad de emplear el método más efectivo que le asegure al público los obras de arte, bajo el postulado del interés general de la cultura universal y lo que es relevante al margen de la ilicitud de la proveniencia de las colecciones.

Este argumento debilita los argumentos de los países de origen respecto a ciertas colecciones, ya que muchos de ellos se encuentran imposibilitados de exhibirlos en una forma universal. Este argumento por lo tanto milita en favor de los países de destino.⁸⁵

El ocaso de la época colonial y la consecuente emergencia de los nuevos Estados nacionales tuvieron una importante repercusión en la concepción del legado cultural, en donde prevaleció el canon estético europeo. El fervor, la construcción y la salvaguarda del patrimonio cultural es un común denominador en estos nuevos Estados nacionales; nuevas aproximaciones se desarrollaron como el multi culturalismo, el patrimonio cultural de la humanidad, el legado nacional y una nueva percepción del concepto de soberanía que influenció e incluso dominó el debate cultural.

Una nueva conciencia cultural ha emergido específicamente en el ámbito del tráfico ilícito de bienes culturales. La Convención de la UNESCO de 1970 proveyó de los fundamentos de un nuevo orden cultural internacional.⁸⁶ Más recientemente el 13 de mayo del 2017 se aprobó la Convención del Consejo de Europa sobre los delitos relacionados con los bienes culturales cuyo propósito es prevenir y combatir el tráfico ilícito y la destrucción

⁸¹ *Ibid*, p. 49.

⁸² FISCHER, Cornelia, *op. cit.*, p. 39.

⁸³ Boletín Oficial del Estado No. 224, III Section, p. 72006; véase también http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1993-15901. Última visita 2 de julio 2017.

⁸⁴ <https://www.ilsa.org/jessup/jessup17/Batch%201/Judgment%20of%20the%20ECHR-%20Beyeler%20v.%20Italy%20-2000.pdf>. Última visita 2 de julio 2017.

⁸⁵ MAGET, Antoinette, *op. cit.*, p. 503.

⁸⁶ *Ibid*, p. 295.

del patrimonio cultural. Si bien acotada a los países europeos constituye un punto de referencia, que podrá ser replicada en otras regiones del mundo y ciertamente a nivel universal.

Entre los bienes culturales relevantes, uno de los máspreciados son los bienes arqueológicos, debido a su especificidad, sus elementos de su dimensión, su naturaleza y su función en la historia para la que resultan indispensables.⁸⁷ Los arqueólogos han postulado la importancia de la integridad de los objetos, cuyo contexto es determinante para descifrar la historia. Una vez que los objetos han sido removidos de su contexto, el sitio amputado e incluso el bien cultural desplazado disminuyen su valor. Lo que conlleva una perdida irreparable para el conocimiento universal.

Las legislaciones domésticas son numerosas y es particularmente complejo identificar el común denominador. Incluso la Convención de la UNESCO de 1970, obliga a los Estados de origen a levantar un inventario, que es un requisito que desafía el sentido común, ya que en numerosos casos se trata de bienes culturales no descubiertos, como es el mexicano. Esto indujo a la UNESCO a redactar y aprobar reglas modelo para el Estado de origen sobre bienes culturales no descubiertos.⁸⁸

Estos mecanismos tienen una gran incidencia en casos más complejos cuando albergan bienes arqueológicos. La legislación de los países de origen es altamente restrictiva en lo que respecta a la exportación de bienes culturales, especialmente los arqueológicos. Los mecanismos que ha desarrollado son los de inalienabilidad, de imprescritibilidad y de inalienabilidad. En nuestra época las colecciones privadas son receptáculos importantes de bienes arqueológicos que se encuentran bajo un intenso escrutinio público y encaran grandes desafíos.

En este orden los últimos tiempos el tráfico ilícito de antigüedades especialmente provenientes del Medio Oriente, ha tenido un florecimiento ya que se ha convertido en la segunda fuente de financiamiento del terrorismo internacional. Para dimensionar la envergadura de este problema basta darle lectura a las resoluciones 2199 y 2253 de febrero del 2015⁸⁹ y la de noviembre del 2017 adoptadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que obliga a la comunidad internacional, especialmente a los países de destino, de adoptar medidas para evitar este tráfico ilícito, lo que ha tenido una repercusión sensible en sus legislaciones internas, como es el caso de la ley de cultura aleman aprobada por el Bundestag en junio del 2016.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 326.

⁸⁸ http://www.unesco.org/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/UNESCO-UNIDROIT_Model_Provisions_en.pdf Última visita 2 de julio 2017.

⁸⁹ http://www.un.org/en/sc/ctc/docs/2015/N1504028_EN.pdf Última visita 2 de julio 2017.

C. ACCESO PÚBLICO

Otro de los aspectos mas controvertidos en nuestro tiempo es el acceso público a las colecciones privadas. Existe un consenso que es en el Renacimiento, cuando aparecieron las primeras colecciones privadas, especialmente por la nobleza y las monarquías absolutistas. La acumulación de colecciones de arte se transformó rápidamente en una demostración de poder. En cada residencia aristocrática que se preciara, le era esencial poseer una colección de arte.⁹⁰ La aristocracia, asumió por lo tanto la función del patronazgo, y su vínculo con la nobleza y con los artistas sobrevivió durante mucho tiempo.

Sin embargo, la Revolución Francesa de 1789 alteró significativamente el arte y la cultura. La consecuencia inmediata del postulado de la libertad individual fue la creación del Estado liberal. Un número significativo de residencias y palacios reales, entre ellos el mismo Louvre, fueron convertidos en Museos públicos de arte. Es precisamente en este contexto en donde al legado real, de la nobleza y del clero se le dio un nuevo significado.⁹¹ La Revolución de Octubre de 1917 en la Rusia zarista siguió el mismo camino.⁹²

La creciente debilidad de la aristocracia y del clero permitió a muchos individuos de obtener beneficios inmediatos de las colecciones importantes. En ellas habría de incluir las colecciones Wallraf, Hübsch, Lysversberg y Boissserée.⁹³ Más aún, la narrativa de las artes visuales también mutaron; transitaron de representar temas aristócratas y retratos a representar el progreso humano.

Otra de las muchas consecuencias consistió en redefinir la nueva función de los museos y de su concepción en la nueva organización del Estado. Este fue el inicio de la asunción de la responsabilidad cultural de parte del Estado, no solamente en Francia, sino en toda Europa. Es precisamente en Europa en donde surge la noción del Estado cultural.

En la creación del Museo Británico en 1773, del Louvre en 1793, entre 1816 y 1830 en Munich con la Gliptoteca y en Berlín entre 1824 y 1828 el Antiguo Museo y el Nuevo Museo (1843-1855) existe un común denominador en las diferentes concepciones museísticas que es la función educativa; las obras de arte deberían de estar destinadas a educar. Esta función perdura hasta nuestros días.

⁹⁰ FISCHER, Cornelia, *op. cit.*, p. 23.

⁹¹ *Ibid.*, p. 23.

⁹² POLOVSTOFF, Alexandre, *Les trésors d'art en Russie sous le régime bolcheviste*, Paris, J. POVOLOZKY & Cie. Éditeurs. Société Française d'Imprimerie et de librairie, p. 19.

⁹³ FISCHER, Cornelia, *op. cit.*, p. 24.

En nuestro tiempo su concepción se ha extendido lo que ha requerido la creación de una nueva narrativa y comprensión de sus funciones originales. El Museo se encuentra en el centro de una nueva función de la cultura y pionero de un nuevo modelo.⁹⁴ La pluridisciplinaridad asociada a la interdisciplinariedad constituye un desafío para una educación tradicional como único objetivo del museo.

El acceso del público a las colecciones privadas está actualmente en la agenda cultural.⁹⁵ Los museos públicos ofrecen un espacio mayor para las colecciones privadas. La percepción social del vínculo entre colecciones públicas y privadas varía enormemente.⁹⁶ Por una parte, asegura el acceso público a las colecciones privadas, que coadyuva a resolver inconsistencias de las legislaciones en donde por una parte se determinan algunos bienes culturales pertenecientes al legado nacional, cuya exportación está prohibida, pero que permanecen en el claustro de colecciones privadas y por tanto se impide el acceso público.⁹⁷

La exposición de colecciones de arte en museos públicos posibilitan el acceso público de obras de arte, que tradicionalmente habían estado fuera del acceso social, atemperan esta situación; el efecto empero es muy diverso; la exhibición de obras de arte en museos, les atribuye súbitamente el predicado *museísticamente correctas*; con ello se influencia fuertemente el mercado de arte, con beneficios económicos importantes para los coleccionistas.⁹⁸

En esta forma la colección perteneciente al alemán Hans Grothe, exhibida en el museo de la Ciudad de Duisburg, es relevante. Poco después de su exposición, Grothe vendió varios de sus cuadros con una ganancia considerable. Finalmente terminó por vender la totalidad de su colección a Sylvia y Ulrich Ströher.⁹⁹ Exhibida en el Museo de Arte de Bonn, fue removida por éstos últimos, porque el museo se negaba a satisfacer todas las exigencias de estos nuevos propietarios. El precedente de la familia alemana Lauffs es también un caso claro de la obtención de un beneficio directo de obras de arte exhibidas, ya que ahora portan el predicado de *museísticamente correctas*. Las ganancias sustanciales que obtuvieron en las subastas realizadas por Sotheby's son una clara evidencia.

Estos eventos ponen en predicamento el patronazgo de arte privado por parte de coleccionistas y colocan a los museos en directa competencia con

⁹⁴ MAGET, Antoinette, *op. cit.*, p. 474.

⁹⁵ MOUSTARIA, Elina, *op. cit.*, p. 7.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 49.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 51.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 49.

⁹⁹ FISCHER, Cornelia, *op. cit.*, p. 28.

las galerías y las subastas de arte¹⁰⁰ con la diferencia específica que aquellas adquieren la autoridad del museo.

Los argumentos empero transitán de un extremo al otro; existen otras razones para promover la exposición de colecciones privadas, como es la introducción de nuevos artistas, hasta antes desconocidos para los museos y para la sociedad. Frecuentemente las colecciones privadas se especializan en tópicos que trascienden el centro de los museos.

IV. CONCLUSIONES

Un sistema cultural es una construcción social en donde diferentes protagonistas convergen en un paradigma que consiste en una serie de principios y de actitudes que delinean la forma en la que los protagonistas piensan y actúan. Dos diferentes paradigmas son fácilmente reconocibles, que gravitan en torno a la intervención del Estado. Uno de ellos encuentra sus raíces en la responsabilidad individual y colectiva. La estructura social es horizontal y el poder se dispersa entre muchos actores. En el otro paradigma, el poder es irremediablemente jerárquico y se concentra en el gobierno, que lo hace depender totalmente de fondos públicos. Estos paradigmas, sin embargo, no existen en una forma pura. Muchos de ellos se pueden caracterizar ya sea como públicos con variables privadas o como fundamentalmente privados con variables públicas.¹⁰¹

En estos sistemas culturales es importante identificar comunes denominadores que hagan viable la elaboración de reglas uniformes que le pudieran ofrecer al coleccionista privado la certidumbre requerida.¹⁰²

Otra de las controversias es el debate relativo a la libertad del arte, que debe asegurar y fomentar el Estado. El vínculo entre los actores públicos y privados debe insertarse en esta constelación de libertades.¹⁰³ El predicado *museísticamente correcto* es un ingrediente muy importante, que debe ser ponderado en los vínculos entre museos públicos y colecciones privadas, que si bien están dominadas por el derecho privado, éste no elimina de ninguna manera su alta complejidad.¹⁰⁴

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 196.

¹⁰¹ MOUSTRIA, Elina, *op. cit.*, p. 16.

¹⁰² MERRYMAN, John Henry, *op. cit.*, p. 345.

¹⁰³ *Bundestag's Conclusions*, 15 de diciembre del 2005. BT-Drucks. 16/96.

¹⁰⁴ FISCHER, Cornelia, *op. cit.*, p. 199.

LOS EDIFICIOS PESADOS DE LA CIUDAD DE MÉXICO CONSIDERADOS COMO COSAS PELIGROSAS CONFORME A LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA O DEL RIESGO CREADO

Rafael Manuel Rocher Gómez¹

Al señor doctor Joel Chirino Castillo con profundo respeto, admiración y afecto

I. INTRODUCCIÓN

Haremos un breve estudio de la evolución que ha tenido la responsabilidad civil, sobre todo a partir del siglo XIX hasta nuestros tiempos. Esta evolución nos permitirá observar con cierto detalle cómo se ha modificado el concepto individualista de la *culpa*, que está sustentado en la idea de que el autor de un daño solo responde cuando en su acción han intervenido la voluntad de dañar o la negligencia, representativa de un comportamiento sin cuidado, digamos de abandono, hasta llegar para llegar a determinarse que responde del daño quien de hecho lo causa o provoca, con independencia de que haya tenido o no la culpa de su producción.

La anterior idea nos coloca en el supuesto de quién debe indemnizar el daño, será aquel sujeto por haberlo ocasionado, o si se quiere por haber realizado una actividad apta para producir un *riesgo*.

Es así como nos encontramos frente a frente con esa gran división de la responsabilidad civil, que la doctrina ha dado en denominar, a una, la primera responsabilidad civil subjetiva (artículo 1910 del CC) y a la otra, la segunda que hemos enunciado, como responsabilidad objetiva (artículo 1913 del CC).

¹ Profesor de Derecho Civil titular tiempo completo definitivo, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

El “principio de la culpa” aparece en todos los Códigos civiles europeos y americanos decimononómicos. Se debe señalar que este principio, en modo alguno, fue fruto del capricho. No es así, su vigencia la debemos entender inserta en el contexto de toda una concepción de la sociedad y el Derecho imperante a la sazón, nos referimos a la filosofía liberal, la cual hace al individuo el elemento central de todas las valoraciones sociales, y por tanto jurídicas, ve por ello con repugnancia la posibilidad de que una persona sea juzgada responsable, con las consecuencias económicas que esto supone, de un daño que no ha sido fruto de su libre actuación.

La doctrina jurídica ha puesto de relieve que la teoría de la culpa, es una de las aplicaciones, en el plano jurídico, de las directrices del *laissez faire, dejad hacer, dejad pasar, dejad morir*, principio indicativo del monopolio de los fuertes frente a los débiles, dichas directrices, son las que otorgan al derecho real de propiedad un carácter absoluto e igualmente la no menos conocida libertad absoluta e ilimitada para contratar; y no dejemos de lado, principalmente, por el tema que nos ocupa, el principio de *que no hay responsabilidad sin culpa*. La persona, diría esta tesis, debe responder de sus actos *reprobables*.²

La doctrina de la culpa, ha inspirado a los ordenamientos de tradición romanista y también al Derecho Anglosajón en el cual ha prevalecido la directriz del no *liability without fault*.

En el último tercio del siglo XIX se hicieron notar las limitaciones propias de la responsabilidad exclusivamente basada en el elemento de la *culpa*. En la historia de la Humanidad se presentan dos causas fundamentales que nos llevan a realizar un cambio o se diría una evolución en la responsabilidad civil, no olvidemos a Laurent, decía este jurista: *La sociedad cambia, el Derecho es ciencia de vida y no de muerte*. La primera causa se presentó con el desarrollo del maquinismo de la industria, que hasta nuestros días es signo de desarrollo económico y por supuesto, una fuente inagotable de riesgos y siniestros. Otra causa fue la irrupción de la mentalidad colectiva afortunadamente encaminada con el deber de indemnizar a las víctimas de los daños y no observar o aplicar puntualmente el principio de la culpabilidad de quien los produce.

Como ya ha sido mencionado, a raíz del último tercio del siglo XIX, con el progreso de la técnica, que se hizo notar su presencia en la sociedad y en el trabajo de las personas, se inicia el camino de que un riesgo incorpora

² DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1978, pp. 17 y 18.

de suyo la responsabilidad civil del que lo crea, sin que se precise la individual discriminación de la comisión de un *acto culposo*.

Desde luego, lo anterior, sin dejar de lado la regla imperante, desde la antigua *Lex Aquilia* romana, de la teoría de la culpa o responsabilidad por culpa, ordenamientos civiles del siglo pasado, en el tiempo del desarrollo del maquinismo, como el alemán (artículo 829), el Suizo de las Obligaciones (artículos 2050 al 2054).³

En nuestro país, concretamente en el Código Civil de la Ciudad de México, en el artículo 1913, se legisla la responsabilidad objetiva por el uso de las denominada por dicho supuesto jurídico cosas y sustancias peligrosas por sí mismas, por su propia naturaleza.

Señalan los autores nacionales que el artículo 1913, fue inspirado en el contenido del ante denominado Código soviético (República Socialista Federada Soviética Rusa) de 1922. Este Código reconocía la responsabilidad por daños en general en su artículo 403 en los siguientes términos: “*Quien causare daños a una persona o dañare bienes de otro, debe pagar los daños causados. Se exceptúa de tal obligación a quien pruebe que estaba incapacitado para impedir el daño o que gozaba de privilegio legal para causarlo, o bien que el daño se causó como resultado de la intención deliberada de la víctima o por su negligencia grave*”. Como podemos observar, en el precepto transcritto, se considera como objetivo en el derecho soviético, y también a favor del dañado, en tanto que el derecho burgués, es visto como exaltador del principio individualista de la culpa. El entonces derecho soviético trata de crear las bases generales para la imposición de una responsabilidad sin culpa, es decir, por la existencia de actividades que dan origen a lo que este Derecho denomina un *peligro aumentado*, extraordinario, para aquellos que se encuentran en su entorno.

La responsabilidad por daños resultantes del manejo de las llamadas *fuentes de peligro aumentado*, fue consagrada en el artículo 404 del Código civil Ruso de 1922, y reemplazada por el artículo 454 del nuevo Código civil de 1964, según se dice, en el artículo 90 de los Principios Fundamentales de 1961, que regula:

Artículo 454.—Reponsabilidad por daños causados por una fuente de peligro aumentado. Las organizaciones y los ciudadanos cuya actividad envuelve el peligro aumentado para los que se encuentren en su vecindad —Organizaciones de transportes, empresas industriales, de construcción de edificios, poseedores de automóviles etcétera— deben pagar los daños causados por la fuente

³ DE ANGEL YAGÜEZ, R., *op. cit.*, p. 57.

de peligro aumentado, a no ser que prueben que los daños se originaron como consecuencia de una fuerza irresistible o como resultado de la intención de la víctima.⁴

Exegéticamente, esta forma de responsabilidad plantea la determinación de los elementos que encontramos también en nuestro artículo 1913 en el cual se regula la responsabilidad objetiva, a saber: uso de cosas peligrosas (fuente de peligro aumentado para los rusos), daño causado y una relación de causalidad.

La evolución o transformación de la noción de la culpa como elemento clásico y que regula nuestro Código de la Ciudad de México en su artículo 1910, lo podemos observar en los estudios de Jhering, y que brillantemente estudia y reflexiona a la luz de nuestra legislación civil Don Rafael Rojina Villegas. Para ello el mencionado autor, emplea los siguientes elementos.⁵

La Evolución antes referida, se puede observar con la aplicación de las *Culpa in vigilando* y de la *culpa in eligendo*. Aplicables, por ejemplo, la primera a la responsabilidad de los padres o tutores por los daños causados por sus hijos menores de edad y los pupilos respectivamente. Y la segunda, —la *culpa in eligendo*—, cuando se asume el daño por haberse hecho una elección torpe, inadecuada de un trabajador o empleado, quienes provocan un daño a terceros, en tal caso responderá el dueño del establecimiento.

Jhering aplica cita Rojina Villegas dos presunciones: *iuris tantum* y *iuris et de iure*, estas permiten probar, la primera presunción que no se ha incurrido en culpa, y la segunda, determina de manera absoluta la responsabilidad y la necesidad de reparar el daño.

Podemos observar las clases de *culpa in eligendo* en los artículos 1918 al 1922 para la primera clase de culpa. Y la aplicación de la presunción *iuris tantum*, para ello véanse los artículos 1929, 1930 y 1931, entre otros referidos en la obra del profesor Rojina Villegas. La aplicación de la presunción *iuris et de iure*, se aprecia, por ejemplo, en el artículo 1928 donde funciona de pleno Derecho la responsabilidad y por ello obliga a indemnizar sin averiguarse si se incurrido o no en culpa, la responsabilidad es de manera absoluta y se reparan los daños. Igual otro ejemplo lo encontramos en el artículo

⁴ Apuntes de las lecciones impartidas por Don Francisco Bonet Ramón, en el curso monográfico para el doctorado en Derecho, intitulado “La Responsabilidad Civil Objetiva”, tomados por el autor de este artículo, en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, años 1978 y 1979.

⁵ ROJINA VILLEGRAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, 4a. ed., Tomo Quinto. Obligaciones, Vol. II, Editorial Porrúa, México, 1981, pp. 95-97.

1933, donde los jefes de familia son responsables de todas las cosas que se arrojen o cayeren de sus casas.

Von Jhering termina su reflexión de la desaparición de la noción de culpa artículo 1910. *El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia de la víctima.* Disposición en nuestro Código Civil vigente el que en su artículo 1913 introduce la teoría de la responsabilidad objetiva, insistimos, último grado de evolución de la responsabilidad sin la culpa, con un actuar lícito si se causa daño se debe reparar, como lo consideró Jherig.

La culpa desaparece por completo con el advenimiento de la responsabilidad objetiva o teoría del riesgo creado (Ripert acertadamente la reconoce con ese nombre) donde por colocar un riesgo en la sociedad, en la colectividad (maquinarias, vehículos automotores, entre otros) se debe por equidad indemnizar los daños aún cuando se haya actuado *lícitamente* por parte del dueño de las denominadas cosas peligrosas o por el riesgo creado, obliga al dueño a la reparación del daño. No se averigua si actuó con culpa, dolo o negligencia el agente dañador; la víctima debe ser protegida del daño que ha sufrido. Este es el extremo donde desaparece la obligación de probar la culpa en los casos en donde se emplee una cosa peligrosa.

Interesante fue en los inicios del maquinismo y de la industria fabril en Francia. Los Tribunales franceses pedían al obrero afectado por el empleo de la maquinaria, probar la culpa del dueño o patrono que había colocado el riesgo. Recordar que el Código francés de 1804 se publica en el tiempo en el cual no existían las máquinas, por tanto, la responsabilidad aplicable era la antigua teoría de la culpa, basada en la *Lex Aquilia* del Derecho romano.

Los obreros por tanto, tenían la carga de la prueba y obviamente nunca podían demostrar la culpa del patrono, dueño de la factoría. Lo anterior fue una situación desventajosa, al aplicar la teoría subjetiva o de la culpa, ¿por qué?, por el principio en la Teoría general de las Obligaciones, de que *no hay obligación sin fuente*, por ello prevalecía, en ese tiempo, la teoría subjetiva. El hecho ilícito nunca fue posible probar por el obrero.

Ante esta situación injusta y desventajosa, los tribunales franceses se vieron obligados a trasladar la responsabilidad de la fuente del hecho ilícito, al contrato, fuente de obligaciones, y así el patrono quedaba obligado, en el contrato, a reparar no por vía de hecho o acto ilícito, responsabilidad extra-contractual, sino por responsabilidad contractual. Por ello nació el concepto en los contratos, al que se denominó “deuda de seguridad”, digamos una cláusula tácita que era la garantía de reparación del daño siempre a favor del obrero. Por ello el contrato de trabajo, aunque no se hubiera expresado vo-

luntariamente por las partes, el patrono se obligaba a garantizar la salud, la vida del trabajador. En todos los contratos se sobreentendía que existía una cláusula, una estipulación por la cual el patrono se comprometía, quedaba obligado a garantizar al trabajador su seguridad.

Actualmente encontramos una cláusula similar, por ejemplo en el contrato de transporte, donde la obligación fundamental es la de que la empresa de transporte, el empresario o propietario de la misma, queda obligado a transportarnos sanos y salvos hasta el sitio de destino.

Louis Josserand considerado como el principal autor contemporáneo (siglo XX) quien junto a Raymond Saleilles, estudioso de la Teoría del Riesgo, decían que el azar no debe funcionar como repartidor de los daños. El Derecho debe intervenir para evitar la injusticia de una distribución aleatoria, azarosa, de los daños entre dos inocentes: *por equidad hay que favorecer el interés de la víctima y no el de aquel que puso el riesgo para beneficiarse*.

La teoría del riesgo o responsabilidad objetiva ha tenido severos críticos. Se dice que representa un retroceso en la evolución progresiva de la responsabilidad; que aceptar la teoría en cuestión, es como volver a aquella primitiva Ley del Talión: causado un daño, no me preocupo de por qué me lo causaron, de si hubo culpa o no, me preocupo de causar un daño parecido. Y se sugiere, en conclusión, reparar los daños solo cuando haya culpa.

Se pretende dar la espalda a los principios de que el daño solo basta para dar nacimiento a la obligación de repararlo.

II. APlicación DE LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA, EN LA URBANIZACIÓN DE LA CIUDAD DE MÉXICO

Don Francisco H. Ruiz, entonces director del Seminario de Derecho Civil, analiza una ejecutoria de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el amparo promovido por Rigaviel, S.A., por el que resuelve los daños causados en las propiedades vecinas con la construcción de edificios.⁶

El artículo 839 del CCV. Dispone: *En un predio no pueden hacerse excavaciones o construcciones que hagan perder el sostén necesario al suelo de la propiedad vecina; a menos que se hagan las obras de consolidación indispensables para evitar todo daño a este predio.* Encontramos una limitación al

⁶ Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, en Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://biblio.juridicas.unam.mx>. Vid. ROJINA VILLEGRAS, R., op. cit., pp. 69 y ss.

derecho real de propiedad con la finalidad de evitar causar daño a terceros en sus propiedades con motivo de una excavación, por ejemplo para realizar la cimentación de una nueva construcción u obras similares. Dicho artículo llevó a la Suprema Corte en un principio hacia la responsabilidad por culpa (artículo 1910) al considerar que un supuesto caso no se habían ejecutado las obras suficientes de consolidación. En relación con éstas, se consideró entonces la necesidad de apegarse al reglamento de construcciones vigente en esa época, pero a pesar de su observancia para la realización de las llamadas obras de consolidación indispensables, se continuaron generando daño a la construcciones vecinas por edificaciones que se encontraban al lado de las otras.

Un primer avance lo manifiesta la Suprema Corte al admitir que el artículo 839 del CCV plantea únicamente lo relativo a obras de “consolidación indispensables”. Por lo tanto en el Reglamento de Construcción no se pueden prever situaciones tales como las relativas a las características del subsuelo, el peso del edificio, los materiales a emplear para su construcción, entre otros. Estos aspectos se consideró que era posible preverlos por los encargados de la construcción, por tanto si la falta de previsión en la técnica empleada para aquella generaba daños a las propiedades contiguas, o vecinas se debería al no haber llevado a cabo las obras de consolidación.

El último criterio de nuestro Máximo Tribunal al respecto, fue el de considerar que no era posible alcanzar un grado tal de previsión al llevar a cabo una construcción que trajera como consecuencia que no se ocasionara daño alguno a las propiedades vecinas cuando se hubieren tomado en cuenta las técnicas al alcance para obtener una mejor cimentación.. Es relevante considerar que no se consideró en este criterio en ningún momento las características del subsuelo del subsuelo de la Ciudad de México.

El subsuelo de la Ciudad, aún cuando se tomen todas las previsiones de ingeniería para el suelo con la finalidad de observar el supuesto de las obras de consolidación adecuadas en los edificios pesados y se concluye por la Suprema Corte, la necesidad de suprimir la responsabilidad por culpa, e incluye a los citados edificios pesados en el supuesto jurídico del artículo 1913 (responsabilidad objetiva) que armonizado con el artículo 1932, fracción VI regula: Igualmente responderán los propietarios de los daños causados: ... VI. Por el peso o movimiento de las máquinas,... esto último, el peso de la máquinas viene a constituir un elemento de peligrosidad o riesgo para las propiedades vecinas.

Por tanto, el subsuelo con características tan especiales en la Ciudad de México, convierte a los edificios pesados en cosas peligrosas lo que será suficiente para en su caso, demostrar el daño ocasionado por el, para obtener

una sentencia favorable que reparare los daños. Aún cuando se pruebe que se han observado las exigencias de la ingeniería en la cimentación prevista en los reglamentos de construcción. El ilustre maestro don Francisco H. Ruiz al comentar la Jurisprudencia concluye:

[...] el artículo 1913 no agota en sus ejemplos las cosas o actividades que deben considerarse peligrosas en sí mismas y, que por tanto, están comprendidas en él cosas de naturaleza análoga a las que menciona, aunque expresamente no se haya referido a ellas. También se expresó que pueden ser peligrosas tanto las cosas muebles como las inmuebles. En tales condiciones y habiéndose demostrado que en la Ciudad de México constituye una actividad peligrosa la construcción de edificios pesados, no existen razones atendibles para que no se aplique el artículo 1913 al calificar la responsabilidad que ha contraído el que sin incurrir en culpa construye un edificio que causa daños, fundando su responsabilidad exclusivamente en el riesgo creado con el ejercicio de una actividad peligrosa.

Finaliza el citado maestro y redactor del Código Civil de 1928 con lo siguiente: “Así depurada la tesis de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación es perfectamente sostenible; pero debe servirle de fundamento legal el artículo 1913 y no el 839, ambos del Código Civil”.

III. CONSIDERACIONES FINALES

Con la tesis de la Suprema Corte de Justicia de nueva cuenta resurgen las ideas de Jherig citado por Rojina Villegas en relación a la evolución del principio de culpa que en el caso concreto de los edificios pesados de la Ciudad de México, se aleja del artículo 1910 y concretamente del 839, para reconocer a los edificios pesados como cosas peligrosas relacionando al artículo 1913 con el 1932, fracción VI. Todo ello por las características del subsuelo de esta Ciudad y que por ello funciona la responsabilidad objetiva o por riesgo creado y no la teoría subjetiva o de la culpa.

Se advierte que la responsabilidad objetiva normalmente tiene dos límites de suma importancia y que son el seguro de responsabilidad civil y la regulación en las leyes de indemnizaciones preestablecidas o con límites para proteger al otro ser inocente, como lo llamaban Josserand y Saleilles al estudiar la justificación de indemnizar aún cuando se actuaba lícitamente y no con culpa o dolo; ese llamado ser inocente, no es otro que el dueño de las cosas que colocan el riesgo en la colectividad.

MANTENIMIENTO DE LA PAZ Y SEGURIDAD INTERNACIONALES

Alfonso Tirso Muñoz de Cote Otero¹

En honor al gran maestro...

Joel Chirino Castillo, Maestro de la Facultad de Derecho con más de 50 años de experiencia y entrega, enfocadas a la formación de generaciones de abogados, tanto en la Licenciatura como en el Posgrado, impartiendo las materias de Derecho Civil, Derecho Familiar, Derecho Notarial, entre otras.

I. INTRODUCCIÓN

La guerra es una amenaza latente a la supervivencia de los estados, la cultura, el desarrollo, y la humanidad en su totalidad. La prevención de la guerra es, por consiguiente, un tema fundamental de las relaciones internacionales que el derecho debe atender prioritariamente. La paz y la guerra son relaciones por excelencia entre Estados, que el derecho internacional público abarca dentro de su ámbito de aplicación; por ende, aunque no es el único, sí es el mecanismo idóneo para regular la guerra. En el estado actual del derecho internacional existe un sistema de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales que se basa *prima facie* (a primera vista) en la prevención de la guerra mediante varios mecanismos; uno, la prohibición del uso de la fuerza; dos, las medidas coercitivas colectivas; tres, la obligación de acudir a medios pacíficos de solución de controversias, cuatro, las regulaciones para el desarme y reducción de arsenal militar, y cinco, las reglas de transición hacia la paz. Todo ello se expresa a través del sistema de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales de la ONU, las ope-

¹ Licenciado y Doctor por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

raciones de mantenimiento de la paz, las medidas coercitivas de organismos regionales y las medidas no coercitivas.

II. ANÁLISIS HISTÓRICO

Durante el siglo XIX surgieron los primeros tratados bilaterales entre Estados europeos en aras de recurrir a métodos no coercitivos para mantener la paz, sin resultados tangibles para el derecho internacional de la época. Estos tratados fueron frecuentemente ignorados, y se violaron abiertamente cuando las circunstancias políticas de las potencias lo exigían. Las Conferencias de la Paz de La Haya de 1899 y 1907 reflejaron los primeros esfuerzos por instituir dentro del derecho internacional métodos pacíficos de solución de controversias como el arbitraje, logrando la celebración de la Convención de 1899 para la Solución Pacífica de Controversias Internacionales. El artículo 1 de la III Convención de 1907 Relativa a la Apertura de Hostilidades reconocía que las hostilidades entre los Estados partes podían comenzar únicamente con una advertencia clara y anterior en la forma de una declaración razonada de guerra, o un ultimátum formal de declaración condicional de guerra, siendo este mecanismo solamente una formalización de la guerra más que una prohibición. Así mismo, la II Convención de 1907 relativa a la Limitación del Uso de la Fuerza para la Recuperación de Deudas Contractuales recogió la enunciación de la Doctrina Drago de 1902 que pretendía prohibir el uso de la fuerza para la recuperación de deudas. Dicha Convención establece una limitación poco precisa al uso de la fuerza; el artículo 1 prohíbe el uso de fuerzas armadas para la recuperación de deudas contractuales, siempre que el Estado deudor no rechace o evite el arbitraje.

Con el flagelo de la Primera Guerra Mundial, el Presidente estadounidense Woodrow Wilson propuso sus 14 puntos en 1919 para conseguir una paz estable en todo el mundo. Éstos fueron presentados en Versalles, dentro de los cuales se propuso "la creación de una asociación general de naciones, a constituir mediante pactos específicos con el propósito de garantizar mutuamente la independencia política y la integridad territorial, tanto de los Estados grandes como de los pequeños". Detrás de esta propuesta, existía ya un proyecto de tratado para la Sociedad de Naciones en 1917 por el Instituto Americano de Derecho Internacional en La Habana. Estos esfuerzos se cristalizaron con el Tratado de Versalles, la celebración del Pacto de la Sociedad de Naciones, que estableció un sistema para limitar la guerra en los artículos 10, 11, 12, 13 y 15. El Pacto declaraba expresamente que:

Toda guerra o amenaza de guerra, afecte o no directamente a alguno de los Miembros de la Sociedad, será considerada como un asunto que concierne a toda la Sociedad, debiendo la misma adoptar las medidas que se consideran adecuadas y eficaces para salvaguardar la paz de las naciones. En el caso de producirse tal emergencia, el Secretario General convocará inmediatamente, a petición de cualquier miembro de la Sociedad, a una reunión del Consejo.

Se declara asimismo que todo Miembro de la Sociedad tiene derecho, a título amistoso, de llamar la atención de la Asamblea o del Consejo sobre cualquier circunstancia, referente a las relaciones internacionales, que amenazara per turbar la paz internacional o el buen entendimiento entre las naciones de la cual dependa la paz.

Continúa:

Todos los Miembros de la Sociedad convienen en que, si surge entre ellos algún desacuerdo capaz de ocasionar una ruptura, lo someterán al procedimiento de arbitraje o arreglo judicial o al examen del Consejo. Convienen además de que en ningún caso deberán recurrir a la guerra antes de que haya transcurrido un plazo de tres meses después de la sentencia de los árbitros o la sentencia judicial o del dictamen del Consejo.

Se aprecia que estos artículos no prohíben totalmente la guerra, sólo la limitan declarando una moratoria de 3 meses y exhortando a los Miembros de la Sociedad a recurrir a métodos alternativos de solución de controversias como el arbitraje o el arreglo judicial. Reconoce también la legalidad de las represalias armadas, razón por la cual no fue efectivo para prohibir la guerra.

La falta de cooperación de las potencias como la URSS, Inglaterra, Estados Unidos y Alemania derivaron en la ineeficacia del mecanismo creado por la Sociedad de Naciones para prevenir la guerra. Por ello, el Ministro de Relaciones Exteriores francés Aristide Briand y el Secretario de Estado estadounidense Frank B. Kellogg firmaron el Pacto de París en 1928, también llamado Pacto Briand-Kellogg. Dicho tratado fue suscrito por 72 Estados, los que en el artículo 1º “condenan el recurso de la guerra para la solución de las controversias internacionales, y a ella renuncian, como instrumento de política nacional, en sus mutuas relaciones”. Igualmente en su artículo 2º los Estados partes “reconocen que la solución de todas las controversias o conflictos, sea cual fuere su naturaleza u origen, que puedan surgir entre ellas, nunca deberá ser solucionada sino por medios pacíficos”. La única instancia donde se invocó el Pacto Briand-Kellogg fue en el conflicto entre China y la URSS por el ferrocarril en Manchuria, fuera de ello el Pacto fue ignorado por las Partes Contratantes.

En América, el canciller argentino Carlos Saavedra Lamas se inspiró en el Pacto Briand-Kellogg para impulsar una iniciativa que prohibiera el recurso a la guerra en el continente americano. El resultado fue la celebración del Tratado Antibélico de No-Agresión y de Conciliación de 1933 en Río de Janeiro, al cual se adhirieron posteriormente naciones latinoamericanas, entre ellas Méxi-

co. Al igual que el Pacto Briand-Kellogg, éste proscribe la guerra como método de solución de controversias.

Tanto el Pacto como el Tratado latinoamericano desarrollaron la prohibición del uso de la fuerza en la comunidad internacional, aunque tuvo poca aplicación práctica, toda vez que los Estados ignoraron abiertamente estas obligaciones convencionales.

Así, en toda la década de los treintas se desencadenaron un considerable número de conflictos entre Estados que ponían en duda la prohibición de la guerra, como la invasión de Italia a Abisinia, el ataque del Eje a España, el conflicto de Manchuria entre Japón y China, la guerra del Chaco, la invasión a Austria y la invasión a Finlandia por parte de la URSS por mencionar algunos.

III. EL USO DE LA FUERZA BAJO EL SISTEMA DE LA CARTA DE LA ONU

Los conflictos interestatales en toda la comunidad internacional desembocaron en la Segunda Guerra Mundial, acabada en 1945. Las potencias triunfantes tomaron conciencia de la importancia de no permitir que un conflicto similar ocurriera de nuevo, por lo que proyectaron la Organización de las Naciones Unidas, cuyo principal propósito es preservar la paz y la seguridad internacionales. La Carta de las Naciones Unidas creó nuevas obligaciones para los Estados partes, que son ahora consideradas parte de las obligaciones de *ius cogens* en derecho internacional, basado en tres principios fundamentales, la igualdad soberana de los Estados, la no intervención y la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza; la cooperación internacional y la obligación de solucionar los conflictos por las vías pacíficas.

A. PROHIBICIÓN DE LA AMENAZA O EL USO DE LA FUERZA

Evidencia del último principio es el artículo 2(4) de la Carta de las Naciones Unidas, que dice:

Los miembros de la Organización en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas.

Esta prohibición general debe ser comprendida a la luz de otras disposiciones dentro de la Carta, como el artículo 39 que prescribe las medidas coercitivas que puede tomar el Consejo de Seguridad, la legítima defensa

individual y colectiva de acuerdo al artículo 51, y la acción de organizaciones internacionales regionales conforme al artículo 53.

El término “uso de la fuerza” pretende abarcar cualquier medida coercitiva que tome un Estado en contra de otro, incluso proscribiendo la amenaza del uso de la fuerza. La Asamblea General ha intentado definir los términos de los artículos 2(4), 39, 51 y 53 en resoluciones como la resolución 2625, la resolución 3314, y la resolución 42/22, 343 todas relacionadas con los principios del derecho internacional que deben regir las relaciones de amistad entre Estados, las agresiones, y el principio de prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza. También proscribe el uso de la fuerza cuando está dirigido a violar las fronteras internacionales existentes de otro Estado, cuando toma la forma de represalias, o cuando atenta contra la libre determinación, la libertad y la independencia de los pueblos.

El término ‘uso de la fuerza’ no es definido por la Carta, mas se le ha dado un sentido específico tomando en cuenta ciertos pasajes de la Carta, como el punto 7 del preámbulo y el artículo 44, y la resolución 2625 ya citada. En estos textos, el sentido que se le da al ‘uso de la fuerza’ se refiere exclusivamente al uso de fuerza armada, dejando de lado sanciones económicas o presiones políticas, pues de otra manera, los Estados no tendrían forma de disuadir a otro Estado de violar el derecho internacional.

El uso indirecto de la fuerza, i. e. que un Estado permita a otro Estado usar parte de su territorio para realizar operaciones armadas, también está proscrito por el artículo 2, numeral 4, aunque no todo acto de asistencia o participación se considera como uso indirecto. Los argumentos que han interpretado de manera restrictiva la prohibición del uso de la fuerza dando cabida a intervenciones han sido rechazados tanto por la Corte, como en el caso de Canal de Corfú y en el caso Nicaragua, como por el Consejo de Seguridad en el caso de la intervención de Israel en Uganda, o las acciones de la OTAN en Yugoslavia.

B. RESPONSABILIDADES DEL CONSEJO DE SEGURIDAD

El Consejo de Seguridad es el único órgano facultado para tomar acciones obligatorias encaminadas al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales dentro de la ONU. De acuerdo al capítulo VII de la Carta, el Consejo de Seguridad puede conocer y sugerir métodos de solución sobre cualquier asunto que sea considerado como susceptible de quebrantar la paz o de suscitar un conflicto internacional. Antes de proponer estos métodos, podrá dictar medidas provisionales, sin que éstas perjudiquen los derechos, reclamaciones, o la posición de las partes interesadas.

En caso de que las medidas provisionales fallen, el Consejo puede adoptar medidas que no impliquen el uso de la fuerza como la ruptura de relaciones diplomáticas, interrupción total o parcial de relaciones económicas, etc. Sólo cuando aquellas fórmulas no hayan sido efectivas, el Consejo de Seguridad puede autorizar el uso de la fuerza naval, terrestre o aérea para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

El Consejo de Seguridad puede proceder a autorizar el uso de la fuerza directamente, siempre que la situación lo amerite.

Los artículos 43 a 47 disponen que los Estados miembros pongan a disposición del Consejo de Seguridad fuerzas armadas para la creación de un Comité de Estado Mayor, lo cual nunca se llevó a cabo por diferencias entre las súper potencias. Después de la creación de la ONU, la Guerra Fría significó una etapa de gran tensión y desconfianza en la comunidad internacional. Los Estados, bajo este clima de confrontación, se mostraron renuentes a transferir tropas totalmente a las Naciones Unidas sin posibilidad de control, aún más cuando dichas tropas podían ser usadas posteriormente en su contra. Por ello, el Comité de Estado Mayor nunca se materializó, originando como consecuencia que el Consejo de Seguridad autorizara directamente a Estados miembros o coaliciones de Estados a hacer uso de la fuerza dentro de un mandato por demás específico. Ejemplo de lo anterior es la resolución 678 que autorizó la liberación de Kuwait en 1999, y la resolución 1441 que ordenó a una coalición a actuar en Iraq en 2003, o la resolución 2146 que autorizó un embargo de petróleo crudo a Libia en 2014.

C. LEGÍTIMA DEFENSA

El artículo 51 de la Carta establece:

Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

Este artículo fundamental establece una salvaguarda al artículo 2(4) de la Carta, al ser una excepción a la prohibición del uso unilateral de la fuerza, aunque la legítima defensa sólo comprende ataques armados y no otro tipo de acciones que se califiquen como uso de la fuerza, como el uso de la fuer-

za indirecta. Existe también dentro del derecho consuetudinario la legítima defensa, más la formulación difiere de la obligación convencional en varios aspectos; i. e. el tipo de medidas que son permisibles, las acciones que pueden dar lugar al derecho a la defensa legítima, y la obligación de reportar al Consejo de Seguridad y cesar las actividades en cuanto éste tome medidas.

La Corte Internacional de Justicia, en el caso Nicaragua, equiparó en ciertos aspectos la obligación del artículo 51 y la obligación consuetudinaria, aunque no precisó hasta qué punto eran similares las obligaciones; hay que recordar que la Corte también expresó que la existencia paralela de una obligación consuetudinaria y una obligación convencional es posible dentro de derecho internacional.

La legítima defensa debe estar siempre revestida de proporcionalidad, necesidad e inmediatez. El primer elemento expresa que la legítima defensa no debe ir más allá de las dimensiones que adoptó el ataque armado del Estado atacante, en caso contrario, la respuesta del ataque del Estado lesionado no estará bajo el amparo de la legítima defensa, i. e. un ataque armado con infantería es desproporcional a misiles teledirigidos. El segundo elemento establece que la legítima defensa debe ser la única manera de responder al ataque armado, sin lugar a otra forma de respuesta. El tercer elemento obliga a la inmediatez de las acciones tomadas en legítima defensa, o sea, que las acciones sean solamente cuando existe una amenaza inminente que no deje lugar a dudas acerca de la amenaza de un ataque armado, o inmediatamente después de que el ataque armado ha ocurrido.

La legítima defensa no está restringida a los Estados miembros de las Naciones Unidas, y existe la posibilidad de que la legítima defensa se ejerza individual o colectivamente. En el caso de que sea colectivamente, los Estados que no han sido perjudicados pueden asistir en las operaciones de legítima defensa, siempre que obtengan el consentimiento del Estado lesionado.

Aun dichos Estados deberán acatar los principios de proporcionalidad, necesidad e inmediatez. Estos Estados deberán cesar las actividades bajo legítima defensa cuando el Consejo de Seguridad dicte medidas o tome acciones.

El Estado que lleva a cabo la legítima defensa debe de dar aviso al Consejo de Seguridad de sus acciones, y así restablecer la paz internacional. El Estado en ese momento deberá suspender sus acciones militares.

IV. MEDIDAS QUE NO INVOLUCREN EL USO DE LA FUERZA

Dentro de las amplias facultades del Consejo de Seguridad encontramos aquella de ordenar a los Estados Miembros de la ONU la ejecución de medi-

das que no implican el uso de la fuerza. Esta facultad tiene como antecedente el artículo 16 del Pacto de la Sociedad de Naciones el cual establecía, como sanción a la agresión, la ruptura de relaciones financieras, económicas y comerciales de los Estados miembros hacia el Estado infractor. Actualmente la Carta en su artículo 41 contempla lo siguiente:

El Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas, que podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas.

Las medidas empleadas en virtud de esta disposición no constituyen “sanciones” en estricto sentido, ya que son de carácter preventivo, por lo que la existencia de un hecho infractor previo no es necesaria para accionar esta facultad. El artículo anterior tampoco pretende hacer un listado exhaustivo sobre las medidas no coercitivas autorizadas, sino únicamente enumerar ejemplos ilustrativos por lo que el Consejo de Seguridad tiene a su disposición un amplio abanico de posibilidades, en tanto sean medidas que no impliquen el uso de la fuerza.

Amparándose bajo el artículo 41, el Consejo de Seguridad ha recurrido a los embargos de armas y a las restricciones comerciales de bienes estratégicos. Así, en 1963 el Consejo de Seguridad pidió a los Estados frenar el abastecimiento de armas y municiones hacia Sudáfrica (resolución 181). De igual forma, en 1998 ordenó prohibir la venta y suministro de armas, municiones, vehículos y equipo militares a Kosovo (resolución 1160). Por otro lado, en 1966 ordenó a todos los Estados detener las importaciones de minerales y productos derivados del petróleo provenientes de Rodesia del Sur, mientras que en 1998 se ordenó prohibir la importación directa o indirecta de diamantes procedentes de Angola que no estuviesen correctamente avalados (resolución 1173).

El Consejo de Seguridad también ha mandado a los Estados la reducción de su personal diplomático dentro del Estado involucrado (resolución 748), el congelamiento de fondos y recursos financieros en el extranjero (resolución 883), la clausura de todas las oficinas de aerolíneas situadas en sus territorios (caso de Lybian Arab Airlines, resolución 883) así como otras restricciones a vuelos internacionales (resolución 748). Incluso el Consejo de Seguridad ha ordenado tomar acciones para prevenir que los nacionales del Estado involucrado participen en eventos deportivos (resolución 757).

Más recientemente, en 2011, se aplicaron casi todas las sanciones anteriores a Libia a través de la resolución 1973.

Adicionalmente, no sin levantar ninguna controversia, el Consejo de Seguridad ha justificado bajo el artículo 41 la creación de tribunales internacionales *ad hoc* como medida para la restauración y mantenimiento de la paz. En 1993 a través de la resolución 827 creó el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, con sede en La Haya, con la finalidad exclusiva de enjuiciar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia, y más tarde a través de su resolución 955 el mismo Consejo de Seguridad creó el Tribunal Internacional para Ruanda con el propósito exclusivo de enjuiciar a los responsables de genocidio y otras graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda.

También ha establecido administraciones internacionales sobre algunos territorios, dentro de las cuales destacan la Misión de las Naciones Unidas en Timor Oriental (UNAMET) de 1999, encargada *inter alia* de organizar y realizar una consulta popular sobre la separación de Timor Oriental de Indonesia, y la presencia de autoridades tanto militares como civiles en Kosovo (UNMIK) con la tarea de establecer en orden y seguridad pública.

V. OPERACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ

Las Naciones Unidas en varias ocasiones han decidido desplegar activos militares dentro de una zona en conflicto para el mantenimiento de la paz. Las misiones de mantenimiento de la paz deben distinguirse de las medidas coercitivas. Las tareas de los llamados “cascos azules” no implican el uso de la fuerza y pueden ser muy diversas. Entre algunos de sus propósitos se encuentra brindar ayuda humanitaria, funcionar como mediador entre las facciones del conflicto, desarme y mantenimiento del orden y seguridad pública. La primera misión fue instituida en 1948 en el Medio Oriente (UNTSO). Un año más tarde, durante el conflicto en Cachemira entre India y Pakistán, las Naciones Unidas intervinieron para supervisar el alto al fuego. Esta misión actualmente continúa operando (UNMOGIP). En 1956 se envió la primera fuerza de emergencia al Medio Oriente para supervisar el cese al fuego derivado de la Guerra de Suez. Hasta el 2014 las Naciones Unidas habían establecido 69 operaciones de mantenimiento de la paz, en su mayoría en territorios de África y Asia. India y Pakistán son los Estados más activos que aportan a las operaciones de mantenimiento de la paz.

Hoy en día se mantienen 17 misiones alrededor del mundo en los territorios de Haití, Liberia, Costa de Marfil, Mali, República Centroafricana,

República Democrática del Congo, Sudán del Sur, Darfur, Afganistán, India y Pakistán, Medio Oriente, Líbano, Kosovo, Chipre y Sahara Occidental.

VI. ACUERDOS REGIONALES DE SEGURIDAD

Paralelamente al sistema instituido por la Carta, existen acuerdos regionales encaminados a crear sistemas para el mantenimiento de la paz y seguridad en la región. La misma Carta aprueba y reconoce la existencia de acuerdos u organismos regionales, cuyo fin sea entender en los asuntos relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y susceptibles de acción regional (artículo 52), siempre y cuando dichos acuerdos sean compatibles con los principios y propósitos enunciados en la Carta. Bajo este orden de ideas, a través del artículo 24 de la Carta los Estados miembros le han conferido al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial (pero no exclusiva) de mantener la paz y la seguridad internacionales, por lo que el actuar de todas las organizaciones regionales de seguridad se encuentra supeditado a la autoridad que ejerce el Consejo de Seguridad en materia de paz y seguridad.

El artículo 53 de la Carta faculta al Consejo de Seguridad para actuar a través de dichas organizaciones regionales:

El Consejo de Seguridad utilizará dichos acuerdos u organismos regionales, si a ello hubiere lugar, para aplicar medidas coercitivas bajo su autoridad. Sin embargo, no se aplicarán medidas coercitivas en virtud de acuerdos regionales o por organismos regionales sin autorización del Consejo de Seguridad [...]

Ejemplo de acciones coordinadas entre el Consejo y organizaciones regionales de seguridad los encontramos en los casos de Georgia, Liberia, Sierra Leona, entre otros. Los acuerdos regionales de seguridad más importantes de la actualidad son la Organización de los Estados Americanos, la Liga de Estados Árabes, la Unión Africana, la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa, la Comunidad Económica de Estados de África Occidental y por supuesto la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN).

VII. INTERVENCIÓN HUMANITARIA

En el derecho internacional la prohibición al uso de la fuerza contenida en artículo 2(4) de la Carta tiene como únicas dos excepciones, en primer lugar, las acciones emprendidas por el Consejo de Seguridad bajo el Capítulo VII de la Carta, y en segundo lugar, las acciones de legítima defensa, ya

sea individual o colectiva, autorizadas por el artículo 51 de la Carta al igual que por la costumbre internacional.

En sentido estricto, cualquier acción que involucre el uso de la fuerza sin la tutela de las dos disposiciones anteriores deberá ser considerada como violatoria de derecho internacional. Sin embargo, ante las deficiencias estructurales del Consejo de Seguridad evidenciadas por el desacuerdo entre sus miembros permanentes, ciertos gobiernos y organizaciones internacionales han proclamado una tercera excepción a la prohibición del uso de la fuerza para evitar abrumadoras catástrofes humanitarias en situaciones donde el actuar del Consejo se vea obstaculizado por cuestiones políticas.

Esta doctrina pretende autorizar intervenciones al margen de la Carta de las Naciones Unidas, para prevenir violaciones graves a derechos humanos. Actualmente esta teoría no ha tenido la aceptación suficiente, por lo que su estado en el derecho internacional es aún el de *lex ferenda*.

Sin duda la Seguridad Internacional es un tema de vital importancia, y más, en la actualidad, dado el contexto político en el cual se encuentra nuestro país.

El narcotráfico, sin duda, será uno de los puntos medulares, tanto para la seguridad internacional como para el nuevo gobierno, el cual tendrá que unir esfuerzos y trabajar en una política fuerte y bien establecida, dentro de la cual, cada uno de sus órganos sea los suficientemente fuertes, imparciales, preparados, para enfrentar una problemática de esta índole, a fin de poder mantener o llevar al país a la tan anhelada estabilidad política, económica y social.

Para poder lograr lo planteado en el párrafo anterior, el nuevo gobierno tendrá, además de establecer organismos y órganos capaces de hacerle frente a la situación, tendrá que apoyarse en profesionales llenos de experiencia, con una trayectoria intachable, con una inteligencia probada y dotada de alternativas que podrían dar el enfoque correcto a la mencionada planeación de estrategia de gobierno.

Es por esto, que creo fielmente que el Maestro Joel Chirino Castillo seguirá siendo una pieza de vital relevancia para la política y la sociedad mexicana, ya que con su experiencia y sabiduría podrá aportar directrices a seguir que sin duda serán las correctas y a través de las cuales se podrán alcanzar las metas del nuevo gobierno como de la sociedad mexicana en general.

MATRIMONIO ANTE NOTARIO

Carlos Correa Rojo¹

Aprecio mucho la invitación de que he sido objeto, para participar del merecido homenaje al Maestro, el Doctor Joel Chirino Castillo, hombre ejemplar, a quien en lo personal le profeso gran afecto y reconocimiento.

Creemos que se puede celebrar el matrimonio, ante Notario, siempre, partiendo de la premisa de la libertad en la voluntad de los comparecientes, en tanto no hubiere menores o mayores incapacitados, con las posibles reformas al Código Civil y a la Ley del Notariado, ambos Ordenamientos para la Ciudad de México, para que aquel pueda actuar. En la redacción del presente trabajo se utiliza en la denominación de la legislación a que se recurre, “del Distrito Federal”, por lo que se deberá leer indistintamente “de la Ciudad de México”, en razón de las reformas constitucionales.

Para iniciar nuestras propuestas de la celebración del matrimonio y las posibles reformas y adiciones al Código Civil para el Distrito Federal, (hoy Ciudad de México) y a la Ley del Notariado para la Ciudad de México, ambos que le permitan al notario, desempeñar dicha función, creemos importante destacar brevemente sucesos históricos y legislativos relativos al tema que nos ocupa.

El propósito es fundamentar que hoy día, ante el notario, se puede celebrar el matrimonio bajo su fe y con su asesoría los actos indicados. Tomando en consideración, entre otras características, que el notario es un delegado del Estado quien ejerce una función pública.

La actividad del notario (antes escribano) y el registro del estado civil por parte del Estado han estado unidos desde la creación de este último.

Creemos en términos de las primeras disposiciones del Registro Civil, que tienen una gran influencia notarial, siguiendo los principios de matricidad, legalidad, asesoría de las partes, formalidades y en el caso del matrimonio de la solemnidad que le da la propia ley, cuando señala que el

¹ Notario Público número 232 de la Ciudad de México.

funcionario en nombre de la Ley y de la sociedad, declara casados a los contrayentes.

I. ANTECEDENTES

Ignacio Comonfort, presidente sustituto de la República Mexicana, de conformidad con el uso de las facultades que le concedió el art. 3º del Plan de Ayutla reformado en Acapulco, con fecha 27 de enero de 1857, emitió la Ley Orgánica del Registro Civil, que establece por primera vez el registro del estado civil de las personas en México.

El 11 de abril de 1857 por Ignacio Comonfort, se emitió el Decreto donde el clero quedo obligado civilmente a cumplir los acuerdos del tercer concilio mexicano y de los aranceles de obvenciones parroquiales de los obispados de la República. El decreto fue una primera medida económica-legal que el gobierno toma para delimitar a la iglesia en los actos que considera son de interés del Estado y en especial el matrimonio.

El 12 de julio de 1859 desde el puerto de Veracruz, siendo Don Benito Juárez, Presidente interino constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, el Secretario de Justicia, Negocios Eclesiásticos e Instrucción Pública, Manuel Ruiz, dio a conocer el decreto de Ley de Nacionalización de Bienes Eclesiásticos.

Se señaló en sus considerandos que el motivo principal de la actual guerra promovida y sostenida por el clero es conseguir sustraerse de la... autoridad civil, se dice que se reconoce que el clero estaba en contra abierta de la autoridad. Que el clero dilapidaba los caudales que los "fieles le habían confiado para objetos piadosos, los invertía en la destrucción general, sosteniendo y ensangrentando cada día más la lucha fratricida que promovió en desconocimiento de la legítima y negando que la República pueda constituirse como mejor crea que a ella convenga."

La Ley de Matrimonio Civil se publicó por el Ministro de Justicia e Instrucción Pública el Lic. Manuel Ruiz, en Veracruz el 23 de julio de 1859, emitida en el Palacio de Gobierno General, por el Presidente interino constitucional de la República Don Benito Juárez.

Se consideró que por la independencia declarada de los negocios civiles del Estado respecto de los eclesiásticos, cesó la delegación que el entonces soberano hizo al clero para que el matrimonio como contrato surtiera todos sus efectos civiles.

De la Ley Sobre el Estado Civil de las Personas, emitida desde Veracruz el 28 de julio de 1859, por Don Benito Juárez, en su carácter de Presidente

Interino Constitucional, siendo Ministro de Gobernación Melchor Ocampo, comentamos fundamentalmente el tema de las actas de matrimonio.

Se reitera lo relativo a la independencia entre el Estado y la Iglesia, ya que se señaló que no se puede encomendar a ésta el registro que había tenido respecto del nacimiento, matrimonio y fallecimiento de las personas. El registro del acto es el punto medular que busca esta ley.

El 2 de mayo de 1861, la administración del Presidente Juárez emite el Decreto sobre impedimentos, dispensas y juicio, relativo al matrimonio civil que complementa a la ley del matrimonio civil del 23 de julio de 1859, ya que consideró que la ley antes mencionada no aclaraba cuáles impedimentos para contraer matrimonio eran dispensables, razón por la que este decreto lo precisa.

Durante el denominado Segundo Imperio, Maximiliano emitió, entre otros ordenamientos, la Ley Sobre el Registro del Estado Civil, el 1º de noviembre de 1865.

Fue publicada en el Boletín de las Leyes del Imperio Mexicano, primera parte, tomo II, expedida por el emperador Maximiliano desde el 1º de julio hasta el 31 de diciembre de 1865.

El Código Civil del Segundo Imperio de 1 de noviembre de 1865, del cual sólo se publicó un libro, en este primer libro encontramos el Título III: De las Actas del estado Civil. En su Capítulo I; Disposiciones Generales a las Actas del estado Civil que abarca del artículo 31 al 51, concluimos que el Código tiene una gran similitud en la elaboración sobre los instrumentos públicos a que se refiere la Ley del Notariado de 1865, emitida por el propio Maximiliano.

Restaurada la República, vencido el denominado segundo imperio el Presidente Juárez, por conducto de Sebastián Lerdo de Tejada, en su carácter de Ministro de Relaciones Exteriores, encargado del Ministerio de Gobernación, emitió el decreto de 5 de diciembre de 1867, que valida los matrimonios que se llevaron a cabo bajo las leyes de la invasión o segundo imperio.

El Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, se publicó el 13 de diciembre de 1870, emitido durante el último período presidencial del Licenciado Benito Juárez.

Este Código regula lo relativo de las actas del estado Civil; de las actas de matrimonio; los capítulos del matrimonio, de la emancipación y de la mayor edad, de los contratos; del contrato de matrimonio con relación a los bienes de los consortes; de las capitulaciones matrimoniales; de la sociedad voluntaria; de la sociedad legal; de la liquidación de la sociedad legal y de la separación de bienes.

El régimen matrimonial federal fue completado con la Ley Orgánica de las Adiciones y Reformas Constitucionales del 14 de diciembre de 1874.

El Nuevo Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884, fue promulgado el 31 de marzo de 1884, emitido por el Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos Manuel González. Inicio su vigencia el 1 de junio del mismo año.

Este Código de igual forma que el 1870, regula lo relativo a las Actas del estado Civil; a las Actas de Matrimonio; al capítulo del Matrimonio, a la emancipación y de la mayor edad, a los Contratos, al contrato de matrimonio con relación a los bienes de los consortes, a las capitulaciones matrimoniales, a la sociedad voluntaria, a la sociedad legal, a la liquidación de la sociedad legal, y a la separación de bienes.

Don Venustiano Carranza firmó el “Plan de Guadalupe” desconociendo el gobierno de Huerta (El plan de Guadalupe fue un manifiesto revolucionario mexicano, acordado el 26 de marzo de 1913 en la hacienda del mismo nombre ubicada en el Estado de Coahuila, por el cual se rechazaba el acceso al poder de Victoriano Huerta y se nombraba jefe de las tropas constitucionalistas a Venustiano Carranza. Así mismo, se preveía que el ejercicio de la presidencia, con carácter interino, recayera en éste, una vez ocupada la ciudad de México, quien, inmediatamente obtenida la paz convocaría elecciones a todos los órganos públicos.)

Respecto del Decreto de 16 de junio de 1916, en el que se reformaron diversos artículos de la Ley de 29 de enero de 1916, se modificaron para reducir los plazos para solicitar el divorcio por mutuo consentimiento.

Al asumir el Poder Ejecutivo el “Primer Jefe del Ejército Constitucionalista”, Venustiano Carranza, continua regularizando la situación civil y expediente el 11 de julio de 1916 un Decreto, por medio del cual se declararon nulos todos los actos ejecutados por particulares en los cuales hubieren intervenido o prestado su autoridad los poderes judiciales y administrativos de la usurpación huertista, convencionista y de los llamados gobiernos neutrales de Oaxaca y Yucatán. Con la excepción de los temas de las actas del registro civil que versen sobre nacimiento, reconocimiento y designación de hijos y sobre defunción, las cuales quedaron revalidadas de pleno derecho, sin necesidad de anotación especial, las de matrimonio cuando los contrayentes hubieren tenido hijos o cuando alguno de ellos hubiere fallecido antes de la promulgación del citado decreto o que falleciere dentro del término que fijo el artículo 7º, sin haberse dictado ninguna resolución. Decreto con el mismo ánimo que emitió el Presidente Juárez, en relación a los actos celebrados respecto del Estado Civil durante el período del Segundo Imperio.

El 1º de diciembre de 1916, reunido el Congreso Constituyente en Querétaro, Venustiano Carranza presentó el proyecto de Constitución, el cual en el párrafo 4º dice:

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

El 9 abril de 1917, Venustiano Carranza, Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, Encargado del Poder Ejecutivo de la Nación, emite la Ley sobre Relaciones Familiares, la cual se publicó en el Diario Oficial durante los días 14 de abril al 11 de mayo de 1917, la cual comenzó a regir desde la fecha de su publicación.

II. CODIGO CIVIL 1928

Respecto del actual Código Civil de 1928, en las materias de matrimonio y actas del estado civil, iniciamos nuestro análisis.

El articulado actual en Código Civil respecto de las actas del Estado Civil, en lo relativo al Matrimonio; así como el articulado del Reglamento del Registro Civil para el Distrito Federal, haremos nuestra propuesta para que ante notario se lleve a cabo el matrimonio, partiendo de la premisa de la libertad en la voluntad de los comparecientes, en tanto no hubiere menores no emancipados o mayores incapacitados, y las posibles reformas al Código Civil para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México y a la Ley del Notariado para la Ciudad de México.

Creemos que es oportuno hacer un análisis desde el punto de vista del derecho Familiar de todos los requisitos, elementos y naturaleza jurídica del matrimonio.

Recordemos que el matrimonio tiene las características de los contratos, según lo consignamos en los siguientes párrafos y que consideramos resulan de vital importancia para formular nuestra propuesta que es el celebrar ante Notario el Matrimonio, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del matrimonio.

III. DERECHO FAMILIAR

La Teoría del Contrato en el derecho familiar, lleva implícito el estudio de una serie de conceptos relacionados con la Teoría de los Hechos Jurídicos en sentido amplio, en atención a que dentro de esta figura resaltan dos

categorías de gran transcendencia, los hechos jurídicos en sentido estricto y los actos jurídicos, estos últimos regulados en nuestra legislación bajo la forma de Contratos, que trasladados en el Derecho Familiar creemos encuentran su máxima expresión en el Matrimonio.

Buscaremos hacer referencia al concepto de Derecho Familiar y familia, para hacer un análisis de los elementos de existencia y validez del matrimonio.

El hecho jurídico en sentido amplio, es aquél en el que interviniendo o no la voluntad del ser humano, produce consecuencias en el campo del derecho, dentro del hecho jurídico en sentido amplio, encontramos al hecho Jurídico en estricto sentido y al acto jurídico.

La noción más conocida en la Teoría Francesa, sobre lo que es el hecho jurídico en sentido estricto, parte de la idea de que hecho jurídico se da en oposición a la idea de acto jurídico, y así el tratadista Julián Bonnecase refiere que es “Un acontecimiento puramente material, tal como el nacimiento o la filiación, o acciones más o menos voluntarias, que fundadas en una regla de derecho, generan situaciones o efectos jurídicos, aun cuando el sujeto de este acontecimiento o de estas acciones, no haya tenido, ni podido tener, el deseo de colocarse bajo el imperio del derecho”.²

Al respecto el Maestro Ernesto Gutiérrez y González a fin de hacer más comprensible la definición que antecede define al hecho jurídico en sentido estricto como “una manifestación de voluntad que genera efectos de derecho, independientemente de la intención del autor de la voluntad para que esos efectos se produzcan, o un hecho de la naturaleza al que la ley vincula efectos jurídicos”.³

Los hechos jurídicos en sentido estricto se clasifican en hechos de la naturaleza o derivados de la conducta humana, los hechos producidos por la naturaleza se caracterizan por que tienen un efecto en la persona humana,⁴ esto es, no interviene la voluntad del ser humano en su realización, ni en la producción de las consecuencias jurídicas del mismo, y por cuanto hace a los hechos jurídicos del ser humano, son aquellos que son producidos por la participación activa del hombre, los cuales a su vez pueden ser lícitos e ilícitos.

El Acto Jurídico como categoría del hecho jurídico en sentido amplio, es la célula base de todo el derecho, y en especial resulta de gran importan-

² BONNECASE, Julien, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, traducción y compilación de Enrique Figueroa Alfonso, Ed. Pedagógica Iberoamericana, México, 1995, p. 764.

³ GUTIÉRREZ Y GONZÁLES, Ernesto, *Derecho Civil para la familia*, 2a. ed., Editorial Porrúa, México, 2009.

⁴ ORTÍZ URQUIDI, Raúl, *Derecho Civil. Parte General*, 3a. ed., Editorial Porrúa, México.

cia en el Derecho Familiar, la tesis francesa inspiradora del sistema jurídico mexicano, sostiene que: Acto Jurídico es:

[...] una manifestación exterior de voluntad, bilateral o unilateral, cuyo objeto directo es engendrar, fundado en una regla de derecho o en una institución jurídica, en contra o a favor de una o de varias personas, un estado, es decir una situación jurídica permanente y general, o por el contrario, un efecto jurídico limitado que se reduce a la formación, modificación o extinción de una relación de derecho.⁵

Por su parte el propio Maestro Gutiérrez y González al hacer referencia a esta figura de gran importancia en todas las ramas del derecho señala que: "Es una manifestación de voluntad que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir una obligación o un derecho y que produce el efecto deseado por su autor, porque el derecho sanciona esa voluntad".⁶

Respecto al acto jurídico el Maestro Don Jorge Mario Magallón, manifiesta que el acto jurídico como tal, es estrictamente el resultado de la conducta del hombre, pero no de cualquier conducta, sino de aquella que intencionalmente ha querido y buscado las consecuencias jurídicas.

La diferencia entre estas dos categorías del hecho jurídico en sentido amplio radica básicamente en la voluntad del ser humano, puesto que en los actos jurídicos, existe la voluntad de querer realizar la conducta, y querer las consecuencias de dicho acto, y en el hecho jurídico en sentido estricto, no es trascendental la voluntad de su autor, para que se generen los efectos de derecho previstos por el ordenamiento jurídico, toda vez que si se quieren o no las consecuencias, éstas se generan al margen de ese querer, toda vez que si las consecuencias se producen no es por que el autor de la conducta las quiera, sino por que la ley lo manda.

En el Código Civil para el Distrito Federal, el acto jurídico se identifica como aquel en que interviene la voluntad del ser humano, tanto para la realización del mismo, como para que produzcan las consecuencias jurídicas de dicho acto, cabe destacar que dicho ordenamiento, regula la especie Contrato, y en base a ella se da el tratamiento del género acto jurídico.

Ahora bien, el acto jurídico se integra por elementos esenciales y por requisitos de validez.

De conformidad con lo dispuesto por el Artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal, los elementos esenciales del acto jurídico son: a) La

⁵ Definición de Julien Bonnecase citada por el Dr. Ernesto Gutiérrez y González en su obra *Derecho Civil para la Familia*.

⁶ *Ibidem*, p. 55.

voluntad del autor, o dos voluntades que se unen y forman el “consentimiento”, entendiéndose por **consentimiento** el acuerdo de dos o más voluntades que tienden a crear, transferir, conservar, modificar o extinguir efectos de derecho, y es necesario que ese acuerdo tenga una manifestación exterior, cabe señalar que esas dos voluntades que al unirse generan el consentimiento, reciben el nombre de propuesta, oferta o policitación, y la otra aceptación, b) **objeto**, identificado como la producción de consecuencias dentro del campo del derecho, las cuales son la creación, transmisión, modificación y extinción de obligaciones, esto es, el objeto directo e inmediato del acto jurídico; y el objeto indirecto, se constituye como una prestación de dar, hacer o no hacer, y en algunos actos jurídicos destaca como tercer elemento esencial del acto jurídico la SOLEMNIDAD o forma solemne, destacando como actos solemnes el matrimonio, el préstamo subrogatorio.⁷

Por cuanto hace a los elementos de validez del acto jurídico el artículo 1795 señala los siguientes: a) La capacidad legal de ambas partes, entendida como “... la aptitud para ser titular de derechos y sujeto a obligaciones”;⁸ b) Consentimiento libre de vicios esto es que no exista error, dolo, violencia, lesión, c) Un objeto motivo o fin lícito, lo cual implica que no sea contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres, y d) Que el consentimiento se manifieste en la forma que la ley lo establece.

En cuanto a los requisitos de eficacia del acto jurídico, que no devienen de la tesis francesa, debe entenderse por ellos las situaciones de tiempo o conducta positiva o negativa, que fija la ley o pactan las partes, para que el pacto jurídico unilateral o bilateral, que tiene plena existencia y validez, empiece a generar alguna o todas sus consecuencias de derecho, destacando entre ellos los plazos y las modalidades de las obligaciones.

Todos y cada uno de los elementos de existencia y requisitos de validez, son necesarios para que el acto jurídico tenga una existencia perfecta y pueda producir con plenitud sus efectos. En general podemos señalar que la inexistencia⁹ se presenta cuando falta alguno de los elementos esenciales del

⁷ El Maestro Ignacio Galindo Garfias señala que: “El acto es solemne por disposición de la ley, la voluntad del sujeto ha de ser declarada precisamente en la forma (y no de otra manera) que el derecho ha establecido”. GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil*, Editorial Porrúa, México, 2000, p. 239.

⁸ MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, *Teoría de las Obligaciones*, 8a. ed., Editorial Porrúa, México, 2001, p. 63.

⁹ De conformidad con el Artículo 2224 del Código Civil para el Distrito Federal, el acto jurídico es inexistente por falta de consentimiento o de objeto, no producirá efecto alguno, no es susceptible de hacerse valer por confirmación o prescripción, puede ser invocada por cualquier interesado, el juez constata la inexistencia.

acto jurídico, y la nulidad del acto cuando los elementos de existencia nacen de manera imperfecta (nulidad absoluta) o bien cuando falta alguno de los requisitos de validez (nulidad relativa).¹⁰

Ahora bien, la familia es considerada el núcleo social sobre la cual reposa la estructura de un Estado, y sobre la cual gira el porvenir del país, o bien como un medio o instrumento de socialización entre los individuos y no así una creación jurídica.

En relación con la familia se han emitido diversas definiciones, por ejemplo el prestigiado autor Messineo dice que Familia en sentido estricto es “el conjunto de dos o más personas vivientes, ligadas entre sí, por un vínculo colectivo, recíproco e indivisible de cónyuge, de parentesco o de afinidad, constitutivo de un todo unitario”.¹¹

Para el Derecho Alemán, Familia es “el conjunto de personas ligadas por el matrimonio o el parentesco”.

Los clásicos Planiol y Ripert, señalaron que: “la familia es el conjunto de personas que se hallan vinculadas por el matrimonio”.¹²

Definiciones que en relación a su postura de que matrimonio es la fuente de la familia, se encuentran superadas puesto que el matrimonio no es la única fuente para constituir una familia, al existir otras figuras, por ejemplo el concubinato o la integración de diversas personas unidas por lazos de parentesco por afinidad o consanguinidad.

De ahí que la definición del Maestro Gutiérrez y González al conceptualizar a la familia dice que es el conjunto de personas naturales, físicas o humanas, integradas a través de un contrato de matrimonio de dos de ellas, o integradas por la apariencia o la posesión de estado de casados, o por lazos de parentesco por consanguinidad, afinidad o civil, que habitan en una misma casa, la cual constituye el domicilio familiar, y tenga por ley o por acuerdo, unidad en la administración del hogar familiar. En atención a que contempla diversas fuentes para determinar el origen de la familia.

Resulta conveniente que exista una reglamentación sobre las relaciones familiares, sin embargo ello no debe llevarnos a la confusión de que sólo es familia lo que se encuentra regulado por el Derecho, toda vez que existen

¹⁰ La nulidad absoluta se presenta cuando así lo dispone la ley, por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, no desaparece por confirmación, puede hacerse valer por todo interesado, la nulidad relativa se presenta cuando falta algún requisito de validez, permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos, desaparece por confirmación y sólo puede invocarse por la persona a cuyo favor se establezca.

¹¹ MESSINEO, *Manual de Derecho Civil*.

¹² GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *op. cit.*, p. 140.

situaciones concretas que no pueden ser resueltas por el derecho, al tratarse en muchos casos de situaciones afectivas.

La regulación de este núcleo social no tiene como sujeto al grupo familiar autónomo e independiente, sino que regula la conducta de sus miembros para que los otros obtengan la satisfacción de sus derechos, algunos de ellos fundamentales, como la vida, salud o la educación, de ahí que se conciba al Derecho Familiar como “El Conjunto de Normas Jurídicas que regulan la constitución, la organización, y la disolución de las relaciones familiares, surgidas por el matrimonio, concubinato o parentesco”.¹³

Analizados los elementos del acto jurídico, así como el concepto de familia y el derecho familiar, debe decirse que los actos jurídicos en su especie contratos, no constituyen una materia exclusiva del derecho civil, puesto que el acto jurídico como una manifestación de voluntad, que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir una obligación o un derecho, puede actualizarse en cualquier rama del derecho, tal es el caso del Derecho Familiar, donde se regula el Matrimonio.

IV. MATRIMONIO

El Matrimonio como fuente primordial de la familia, tuvo sus primeros reconocimientos en preceptos religiosos y paulatinamente el poder público fue intervenido en la relación de la pareja estable y su descendencia. La Ley del Matrimonio Civil de 1859 desconoció el carácter religioso y se le definió como un contrato civil, al señalar que “ningún matrimonio sin las formalidades que prescribe la ley será reconocido como verdadero y legítimo para los efectos civiles”.

Los Códigos Civiles del siglo XIX, plantearon una relación matrimonial bajo la fuerte autoridad marital con el correlativo sometimiento de la mujer y los hijos, tal y como se advirtió respecto del Artículo 193 del Código Civil de 1884 al señalar: “el marido debe proteger a la mujer, esta debe obedecer aquél así en lo doméstico como en la educación de los hijos y en la administración de los bienes”.

El Código que no definió al matrimonio pero dispuso que la mujer tuviera en el matrimonio autoridad y consideraciones iguales a las del marido, y que su capacidad jurídica no se viera disminuida por haber contraído nupcias.

Las posteriores reformas señalan al matrimonio como: “El matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de

¹³ MONTERO DUHALT, Sara, *Derecho de Familia*, Editorial Porrúa, México, 1984, p. 32.

vida en donde ambos se procuraran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre y responsable e informada. Debe celebrarse ante el juez del registro civil y con las formalidades que esta ley exige".

Sin embargo tal definición consagrada en el Artículo 146 Código Civil fue reformada el 29 de diciembre de 2009:

El matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida en donde ambos se procuraran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procesar hijos de manera libre y responsable e informada. Debe celebrarse ante el juez del registro civil y con las formalidades que estipule el presente Código.

Ahora bien, en relación con la naturaleza del matrimonio se han realizado varias estudios para determinar si el matrimonio es un sacramento, una institución o bien un contrato, para el derecho canónico el matrimonio es un sacramento en el cual los esposos son los ministros del acto y en el que interviene el sacerdote como testigo de su celebración, con objeto de asegurarse la ejecución de las disposiciones del derecho canónico, a efecto de registrar el acto mismo.

Siguiendo a Bonnecase, el matrimonio es una institución que explica no solo la celebración del mismo, sino todos los efectos jurídicos que nacen del acto y del estado propiamente dicho, para Bonnecase la institución del matrimonio está formada por un conjunto de reglas de derecho, esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos una organización social y moral, que corresponda a las aspiraciones del momento, a la naturaleza permanente del mismo y a las direcciones que le imprime el derecho.¹⁴

Los códigos Civiles de 1870, 1884 definen al matrimonio como contrato, es decir, como un acuerdo de voluntades que produce derechos y obligaciones entre los consortes y sus hijos, la crítica de esta postura radica principalmente en el hecho de que el Matrimonio carece de objeto desde el punto de vista jurídico, puesto que el objeto de los contratos es una cosa o un derecho que se encuentra en el comercio, y en los contratos la voluntad de las personas es la que fija los derechos y obligaciones de cada una de ellas. Tratándose del matrimonio, si bien hay un acuerdo de voluntades en los contrayentes para celebrarlo, todos los derechos y las obligaciones que jurídicamente adquieran, están establecidos en la ley.¹⁵ La postura que adop-

¹⁴ BONNECASE, Julián, *La filosofía del Código de Napoleón aplicable al derecho de familia*, traducción de José Ma. Cajica, México, 1945, p. 204.

¹⁵ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *El Matrimonio, Sacramento-Contrato-Institución*, Tipográfica Mexicana, México, 1965, p. 128.

ta nuestra legislación civil local como se ha mencionado, se sustenta en el hecho de que el Matrimonio es un Contrato Solemne.

V. CONCEPTO DE MATRIMONIO Y REQUISITOS

El Maestro Ernesto Gutiérrez y González define al matrimonio como “El contrato solemne, que se celebra entre una sola mujer y un solo hombre, que tiene el doble objeto de tratar de sobrellevar en común, los placeres y cargas de la vida, y tratar de perpetuar la especie humana”.¹⁶

Concepto del cual se deduce que el matrimonio constituye una fuente del núcleo familiar, y constituye un conjunto de vínculos que imponen derechos y deberes a las partes.

Ahora bien, para contraer matrimonio es necesario que ambos contratantes sean mayores de edad; sin embargo también podrán contraerlo los menores que hayan cumplido dieciséis años si cuentan con el consentimiento de quienes ejerzan sobre ellos patria potestad o tutela, la falta por negativa o imposibilidad de estos, el juez de lo familiar suplirá dicho consentimiento.

Los impedimentos son circunstancias que constituyen un obstáculo para la celebración del matrimonio, según su grado pueden ser dirimentes que por ser graves no pueden ser dispensables, y los impeditivos, que sí lo son.

Son dirimentes, la falta de edad requerida por la ley o falta de consentimiento de quienes deben darlo; el parentesco de consanguinidad en los grados que en la ley señala; la falta de aptitud física o mental; la existencia de otro matrimonio.

Son independientes y por lo tanto dispensables por ejemplo el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual.

Los efectos del matrimonio se determinan desde tres puntos de vista: los efectos personales, los patrimoniales entre los cónyuges y en tercer lugar los efectos en relación con los hijos.

Los efectos del matrimonio entre los cónyuges se traducen en: a) El deber de cohabitación, esto es los cónyuges vivirán en el domicilio conyugal, considerado como tal el establecido de común acuerdo, b) Deber de asistencia en virtud de que los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente, c) deber alimentario y d) igualdad entre los cónyuges.

Efectos del matrimonio con relación a los bienes: A) capitulaciones matrimoniales que se definen como los convenios que celebran entre sí los fu-

¹⁶ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *op. cit.*, p. 166.

turos cónyuges para establecer el régimen patrimonial y de disfrute de sus bienes presentes y futuros. B) La sociedad conyugal es el régimen patrimonial formado por una comunidad de bienes aportados por los consortes y los frutos y productos de esos bienes y C) Separación de bienes, en el cual cada cónyuge conserva la propiedad y administración de sus bienes.

VI. ELEMENTOS DE EXISTENCIA DEL CONTRATO DE MATRIMONIO

En relación con los elementos de existencia del Matrimonio, el Código Civil del Distrito Federal en su artículo 1792 dispone que: “convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones”. El numeral 1793 le dice que: “los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos”.

De lo que resulta que el convenio tiene dos especies, contrato y convenio lato sensu, el contrato, según el artículo 1793, desarrolla las funciones de CREAR Y TRANSMITIR derechos y obligaciones, por lo cual el convenio en sentido estricto, tiene por función conservar, modificar o extinguir derechos y obligaciones.

El Primer elemento de existencia es el consentimiento, el cual se integra de dos diversas voluntades, voluntades que al unirse generan precisamente este primer elemento CONSENTIMIENTO, una de esas voluntades recibe el nombre de POLICITACIÓN, PROPUESTA U OFERTA, y la otra, se le designa como ACEPTACIÓN.

Nuestro ordenamiento jurídico a fin de precisar el momento en que se perfecciona el consentimiento, contempla diversos sistemas: A) Si la propuesta se hace ante presentes y no se otorga plazo para aceptar, B) Si se hace la propuesta ante presentes, con plazo para aceptar, C) cuando se hace la propuesta ante no presentes y no se otorga plazo para aceptar o bien se otorga el mismo.

El matrimonio es un CONTRATO SOLEMNE, solemnidad que consiste en que la voluntad de las partes que van a celebrar el contrato, se debe externar precisamente ante un Oficial (Juez) del Registro Civil, para el efecto de que dicho funcionario en nombre del Estado, haga la homologación del contrato a celebrar.

La regla general en esta materia es que el contrato de matrimonio, siempre será un contrato entre personas presentes y sin plazo para aceptar.

Sin embargo nuestra legislación contempla la celebración del Contrato de Matrimonio, por medio de representante, en este supuesto surgen dos

posibilidades para determinar a partir de qué momento se perfecciona el consentimiento, cuando la propuesta se hace ante personas no presentes con plazo para aceptar, se perfecciona el consentimiento cuando concluye el plazo y recibe la aceptación, cuando la propuesta es entre no presentes sin fijación de plazo, el consentimiento se integrara hasta que el proponente queda informado o enterado de que a la persona que le propuso la celebración del matrimonio, dijo que sí.

El Segundo elemento de existencia es el **OBJETO**, identificado como una conducta que debe observar el obligado, ya sea de dar, hacer o de abstenerse o no hacer, y la segunda acepción o forma del objeto, es la cosa material que se debe dar.

El Tercer elemento de existencia del contrato es la **Solemnidad**, elemento propio del Matrimonio, si bien es cierto el contrato requiere siempre de dos elementos de existencia —consentimiento y objeto—, de manera excepcional el legislador, respecto de algunos contratos, establece un elemento de existencia más: la solemnidad, entendiéndose como tal al “conjunto de elementos de carácter exterior del acto jurídico, sensibles, en que se plasma la voluntad de los que contratan, y que la ley exige para la existencia del mismo”.¹⁷

VII. REQUISITOS DE VALIDEZ DEL MATRIMONIO

En cuanto al primer requisito es de señalarse que una vez que nace el acto jurídico precisa de requisitos para valer, que debe perseguir un objeto, motivo o fin lícito, lo que se traduce que el objeto lícito en ellos no va ser una cosa corporal, si no deberá hacerse referencia al objeto que consiste en prestar hechos o realizar abstenciones, no se puede hablar de objeto lícito e ilícito, con relación un objeto cosa material, ya que el objeto no es dar una cosa material.

El Segundo requisito de validez implica la ausencia de vicios en el consentimiento, esto es que la voluntad de las partes se externe de forma libre y sin coacción alguna. Nuestra legislación civil regula como vicios de la voluntad al error, la violencia y lesión y en los Códigos de Quintana Roo y Puebla se habla de un vicio autónomo que es la reticencia. Es factible que un contrato de matrimonio se celebre bajo un error, el cual recae sobre dos personas, la primera respecto del estado a través de su Oficial del Registro Civil y respecto de cada uno de los contrayentes.

¹⁷ Como ejemplos de actos solemnes destacan el contrato de matrimonio, el divorcio administrativo, la novación, la subrogación y la repudiación de la herencia.

Como segundo vicio de la voluntad figura la violencia, nuestro Código Civil en el Artículo 1819 señala que hay violencia cuando se emplea la fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratantes. En el matrimonio los efectos de este vicio se encuentran previstos en el Artículo 245 del Código Civil toda vez que el citado precepto prevé que la violencia física o moral serán causas de nulidad del matrimonio, en cualquiera de las circunstancias siguientes, que importe peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, que haya sido causada al cónyuge la acción que nace de estas causas de nulidad sólo pueden deducirse por el cónyuge agraviado.

La **lesión** no opera en el contrato de matrimonio, pero si en un contrato accesorio al matrimonio denominado capitulaciones matrimoniales, pues uno de los cónyuges puede aprovecharse de la suma ignorancia del otro, ante tal circunstancia el Artículo 190 del Código Civil prevé que es nula la capitulación en cuya virtud uno de los consortes haya de percibir todas las utilidades.

En cuanto al vicio denominado reticencia este se puede actualizar, al guardar silencio alguno de los contrayentes o contratantes al exteriorizar su voluntad, respecto de alguno o algunos hechos ignorados por su contratante, y que tienen relación con el acto jurídico que se celebra.

El Tercer requisito de validez se traduce en la capacidad de las partes, esto es la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad de goce), y capacidad de ejercicio que se traduce en tener la aptitud para ejercitarse esa capacidad de goce. Si bien es cierto el Artículo 450 del Código Civil prevé que tienen incapacidad natural y legal, los menores de edad y los mayores de edad que no puedan gobernarse o manifestar su voluntad, también lo es que en el contrato de matrimonio puede celebrarse por menores de edad, siempre que ambos tengan dieciséis años, y se cumpla con un requisito de eficacia del acto jurídico, esto es que se emita el consentimiento de quien ejerza la patria potestad de los menores.

Una vez determinados los aspectos más relevantes en relación con la Teoría de los contratos en materia familiar creemos que podemos concluir en lo siguiente:

- En el Código Civil para el Distrito Federal el acto jurídico se identifica como aquel en que interviene la voluntad del ser humano, tanto para la realización del mismo, como para que produzcan las consecuencias jurídicas de dicho acto.
- La familia es considerada el núcleo social sobre la cual reposa la estructura de un Estado.

- Los actos jurídicos en su especie contratos, no constituyen una materia exclusiva del derecho civil, puesto que el acto jurídico como una manifestación de voluntad, que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir una obligación o un derecho, puede actualizarse en cualquier rama del derecho, tal es el caso del Derecho Familiar, donde se regula el Matrimonio.
- Nuestros códigos Civiles de 1870, 1884 y 1928, consagran al matrimonio como contrato, es decir, como un acuerdo de voluntades.
- Como elementos de existencia en el Matrimonio encontramos al consentimiento, objeto y solemnidad.

Hasta aquí nuestras breves reflexiones acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio, que como lo hemos propuesto tomando en consideración los elementos analizados, creemos que solo falta la autorización de la ley para que ante el notario se pueda celebrar el matrimonio, siendo el propio notario el experto en la forma de la forma, cumpliendo con todos los requisitos del caso.

Ya que como hemos venido destacando los procesos que se siguen para la elaboración de las actas, los requisitos que se deben cumplir para la celebración del notario, tienen su base en el manejo de las actas del protocolo del notario, por lo que no sería una nueva legitimación, sino volver a intervenir, en lo que alguna vez en nuestra vida jurídica, el notario intervino como lo fue en la elaboración de las capitulaciones matrimoniales, las cuales como se señaló, si no se efectuaban ante notario, se consideraban nulas. Lo anterior consideramos por el principio de que el notario como perito en derecho, seguramente redactará dichas capitulaciones matrimoniales, interpretando la voluntad de los contrayentes, asesorando a los mismos, explicando su contenido y fuerza legal, y darle la forma que la ley establece, ya que nuestra propuesta es que ante notario se celebre, por lo que se cumple con la forma establecida por la ley, es decir, que se celebre ante el Oficial del Registro Civil, en las formas autorizadas para el efecto, o en instrumento público, cumpliendo con todas las formalidades del Código Civil y la Ley del Notariado.

Consignamos antes el articulado del Código Civil, del Reglamento del Registro Civil, ambos para el Distrito Federal, respecto de las actas del estado civil, del matrimonio y del divorcio.

Buscamos hacer la propia homologación del Código Civil con las disposiciones de la Ley del Notariado, respecto de las disposiciones citadas en el párrafo que antecede.

Comentamos que de acuerdo con nuestra investigación las disposiciones reguladoras del Estado Civil, fueron desprendidas de la actividad del

escribano, y que hoy se conservan por el notario, teniendo como premisas, la interpretación de la voluntad, cumplimiento de la forma de los actos jurídicos, redacción de los instrumentos públicos, explicación de los mismos, haciendo saber a las partes los derechos y obligaciones que se contraen, actuar sólo en su protocolo, el principio de matricidad y conservación de los instrumentos, los cuales pueden ser reproducidos cuantas veces resulte necesario, expediendo los testimonios o certificaciones del caso a los intervenientes.

Enseguida proponemos el texto del articulado con las reformas que consideramos nos permitirán en adelante que ante el Notario se pueda efectuar el matrimonio y divorcio de aquellas personas mayores de edad que manifiesten su voluntad de celebrar los actos jurídicos relatados.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, HOY CIUDAD DE MÉXICO¹⁸

TÍTULO CUARTO *Del Registro Civil*

CAPÍTULO I *Disposiciones Generales*

Artículo 35.—En la Ciudad de México estará a cargo de los Jueces del Registro Civil autorizar los actos del estado civil y extender las actas relativas a nacimiento, reconocimiento de hijos, adopción, matrimonio, divorcio administrativo, y defunción de los mexicanos y extranjeros en la Ciudad de México, al realizarse el hecho o acto de que se trate, así como inscribir las ejecutorias que declaren la ausencia, la presunción de muerte, el divorcio judicial, la tutela o que se ha perdido o limitado la capacidad legal para administrar bienes y las sentencias que ordenen el levantamiento de una nueva acta por la reasignación para la concordancia sexo-genérica, previa la anotación correspondiente al acta de nacimiento primigenia, siempre y cuando se cumplan las formalidades exigidas por los ordenamientos jurídicos aplicables.

Los Notarios están autorizados para extender las actas del estado civil relativitas al matrimonio de los mexicanos y extranjeros en la Ciudad de México.

El Registro Civil tendrá a su cargo el Registro de Deudores Alimentarios Morosos de la Ciudad de México, en el que se inscribirá a las personas que hayan dejado de cumplir por más de noventa días, sus obligaciones alimentarias, ordenadas por los jueces y tribunales o establecidas por convenio judicial. El registro expedirá un Certificado que informe si un deudor alimentario se encuentra inscrito en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos.

¹⁸ Para identificar las reformas propuestas las señalaremos en negrillas y subrayadas.

El Registro Civil, una vez hecha la inscripción a que se refiere el párrafo anterior, formulará solicitud al Registro Público de la Propiedad a efecto de que se anote el Certificado respectivo en los folios reales de que sea propietario el Deudor Alimentario Moroso. El Registro Público de la Propiedad informará al Registro Civil si fue procedente la anotación.

El Registro Civil celebrará convenios con las sociedades de información crediticia a que se refiere la Ley de la materia, a fin de proporcionar la información del Registro de Deudores Alimentarios Morosos.

Artículo 36.—Los Jueces del Registro Civil asentarán en formas especiales que se denominarán “Formas del Registro Civil”, las actas a que se refiere el artículo anterior.

Los notarios respetando el contenido de las “Formas del Registro Civil”, levantarán en el protocolo a su cargo el instrumento respectivo, en los que se haga constar las actas del estado civil relativas al matrimonio de los mexicanos y extranjeros en la Ciudad de México.

Las inscripciones e instrumentos públicos, respectivos, se harán a través de los soportes informáticos que se contengan y en su caso, mecanográficamente.

Los notarios deberán dar un aviso, dentro de los cinco días posteriores a la elaboración del instrumento a que se refiere el párrafo segundo de este artículo al Juez Central del Registro Civil de la Ciudad de México.

El Registro Civil, además resguardará las inscripciones, por medios informáticos o aquellos que el avance tecnológico ofrezca, en una base de datos en la que se reproduzcan los datos contenidos en las actas asentadas en las Formas del Registro Civil, que permitan la conservación de los mismos y la certeza sobre su autenticidad.

Los notarios resguardaran las inscripciones en los términos de la Ley del Notariado para la Ciudad de México.

Las “Formas del Registro Civil” y la información asentada, serán en idioma español. En aquellos casos de personas pertenecientes a los pueblos indígenas nacionales, las actas deberán extenderse además, si así lo solicitaran, en la lengua indígena de la que sea hablante el solicitante, preservando en todo momento los nombres, apellidos ancestrales y tradicionales, conforme a sus sistemas normativos.

Para los efectos del párrafo anterior la Dirección General del Registro Civil de la Ciudad de México se auxiliará del Instituto Nacional de Lenguas Indígenas, para la traducción de la lengua de que se trate.

Artículo 37.—Las actas del Registro Civil, sólo se pueden asentar en las formas de que habla el artículo anterior.

La infracción de esta regla producirá la nulidad del acta y se castigará con la destitución del Juez del Registro Civil.

En el caso del Notario el instrumento y las sanciones a éste, quedan sujetas a las disposiciones de la Ley del Notariado para la Ciudad de México.

Artículo 39.—El estado civil sólo se comprueba con las constancias relativas al Registro Civil; ningún otro documento ni medio de prueba es admisible para comprobarlo, salvo los casos expresamente exceptuados por la Ley.

El Registro Civil podrá emitir constancias parciales que contengan extractos de las actas registrales, los cuales harán prueba plena sobre la información que contengan.

En el caso de los matrimonios ante notario, el estado civil se comprobará con el instrumento público respectivo.

El Notario en términos de la Ley del Notariado para la Ciudad de México expedirá los testimonios y copias certificadas, los cuales harán prueba plena sobre su contenido.

Artículo 48.—Toda persona puede pedir testimonios completos o en extracto de las actas del Registro Civil; así como de los **instrumentos públicos**, apuntes y documentos con ellas relacionadas y los jueces, **notarios** y registradores estarán obligados a darlos. **Por lo que se refiere a los instrumentos ante notario, la expedición queda sujeta a la Ley del Notariado para la Ciudad de México.**

La certificación de los testimonios de las actas del Registro Civil podrá autentizarse con firma autógrafa o electrónica. Por firma electrónica se entenderá la firma, clave, código o cualquier otra forma de autenticar por medios electrónicos, la autorización del funcionario competente según el sistema que instrumente el titular del Registro Civil conforme a lo que disponga el reglamento respectivo.

Por lo que se refiere a la firma electrónica del Notario se estará a lo dispuesto por la Ley del Notariado para la Ciudad de México.

Las copias certificadas, **las copias certificadas electrónicas** y las certificaciones emitidas por los **funcionarios** públicos facultados para ello y que sean autenticadas a través de firma electrónica, tendrán el mismo valor jurídico y probatorio que las suscritas en forma autógrafa.

La expedición de copias certificadas será en idioma español, en aquellos casos de personas pertenecientes a los pueblos indígenas nacionales, las copias certificadas deberán expedirse, si estas así lo solicitan, en la lengua indígena nacional de la que sea hablante el solicitante.

Artículo 50.—Las actas del Registro Civil extendidas conforme a las disposiciones que preceden, hacen prueba plena en todo lo que el Juez del Registro Civil, en el desempeño de sus funciones, da testimonio de haber pasado en su presencia, sin perjuicio de que el acta pueda ser redargüida de falsa.

La misma presunción de ser considerada como prueba plena son los instrumentos que se otorguen ante Notario respecto al matrimonio.

Las declaraciones de los comparecientes, hechas en cumplimiento de lo mandado por la Ley, hacen fe hasta que se pruebe lo contrario. Lo que sea extraño al acta no tiene valor alguno.

CAPÍTULO VII

De las actas de matrimonio

ARTÍCULO ACTUAL

Artículo 97.—Las personas que pretendan contraer matrimonio, deberán presentar un escrito ante el Juez del Registro Civil de su elección, que deberá contener:

I. Los nombres, apellidos, edad, ocupación, domicilio y nacionalidad de los pretendientes, nombre, apellidos y nacionalidad de sus padres;

II. Que no tienen impedimento legal para casarse, y

III. Que es su voluntad unirse en matrimonio.

Este escrito deberá ser firmado por los solicitantes, y asimismo contener su huella digital.

Para el caso de matrimonios fuera de las oficinas del Registro Civil deberá observarse lo establecido en el Reglamento del Registro Civil.

El Juez del Registro Civil hará del conocimiento de los pretendientes inmediatamente después de la presentación de la solicitud, si alguno de ellos se encuentra inscrito en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos.

PROPIUESTA DE ADICIÓN

Artículo 97 BIS.—Las personas que pretendan contraer matrimonio, deberán presentar un escrito ante el Notario de su elección, que deberá contener:

I. Los nombres, apellidos, edad, ocupación, domicilio y nacionalidad de los pretendientes, nombre, apellidos y nacionalidad de sus padres;

II. Que no tienen impedimento legal para casarse, y

III. Que es su voluntad unirse en matrimonio.

Este escrito deberá ser firmado por los solicitantes, y asimismo contener su huella digital.

PROPIUESTA REFORMA

Artículo 98.—Al escrito al que se refiere el artículo 97 se acompañará:

I. Copia certificada del acta de nacimiento de los pretendientes;

II. La constancia de que otorguen su consentimiento las personas a que se refiere el artículo 148 de este Código, para que el matrimonio se celebre.

III. Un documento público de identificación de cada pretendiente o algún otro medio que acredite su identidad de conformidad con lo que establezca el Reglamento del Registro Civil.

IV. DEROGADO;

V. El convenio que los pretendientes deberán celebrar con relación a sus bienes presentes y a los que adquieran durante el matrimonio. En el convenio se expresará con toda claridad si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes. Si los pretendientes son menores de edad, deberán aprobar el convenio las personas cuyo consentimiento previo es necesario para la celebración del matrimonio. No puede dejarse de presentar este convenio ni aun a pretexto de que los pretendientes carecen de bienes, pues en tal caso, versará sobre

los que adquieran durante el matrimonio. Al formarse el convenio se tendrá en cuenta lo que disponen los artículos 189 y 211, y el Oficial del Registro Civil deberá tener especial cuidado sobre este punto, explicando a los interesados todo lo que necesiten saber a efecto de que el convenio quede debidamente formulado.

Si de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 185 fuere necesario que las capitulaciones matrimoniales consten en escritura pública, se acompañará un testimonio de esa escritura.

VI. Copia del acta de defunción del cónyuge fallecido si alguno de los contrayentes es viudo, o de la parte resolutiva de la sentencia de divorcio o de nulidad de matrimonio, en caso de que alguno de los pretendientes hubiere sido casado anteriormente;

VII. La manifestación, por escrito y bajo protesta de decir verdad, en el caso de que alguno de los contrayentes haya concluido el proceso para la concordancia sexogenérica, establecido en el Capítulo IV Bis del Título Séptimo del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, misma que tendrá el carácter de reservada; y

VIII. Copia de la dispensa de impedimentos, si los hubo.

PROPIUESTA DE ADICIÓN

Artículo 98 BIS.—Al escrito al que se refiere el artículo 97 BIS anterior, se acompañará.

I. Copia certificada del acta de nacimiento de los pretendientes;

III. Un documento público de identificación de cada pretendiente o algún otro medio que acredite su identidad de conformidad con lo que establezca el Reglamento del Registro Civil.

IV. Las capitulaciones matrimoniales otorgadas ante notario en las que los pretendientes deberán celebrar con relación a sus bienes presentes y a los que adquieran durante el matrimonio. En las citadas capitulaciones matrimoniales se expresará con toda claridad si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes. No puede dejarse de presentar las capitulaciones matrimoniales ni aun a pretexto de que los pretendientes carecen de bienes, pues en tal caso, versará sobre los que adquieran durante el matrimonio. Al celebrarse las capitulaciones se tendrá en cuenta lo que disponen los artículos 189 y 211, y el Notario deberá tener especial cuidado sobre este punto, explicando a los interesados todo lo que necesiten saber a efecto de que las citadas capitulaciones matrimoniales queden debidamente formuladas.

Si de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 185 fuere necesario que las capitulaciones matrimoniales consten en escritura pública, se acompañará un testimonio de esa escritura.

VI. Copia del acta de defunción del cónyuge fallecido si alguno de los contrayentes es viudo, o de la parte resolutiva de la sentencia de divorcio o de nulidad de matrimonio, en caso de que alguno de los pretendientes hubiere sido casado anteriormente;

VII. La manifestación, por escrito y bajo protesta de decir verdad, en el caso de que alguno de los contrayentes haya concluido el proceso para la concordancia sexo-genérica, establecido en el Capítulo IV Bis del Título Séptimo del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México misma que tendrá el carácter de reservada; y

VIII. Copia de la dispensa de impedimentos, si los hubo.

ARTÍCULO ACTUAL

Artículo 102.—En el lugar, día y hora designados para la celebración del matrimonio deberán estar presentes, ante el Juez del Registro Civil, los pretendientes o su apoderado especial constituido en la forma prevenida en el artículo 44.

Acto continuo, el Juez del Registro Civil leerá en voz alta el acta respectiva y les hará saber los derechos y obligaciones legales que contraen con el matrimonio, para posteriormente preguntar a cada uno de los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio, y si están conformes, los declarará unidos en nombre de la ley y de la sociedad.

PROPIUESTA ADICIÓN

Artículo 102 BIS.—En el lugar, día y hora designados para la celebración del matrimonio deberán estar presentes, ante el Notario, los pretendientes o su apoderado especial constituido en la forma prevenida en el artículo 44.

Acto continuo, el Notario leerá en voz alta el acta respectiva y les hará saber los derechos y obligaciones legales que contraen con el matrimonio, para posteriormente preguntar a cada uno de los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio, y si están conformes, los declarará unidos en nombre de la ley y de la sociedad.

ARTÍCULO ACTUAL

Artículo 103.—El acta de matrimonio contendrá la siguiente información:

I. Los nombres, apellidos, edad, ocupación, domicilio, lugar de nacimiento y nacionalidad de los contrayentes;

II. Derogada;

III. Los nombres, apellidos, ocupación, domicilio y nacionalidad de los padres;

IV. En su caso, el consentimiento de quien ejerza la patria potestad, la tutela o las autoridades que deban suplirlo;

V. Que no hubo impedimento para el matrimonio o que éste se dispensó;

VI. La declaración de los pretendientes de ser su voluntad unirse en matrimonio, y la de haber quedado unidos, que hará el Juez en nombre de la Ley y de la sociedad;

VII. La manifestación de los cónyuges de que contraen matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes;

IX. Que se cumplieron las formalidades exigidas por el artículo anterior.

El acta será firmada por el Juez del Registro Civil, los contrayentes y las demás personas que hubieren intervenido si supieren y pudieren hacerlo.

PROPUESTA ADICIÓN

Artículo 103 BIS.—El instrumento del Notario en la que se haga constar el matrimonio, además de las reglas que establece la Ley del Notariado para el Distrito Federal deberá contener:

- I. Los nombres, apellidos, ocupación, domicilio y nacionalidad de los padres;**
- II. Que no hubo impedimento para el matrimonio o que éste se dispuso;**
- III. La declaración de los pretendientes de ser su voluntad unirse en matrimonio, y la de haber quedado unidos, que hará el Notario en nombre de la Ley y de la sociedad;**
- IV. La manifestación de los cónyuges de que contraen matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes;**
- IX. Que se cumplieron las formalidades exigidas por el artículo 102 Bis.**

ARTÍCULO ACTUAL

Artículo 105.—El Juez del Registro Civil que tenga conocimiento de que los pretendientes tienen impedimento para contraer matrimonio, levantará un acta, ante dos testigos, en la que hará constar los datos que le hagan suponer que existe el impedimento. Cuando haya denuncia, se expresará en el acta el nombre, edad, ocupación, estado y domicilio del denunciante, insertándose al pie de la letra la denuncia. El acta firmada por los que en ella intervinieren, será remitida al juez de primera instancia que corresponda, para que haga la calificación del impedimento.

PROPUESTA ADICIÓN

Artículo 105 BIS.—El Notario que tenga conocimiento de que los pretendientes tienen impedimento para contraer matrimonio, levantará una acta, en la que hará constar los datos que le hagan suponer que existe el impedimento. Cuando haya denuncia, se expresará en el acta el nombre, edad, ocupación, estado y domicilio del denunciante, insertándose al pie de la letra la denuncia. El acta firmada por los que en ella intervinieren, será remitida al juez de primera instancia que corresponda, para que haga la calificación del impedimento.

ARTÍCULO ACTUAL

Artículo 110.—El Juez del Registro Civil que autorice un matrimonio teniendo conocimiento de que hay impedimento legal, o de que éste se ha denunciado, será castigado como lo disponga el Código Penal.

PROPUESTA DE ADICIÓN

Artículo 110 BIS.—El Notario que autorice un matrimonio teniendo conocimiento de que hay impedimento legal, o de que éste se ha denunciado, independientemente de las sanciones que establezca la Ley del Notariado para la Ciudad de México, será castigado como lo disponga el Código Penal.

ARTÍCULO ACTUAL

Artículo 111.—Los Jueces del Registro Civil sólo podrán negarse a autorizar un matrimonio, cuando por los términos de la solicitud, por el conocimiento de los

interesados o por denuncia en forma, tuvieran noticia de que alguno de los pretendientes, o los dos carecen de aptitud legal para celebrar el matrimonio.

REFORMA PROPUESTA

Artículo 111.—Los Jueces del Registro Civil o los Notarios, sólo podrán negarse a autorizar un matrimonio, cuando por los términos de la solicitud, por el conocimiento de los interesados o por denuncia en forma, tuvieran noticia de que alguno de los pretendientes, o los dos carecen de aptitud legal para celebrar el matrimonio.

TÍTULO QUINTO

Del Matrimonio

CAPÍTULO II

De los Requisitos para contraer Matrimonio

ARTÍCULO ACTUAL

Artículo 148.—Para contraer matrimonio es necesario que ambos contrayentes sean mayores de edad.

Los menores de edad podrán contraer matrimonio, siempre que ambos hayan cumplido dieciséis años. Para tal efecto, se requerirá del consentimiento del padre o la madre o en su defecto el tutor; y a falta o por negativa o imposibilidad de éstos, el Juez de lo Familiar suplirá dicho consentimiento, el cual deberá ser otorgado atendiendo a las circunstancias especiales del caso.

En caso de que la contrayente se encuentre en estado de gravidez, y así lo acredite a través del certificado médico respectivo el Juez del Registro Civil, a petición del padre o la madre podrá dispensar el requisito a que se refiere el párrafo anterior, pero en ningún caso podrá ser otorgada dicha dispensa a menores de 14 años.

PROPIUESTA DE ADICIÓN

Artículo 148 BIS.—Para contraer matrimonio ante Notario es necesario que ambos contrayentes sean mayores de edad.

CAPÍTULO IV

Del contrato de matrimonio con relación a los bienes

CAPÍTULO V

De la sociedad conyugal

Artículo 185.—Las capitulaciones matrimoniales en que se constituya la sociedad conyugal, constarán en escritura pública cuando los otorgantes pacten hacerse copartícipes o transferirse la propiedad de bienes que ameriten tal requisito para que la traslación sea válida.

PROPIUESTA ADICIÓN

Artículo 185 BIS.—Las capitulaciones matrimoniales en que se constituya la sociedad conyugal, cuando el matrimonio se celebre ante notario, constarán en escritura pública.

CAPÍTULO VI *De la separación de bienes*

ARTÍCULO ACTUAL

Artículo 210.—No es necesario que consten en escritura pública las capitulaciones en que se pacte la separación de bienes, antes de la celebración del matrimonio. Si se pacta durante el matrimonio, se observarán las formalidades exigidas para la transmisión de los bienes de que se trate.

PROPUESTA DE ADICION

Artículo 210 BIS.—Las capitulaciones matrimoniales en que se pacte la separación de bienes, cuando el matrimonio se celebre ante notario, constarán en escritura pública.

REGLAMENTO DEL REGISTRO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL

CAPÍTULO VIII *De las Inscripciones*

Artículo 103.—Las inscripciones que señalan los artículos 35, 36, y 180 del Código Civil, así como el numeral 178 de la Ley del Notariado para la Ciudad de México, se tramitarán ante la Dirección, transcribiendo los puntos resolutivos de la sentencia judicial firme o la parte relativa de la escritura pública que los contenga.

PROPUESTA DE ADICIONES Y REFORMAS A LEY DEL NOTARIADO PARA LA CIUDAD DE MÉXICO

Artículo 34.- El notario sí podrá:

I a XII— ...

XIII.—Intervenir en la celebración de los matrimonios, en términos del Código Civil para la Ciudad de México, en tanto no hubiere menores no emancipados o mayores incapacitados.

Artículo 103.—El Notario redactará las escrituras en español, sin perjuicio de que pueda asentar palabras en otro idioma, que sean generalmente usadas como términos de ciencia o arte determinados, y observará las reglas siguientes:

I a XVIII.—...

XVIII BIS.—En el caso de la celebración ante el notario de matrimonios, se observará adicionalmente lo previsto en los artículos 103 BIS y 272 del Código Civil para la Ciudad de México.

XIX.—...

Artículo 122 BIS.—Siempre que ante un notario se celebren matrimonios, éste dará aviso dentro de los cinco días hábiles siguientes y remitirá dentro de

dicho plazo la copia a que se refieren el artículo 36 del Código Civil para la Ciudad de México, respectivamente.

El aviso correspondiente podrá ser presentado por medios electrónicos cuando la Autoridad Competente cuente con la plataforma necesaria para ello.

Con todo lo analizado, comentado y sugerido consideramos que el Notario estará legitimado para llevar a cabo su intervención en la celebración de matrimonios, siempre partiendo del supuesto de darle la forma establecida por la Ley a la voluntad de los otorgantes, en tanto no hubiere menores no emancipados o mayores incapacitados.

OBLIGACIONES DEL NOTARIO EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE LAVADO DE DINERO

Eduardo García Villegas¹

En homenaje a Don Joel Chirino Castillo, con admiración y respeto.

I. INTRODUCCIÓN

Sin duda alguna, la figura del *lavado de dinero*, es el ejemplo más claro de la delincuencia global en que vivimos actualmente. A través de diversas tácticas ilícitas —en poco tiempo— se ha posicionado en la estructura social, afectando al sector financiero y a la economía en general.

Anualmente la cantidad de capitales provenientes de actividades ilícitas que se integran a la economía formal, se han convertido en la gran problemática que enfrentan los gobiernos del mundo; de ahí la necesidad de contar con diversas disposiciones legales para atenderla.

En nuestro país, para atender este grave problema y en razón de los compromisos contraídos en el seno de diversos organismos internacionales —entre ellos en el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)^{—2} se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, el 17 de octubre de 2012, el Decreto por el que se expide la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita (misma que entró

¹ Notario Público 15 de la Ciudad de México y Catedrático de Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

² GAFI es un organismo intergubernamental, creado con motivo de la cumbre del G-7 de 1989, celebrada en París, Francia. Este grupo desarrolla y promueve entre la comunidad internacional, recomendaciones en materia de prevención y combate al lavado de dinero, financiamiento del terrorismo y el financiamiento para la proliferación de armas de destrucción masiva, del cual México es miembro desde el año 2000.

en vigor, de acuerdo con su artículo primero transitorio, el 17 de julio de 2013) y su Reglamento publicado en el DOF el 16 de agosto del 2013.

El 23 de agosto de ese mismo año, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) publicó en el DOF el Acuerdo 02/2013 por el que se emiten las Reglas de Carácter General a que se refiere la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita (LFPIORPI).

Con ello quedó integrado, el paquete de disposiciones legales a través de las cuales el Estado mexicano cumple con los compromisos asumidos como miembro del GAFI, para golpear al crimen organizado, privándolos de los cuantiosos recursos económicos (la gran mayoría de ellos en efectivo) que perciben.

En esta ocasión, con motivo de este libro homenaje a mi estimado maestro el señor Doctor Joel Chirino Castillo, quiero esbozar el papel y la tarea que deben cumplir los Notarios Públicos, con motivo de su incorporación al régimen de prevención de lavado de dinero, pues al ser sujetos obligados de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita (LFPIORPI o *Ley antilavado*) los notarios públicos deben cumplir con una serie de obligaciones.

II. LOS NOTARIOS PÚBLICOS Y LA LEY ANTILAVADO

La idea primigenia del concepto de “lavado de dinero”, aduce que éste se configura como “aquella acción de ajustar a la legalidad fiscal el dinero procedente de negocios delictivos o injustificables”.³

En una concepción del término más estructurada, el GAFI define al *lavado de dinero* “como el procesamiento de las ganancias derivadas de la actividad criminal para disfrazar su procedencia ilícita, permitiendo a los criminales gozar de ellas sin arriesgar su fuente”.⁴

El Código Penal Federal en sus artículos 400 bis y 400 bis 1, al respecto señala:

³ FIGUEROA VELÁZQUEZ, Rogelio Miguel, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Editorial Porrúa, México, 2002. p. 862.

⁴ Estrategia Nacional para la Prevención y el Combate al Lavado de Dinero y el Financiamiento al Terrorismo en línea: http://www.hacienda.gob.mx/inteligencia_financiera/estrategia/estrategia_npcldf_26082010.pdf

(REFORMADO, D.O.F. 14 DE MARZO DE 2014)

Artículo 400 bis.—Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de mil a cinco mil días multa al que, por sí o por interpósita persona realice cualquiera de las siguientes conductas:

I. Adquiera, enajene, administre, custodie, posea, cambie, convierta, deposite, retire, dé o reciba por cualquier motivo, invierta, traspase, transporte o transfiera, dentro del territorio nacional, de éste hacia el extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando tenga conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, o

II. Oculte, encubra o pretenda ocultar o encubrir la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento, propiedad o titularidad de recursos, derechos o bienes, cuando tenga conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita.

Para efectos de este Capítulo, se entenderá que son producto de una actividad ilícita, los recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando existan indicios fundados o certeza de que provienen directa o indirectamente, o representan las ganancias derivadas de la comisión de algún delito y no pueda acreditarse su legítima procedencia.

En caso de conductas previstas en este Capítulo, en las que se utilicen servicios de instituciones que integran el sistema financiero, para proceder penalmente se requerirá la denuncia previa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Cuando la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en ejercicio de sus facultades de fiscalización, encuentre elementos que permitan presumir la comisión de alguno de los delitos referidos en este Capítulo, deberá ejercer respecto de los mismos las facultades de comprobación que le confieren las leyes y denunciar los hechos que probablemente puedan constituir dichos ilícitos.

(ADICIONADO, D.O.F. 14 DE MARZO DE 2014)

Artículo 400 bis 1.—Las penas previstas en este Capítulo se aumentarán desde un tercio hasta en una mitad, cuando el que realice cualquiera de las conductas previstas en el artículo 400 Bis de este Código tiene el carácter de consejero, administrador, funcionario, empleado, apoderado o prestador de servicios de cualquier persona sujeta al régimen de prevención de operaciones con recursos de procedencia ilícita, o las realice dentro de los dos años siguientes de haberse separado de alguno de dichos cargos.

Además, se les impondrá inhabilitación para desempeñar empleo, cargo o comisión en personas morales sujetas al régimen de prevención hasta por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta. La inhabilitación comenzará a correr a partir de que se haya cumplido la pena de prisión.

Las penas previstas en este Capítulo se duplicarán, si la conducta es cometida por servidores públicos encargados de prevenir, detectar, denunciar, investigar o juzgar la comisión de delitos o ejecutar las sanciones penales, así como a los ex servidores públicos encargados de tales funciones que cometan dicha conducta en los dos años posteriores a su terminación. Además, se les impondrá inhabilitación para desempeñar empleo, cargo o comisión hasta por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta. La inhabilitación comenzará a correr a partir de que se haya cumplido la pena de prisión.

Asimismo, las penas previstas en este Capítulo se aumentarán hasta en una mitad si quien realice cualquiera de las conductas previstas en el artículo 400 Bis, fracciones I y II, utiliza a personas menores de dieciocho años de edad o personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o que no tiene capacidad para resistirlo.

Y es que recordemos que el objetivo de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, de acuerdo con la iniciativa presentada por el presidente de la República el 31 de agosto de 2010 ante la Cámara de Senadores, fue el “combatir al crimen organizado de una manera distinta, no con armas sino con inteligencia y probablemente sin disparar un solo tiro”.

Para ello, se precisó que se requería “un sistema de inteligencia contable, financiero y de controles al flujo de los negocios en el país”, pues “la delincuencia organizada ha comenzado a utilizar el sector no financiero de la economía —ámbito no regulado en la materia—, para realizar operaciones con la finalidad de blanquear sus capitales”.

De ahí que la LFPIORPI sea de orden e interés público y de observancia general en nuestro país, teniendo como objeto, el proteger el sistema financiero y la economía nacional, a través de medidas y procedimientos para prevenir y detectar actos u operaciones que involucren recursos de procedencia ilícita, a través de una coordinación interinstitucional, que tenga como fines recabar elementos útiles para investigar y perseguir los delitos de operaciones con recursos ilícitos, los relacionados con estos últimos, las estructuras financieras de las organizaciones delictivas y evitar el uso de los recursos para su financiamiento, como se señala en su artículo 2.

Las reglas de la ley antilavado, se enfocan en instrumentar un sistema permanente de reporteo y control a cargo de los particulares que realizan actividades calificadas como vulnerables, el cual dote a las autoridades de manera oportuna y continua de información de calidad sobre quiénes están realizando actividades de este tipo, que puedan resultar sospechosas para, con base en ella, desarrollar investigaciones e integrar evidencia y reportes

sólidos de inteligencia financiera que les permitan soportar adecuadamente sus acusaciones en juicio.

En el artículo 17 se establecen una serie de actividades que —según se advierte de la exposición de motivos respectiva— son consideradas en el ámbito internacional como más propensas a ser utilizadas para el blanqueo de recursos de procedencia ilícita. Dicho precepto, en relación a la actividad notarial, señala:

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

[...]

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

A. Tratándose de los notarios públicos:

a) La transmisión o constitución de derechos reales sobre inmuebles, salvo las garantías que se constituyan en favor de instituciones del sistema financiero u organismos públicos de vivienda.

Estas operaciones serán objeto de Aviso ante la Secretaría cuando en los actos u operaciones el precio pactado, el valor catastral o, en su caso, el valor comercial del inmueble, el que resulte más alto, o en su caso el monto garantizado por suerte principal, sea igual o superior al equivalente en moneda nacional a dieciséis mil veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal;

b) El otorgamiento de poderes para actos de administración o dominio otorgados con carácter irrevocable. Las operaciones previstas en este inciso siempre serán objeto de Aviso;

c) La constitución de personas morales, su modificación patrimonial derivada de aumento o disminución de capital social, fusión o escisión, así como la compraventa de acciones y partes sociales de tales personas.

Serán objeto de Aviso cuando las operaciones se realicen por un monto igual o superior al equivalente a ocho mil veinticinco veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal;

d) La constitución o modificación de fideicomisos traslativos de dominio o de garantía sobre inmuebles, salvo los que se constituyan para garantizar algún crédito a favor de instituciones del sistema financiero u organismos públicos de vivienda.

Serán objeto de Aviso cuando las operaciones se realicen por un monto igual o superior al equivalente a ocho mil veinticinco veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal;

e) El otorgamiento de contratos de mutuo o crédito, con o sin garantía, en los que el acreedor no forme parte del sistema financiero o no sea un organismo público de vivienda.

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

La actualización de cualquiera de las actividades vulnerables previstas en el artículo arriba indicado da lugar al cumplimiento de una serie de obligaciones para los notarios públicos, las cuales están previstas en el artículo 18 de la *ley antilavado*, las cuales consisten en:

I. Identificar a los clientes y usuarios con quienes realicen las propias Actividades sujetas a supervisión y verificar su identidad basándose en credenciales o documentación oficial, así como recabar copia de la documentación;

II. Para los casos en que se establezca una relación de negocios, se solicitará al cliente o usuario la información sobre su actividad u ocupación, basándose entre otros, en los avisos de inscripción y actualización de actividades presentados para efectos del Registro Federal de Contribuyentes;

III. Solicitar al cliente o usuario que participe en Actividades Vulnerables información acerca de si tiene conocimiento de la existencia del dueño beneficiario y, en su caso, exhiban documentación oficial que permita identificarlo, si ésta obrare en su poder; en caso contrario, declarará que no cuenta con ella;

IV. Custodiar, proteger, resguardar y evitar la destrucción u ocultamiento de la información y documentación que sirva de soporte a la Actividad Vulnerable, así como la que identifique a sus clientes o usuarios.

La información y documentación a que se refiere el párrafo anterior deberá conservarse de manera física o electrónica, por un plazo de cinco años contados a partir de la fecha de la realización de la Actividad Vulnerable, salvo que las leyes de la materia de las entidades federativas establezcan un plazo diferente

V. Brindar las facilidades necesarias para que se lleven a cabo las visitas de verificación en los términos de esta Ley, y

VI. Presentar los Avisos en la Secretaría en los tiempos y bajo la forma prevista en esta Ley.

Estos avisos a que se refiere el artículo 18 de la LFPIORPI deben presentarse a través de los medios electrónicos y en el formato oficial que establezca la Secretaría (así lo establece el artículo 24 de dicha ley), debiendo contener respecto del acto u operación relacionados con la actividad vulnerable, la descripción general de la Actividad vulnerable sobre la cual se está dando Aviso.

En este sentido, a los notarios y corredores públicos, se les tendrán por cumplidas las obligaciones de presentar dichos avisos, mediante el sistema electrónico por el que informen o presenten las declaraciones y avisos a que se refieren las disposiciones fiscales federales.

Si fuera el caso de que el notario público incumpla con estas obligaciones, la Secretaría deberá informar de la infracción cometida a la autoridad competente, a fin de que se supervise la función notarial, a efecto de que

ésta proceda a la cesación del ejercicio de la función del infractor y la consecuente revocación de su patente, previo procedimiento que al efecto establezcan las disposiciones jurídicas que rijan su actuación.

La sanción de revocación, como lo señala el artículo 58 de la ley en cuestión, puede darse por notorias deficiencias en el ejercicio de la función notarial, como en el caso de la *reincidencia* en la violación a lo dispuesto en el artículo 53 de la LFPIORPI, en sus fracciones I, II, III, IV y V —aplicándose la multa correspondiente— en los casos de que los notarios públicos:

I. Se abstengan de cumplir con los requerimientos que les formule la Secretaría en términos de la ley;

II. Incumplan con cualquiera de las obligaciones establecidas en el artículo 18;

III. Incumplan con la obligación de presentar en tiempo los avisos a que se refiere el artículo 17. La sanción prevista en este supuesto será aplicable cuando la presentación del aviso se realice a más tardar dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que debió haber sido presentado. En caso de que la extemporaneidad u omisión exceda este plazo, la Secretaría se abstendrá de sancionar al infractor, por una sola vez, en caso de que se trate de la primera infracción en que incurra, siempre y cuando cumpla, de manera espontánea y previa al inicio de las facultades de verificación de la Secretaría, con la obligación respectiva y reconozca expresamente la falta en que incurrió;

IV. Incumplan con la obligación de presentar los avisos sin reunir los requisitos a que se refiere el artículo 24 que hemos ya señalado;

V. Incumplan (como lo señala el artículo 33) con identificar en los instrumentos en los que hagan constar cualquiera de los actos u operaciones, la forma en la que se paguen las obligaciones que de ellos deriven cuando las operaciones tengan un valor igual o superior al equivalente a ocho mil veinticinco veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal.

Si es el caso de que el valor de la operación sea inferior a la cantidad antes referida, o cuando el acto u operación haya sido total o parcialmente pagado con anterioridad a la firma del instrumento, bastará la declaración que bajo protesta de decir verdad hagan los clientes o usuarios.

En los casos distintos, los demás actos u operaciones a que se refieren las fracciones II a VII del artículo 32 de la ley antilavado, deberán formalizarse mediante la expedición de los certificados, facturas o garantías que correspondan, o de cualquier otro documento en el que conste la operación, y se verificarán previa identificación de quienes realicen el acto u operación, así como, en su caso, del Beneficiario Controlador, en dichos documentos se deberá especificar la forma de pago y anexar el comprobante respectivo. Al respecto el artículo 32 señala textualmente:

Artículo 32.—Queda prohibido dar cumplimiento a obligaciones y, en general, liquidar o pagar, así como aceptar la liquidación o el pago, de actos u operaciones mediante el uso de monedas y billetes, en moneda nacional o divisas y Metales Preciosos, en los supuestos siguientes:

I. Constitución o transmisión de derechos reales sobre bienes inmuebles por un valor igual o superior al equivalente a ocho mil veinticinco veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal, al día en que se realice el pago o se cumpla la obligación;

II. Transmisiones de propiedad o constitución de derechos reales sobre vehículos, nuevos o usados, ya sean aéreos, marítimos o terrestres por un valor igual o superior al equivalente a tres mil doscientas diez veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal, al día en que se realice el pago o se cumpla la obligación;

III. Transmisiones de propiedad de relojes, joyería, Metales Preciosos y Piedras Preciosas, ya sea por pieza o por lote, y de obras de arte, por un valor igual o superior al equivalente a tres mil doscientas diez veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal, al día en que se realice el pago o se cumpla la obligación;

IV. Adquisición de boletos que permita participar en juegos con apuesta, concursos o sorteos, así como la entrega o pago de premios por haber participado en dichos juegos con apuesta, concursos o sorteos por un valor igual o superior al equivalente a tres mil doscientos diez veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal, al día en que se realice el pago o se cumpla la obligación;

V. Prestación de servicios de blindaje para cualquier vehículo de los referidos en la fracción II de este artículo o bien, para bienes inmuebles por un valor igual o superior al equivalente a tres mil doscientas diez veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal, al día en que se realice el pago o se cumpla la obligación;

VI. Transmisión de dominio o constitución de derechos de cualquier naturaleza sobre los títulos representativos de partes sociales o acciones de personas morales por un valor igual o superior al equivalente a tres mil doscientas diez veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal, al día en que se realice el pago o se cumpla la obligación, o

VII. Constitución de derechos personales de uso o goce de cualquiera de los bienes a que se refieren las fracciones I, II y V de este artículo, por un valor igual o superior al equivalente a tres mil doscientas diez veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal, mensuales al día en que se realice el pago o se cumpla la obligación.

De igual manera, la sanción de revocación, operará en el caso de la *violación* a lo previsto en las fracciones VI y VII del mencionado artículo 53, es decir, cuando:

VI. Omitan presentar los avisos a que se refiere el artículo 17 de esta Ley, y

VII. Participen en cualquiera de los actos u operaciones prohibidos por el artículo 32.

Es de destacar que la imposición de las sanciones anteriores, se llevará a cabo sin perjuicio de las demás multas o sanciones que resulten aplicables.

Una vez señalado el marco legal de la actuación de los notarios públicos en relación a las actividades vulnerables que dan lugar a la aplicación de las obligaciones previstas en la ley antilavado, es necesario realizar algunas precisiones.

Las actividades vulnerables que dan lugar a la aplicación de las obligaciones previstas en la ley antilavado, están directamente vinculadas al ámbito financiero y comercial, y pretenden utilizarse como una herramienta de combate al blanqueo de recursos de procedencia ilícita y su eventual uso en la comisión de actos delictivos en detrimentos de la sociedad y la seguridad pública nacional.

El artículo 17 de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita prevé las actividades que el legislador consideró “vulnerables” en relación con las operaciones con recursos de procedencia ilícita, mientras que el numeral 18 del mismo ordenamiento establece determinadas obligaciones, prohibiciones y límites. Dicha ley, además, contiene una serie de sanciones aplicables en caso de incumplimiento.

Y es que recordemos que en la exposición de motivos y hasta la emisión de la *ley antilavado*, se advierte que sólo las instituciones financieras se encontraban sujetas a un régimen normativo específico encaminado a la prevención y combate a las operaciones con recursos de procedencia ilícita. La regulación en esta materia se encontraba dispersa en once ordenamientos legales distintos, correspondientes a cada uno de los sectores del sistema financiero del país y su implementación se realizaba a través de disposiciones de carácter general emitidas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que carecían del carácter general.

Como consecuencia de lo anterior, el legislador decidió incluir determinadas actividades económicas distintas a las financieras como sujetas a supervisión para detectar o prevenir operaciones con recursos de procedencia ilícita, debido a la creciente infiltración del crimen organizado en actividades económicas para el blanqueo de su capital, de modo que la delincuencia buscó otros medios para ocultar la procedencia de sus recursos, utilizando el sector no financiero de la economía, como ámbito que no había sido regulado en materia de operaciones con recursos de procedencia ilícita.

No obstante que la regulación era dirigida hacia las entidades financieras, el Poder Legislativo también estimó que la economía criminal se vinculaba con la economía formal a través de complejos esquemas de negocios, penetrando profundamente en los mercados y constituyendo un elemento crítico y volátil en la economía global; por lo que consideró fundamental dotar de un marco jurídico que diera bases suficientes a las autoridades para avanzar en la prevención y combate al lavado de dinero, incluyendo nuevos sujetos obligados no financieros.

Y es que, por la naturaleza de las actividades (o por el acceso a la información relativa a dichas operaciones) que realizan determinados sujetos del sector no financiero —como es el caso de la actividad notarial— se pueden presentar vulnerabilidades que pueden ser utilizadas en operaciones con recursos de procedencia ilícita.

Ya en el reporte de evaluación mutua emitido en octubre de 2008, el GAFI determinó incumplimientos por parte del gobierno de México a sus 40 recomendaciones en materia de prevención de lavado de dinero y sus 9 recomendaciones especiales para combatir el financiamiento al terrorismo, argumentando que las leyes que penalizan el lavado de dinero y el financiamiento al terrorismo, no respondían plenamente a las normas internacionales, y no había margen para mejorar significativamente su aplicación.

Además refirió que no había margen para la mejora significativa de la legislación en la materia y los negocios y profesiones no financieros, siendo una pieza fundamental en la estrategia de prevención y combate en contra del lavado de dinero y financiamiento al terrorismo, puesto que carecían de regulación.

Y es que, dentro de los sujetos no financieros, quedan comprendidos ciertos tipos de negocios y profesiones legítimas, que por sus características propias pueden servir a la delincuencia organizada como medio de acceso de los recursos ilícitos a la economía formal, con la finalidad de ocultar su procedencia delictiva, como es el caso de la función notarial.

Es por ello que el notario, como sujeto no financiero, debe ser eficazmente vinculado a la responsabilidad social y legal de actuar como “gatekeepers” (como se les conoce en las legislaciones avanzadas para combatir este delito) o sujetos de prevención de la realización de operaciones con recursos de procedencia ilícita y de financiamiento al terrorismo.

Es decir, el notario juega un papel importante en la instrumentación del sistema permanente de reporteo y control a cargo de los particulares que realizan actividades calificadas como vulnerables, para dotar a las autoridades —de manera oportuna y continua— de información de calidad, sobre quiénes están realizando actividades de este tipo, para que, en aquellas que

puedan resultar sospechosas, la autoridad desarrolle las investigaciones a fin de integrar evidencias y reportes sólidos de inteligencia financiera, que les permitan soportar adecuadamente sus acusaciones en juicio.

La *ley antilavado* fue una respuesta a la necesidad de una política de prevención de lavado de dinero mexicana, que articulara de manera global con los modelos internacionales, tanto de América del Norte como Latinoamericanos y Europeos, que han adoptado las mejores prácticas internacionales, a efecto de que se incluya a todos los sectores susceptibles a recibir o realizar operaciones con fondos de procedencia ilícita.

La incorporación de los sujetos del sector no financiero, como es el caso de la actividad notarial, obedeció a razones objetivas, específicamente, al hecho de que, conforme a las mejores prácticas internacionales y al contexto nacional, fueron consideradas como las más propensas a ser utilizadas por la delincuencia para el blanqueo de sus recursos.

Ya la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado respecto de las obligaciones a que se refiere el, ya citado, artículo 18 de la ley antilavado, al indicar que responden a la necesidad de proteger el interés público, pues la actividad de los agentes, aunque lícita, no debe afectar el derecho de la sociedad a contar con un sistema financiero y económico estable, es decir, sin injerencia de recursos de procedencia ilícita que, desde luego, tienden a ser utilizados para dar continuidad a la comisión de delitos.

Dicho precepto no establece, en ninguna forma, una obligación de prestar un servicio público que en todo caso correspondería al Estado o distinto de aquellos que la Constitución Federal considera como obligatorios, es decir, el de las armas, los jurados, concejiles o de elección popular. En realidad, las obligaciones a que se refiere el precepto reclamado forman parte de la coordinación interinstitucional prevista en el artículo 2º de la *ley antilavado*, es decir, a aquella que tiene como fines recabar elementos útiles para investigar y perseguir los delitos de operaciones con recursos de procedencia ilícita, los relacionados con estos últimos, las estructuras financieras de las organizaciones delictivas y evitar el uso de los recursos para su financiamiento.

Es claro que proteger el sistema financiero y la economía nacional del blanqueo de recursos provenientes de actividades ilícitas es una labor compleja que atañe, para su eficaz combate, no sólo a los órganos de gobierno, sino también requiere de la colaboración de los gobernados y, por supuesto también de los notarios, al resguardar la información y documentación que soporta su actividad, así como los datos que permitan la identificación de sus clientes, pues precisamente son los que tienen contacto directo con estos

últimos y la mayor posibilidad de recabar los datos de la operación respectiva susceptible de provenir de actividades ilícitas; siendo necesario destacar que los notarios no se convierten, con ello, en autoridades de hecho, pues su conducta es parte del cumplimiento de una ley que en todo momento les reconoce el carácter de particulares en ejercicio de una actividad ajena al sector financiero y que, para poder llevar a cabo determinadas operaciones, deben cumplir con ciertos requisitos y cargas en el desempeño de las mismas, pues corresponde a la autoridad administrativa competente (Secretaría de Hacienda y Crédito Público o la Unidad de Inteligencia Financiera) recibir y utilizar la documentación e información recabada para emitir actos concretos de autoridad.

Es necesario precisar que, aun cuando se considere que una determinada operación en efectivo tiene inmersos recursos de procedencia ilícita, dicha circunstancia deberá ser investigada por la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) de la Procuraduría General de la República, previa denuncia correspondiente, en términos del artículo 7º de la LFPIORPI y siempre mediando una sentencia definitiva que disipe la presunción de inocencia de los probables responsables.

III. CONCLUSIONES

Aun cuando las autoridades han repetido que el único propósito de la ley antilavado es detectar recursos de procedencia ilícita y no fiscalizar a los particulares, ésta —en realidad— ha sido utilizada por la autoridad fiscal para detectar discrepancias entre lo declarado, lo percibido y gastado por éstos.

Por ello, los notarios públicos deben recomendar a los particulares, contar con evidencia clara y contundente sobre la forma en que realizan sus operaciones; porque además de comprobar fehacientemente el pago, se deben pagar accesorios de las contribuciones correspondientes que se causaron, por ejemplo, desde que hubo pago, y las voluntades acordaron precio y cosa, en el caso de una compraventa.

Nuestro país está cumpliendo con los lineamientos internacionales a los que se comprometió en la lucha contra el lavado de dinero por la delincuencia organizada, pero la tarea también es de los particulares —personas físicas y morales— quienes deben adecuar sus mejores prácticas para evitar caer en el incumplimiento de las obligaciones prevista en la ley.

Pero también las autoridades deben adecuar y flexibilizar la aplicación de la ley antilavado, conforme a la experiencia que se ha venido adquirien-

OBLIGACIONES DEL NOTARIO EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE LAVADO DE DINERO ♦ García 259

do, con el objetivo de evitar que su observancia constituya una carga más para la economía formal, que —finalmente— es a la única que en realidad se aplicará; pues sin duda alguna, un efecto colateral de esta *ley antilavado*, también es impedir la proliferación de la economía informal en nuestro país.

SOBRE EL CONCEPTO DE COSA EN LA TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS REALES

José Joaquín Herrera Villanueva¹

I. INTRODUCCIÓN

En el lenguaje jurídico los términos cosa y bien: ¿son sinónimos? o ¿son conceptos distintos?

Para algunos autores, los vocablos jurídicos cosa y bien son términos sinónimos. Por tal motivo, resulta irrelevante su distinción. Incluso afirman que el Código Civil para el Distrito Federal no distingue dichos conceptos y los utiliza como sinónimos.²

Otros autores, opinan que en el ámbito jurídico sí existe una distinción entre los conceptos de bien y cosa. Afirmando que el concepto de bien se refiere a toda cosa susceptible de apropiación particular.³

Para otros estudiosos del tema, el término bien, en sentido jurídico, es toda cosa que puede ser objeto de una relación jurídica.⁴

Pero, en ambos casos, explican que dicha diferencia es meramente técnica o doctrinal, en razón de que el Código Civil,⁵ utiliza como sinónimos los términos cosa o bien para referirse a uno de los posibles objetos de la

¹ Notario Público número 33 de la Ciudad de México.

² Los ejemplos abundan, en los Libros I y III del Código Civil para el Distrito Federal se utiliza el término “bien” y esporádicamente el término cosa. Inversamente sucede en los Libros II y IV del citado Código.

³ Como fundamento se hace valer los artículos 747 a 749 del Código Civil para el Distrito Federal.

⁴ Se fundamentan en los artículos 1824 fracción I, 1825, 2011 a 2026 del Código Civil para el Distrito Federal.

⁵ Por Código Civil, me refiero al vigente en la Ciudad de México.

relación jurídica, *v.gr.* el artículo 750, utiliza el término “bienes inmuebles” y por su parte el artículo 2818 menciona el término “cosa inmueble”.⁶

Algunos otros estudiosos del tema mencionan que el Código Civil, sí distingue los conceptos de cosa y de bien.

A fin de distinguir los conceptos de cosa y de bien se han elaborado básicamente los siguientes criterios:

1. El que toma en cuenta sus cualidades físicas que permiten la posibilidad de ser apreciados por los sentidos. Bajo este criterio, los bienes corpóreos reciben el nombre de cosa.
2. El que toma en cuenta sus cualidades como satisfactor de una necesidad. Bajo este criterio los bienes son una especie de las cosas.
3. El que toma en cuenta su posibilidad de ser objeto de una relación jurídica. Bajo este criterio los bienes son una especie de las cosas.
4. El que toma en cuenta su posibilidad de ser objeto de un derecho real. Bajo este criterio las cosas son una especie del género bien.

Incluso algunos autores toman uno, varios o todos los criterios anteriores para diferenciar los conceptos de bien y cosa. En efecto, afirman que el concepto de bien, hace referencia a que la cosa tenga la característica de ser útil y que el ordenamiento jurídico le reconozca la aptitud de ser objeto de una relación jurídica. De tal manera, que aquellas entidades que carezcan de utilidad o el ordenamiento jurídico no les otorgue la posibilidad de ser objeto de una relación jurídica no serán bienes, sino tan sólo cosas. La característica de utilidad que tiene la cosa es lo que determina que sea susceptible de apropiación y por ende la posibilidad de ser objeto de una relación jurídica. De tal manera que el género es cosa y bien es la especie.

Los bienes se distinguen de las cosas como la especie del género. Todos los bienes son cosas, todo lo que tiene existencia, todo lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta. Mas, entre las cosas, sólo son bienes aquellas susceptibles de apropiación.⁷

Otros estudiosos de este tema, señalan que en el lenguaje jurídico el término bien es el género y reservan el término cosa, para aquellos bienes que pueden ser objeto del derecho de propiedad y de los demás derechos reales.

Todo lo anterior provoca una confusión terrible al acercarnos a la interpretación de un texto legal o doctrinal.

⁶ Salvo que se indique la pertenencia a un ordenamiento en particular. Todos los artículos a que hago referencia corresponden al vigente Código Civil para el Distrito Federal.

⁷ ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel *Curso de Derecho Civil*, Editorial Nascimento, Santiago, 1940, p. 179.

Se puede afirmar que la regulación de la riqueza o de los satisfactores, es decir, de aquellas cosas que tienen la posibilidad de ser útiles y aprovechables, es lo que fundamenta que una persona pueda adquirirla, en donde la susceptibilidad de apropiación privada fundamenta la paz social.

Este tema es trascendente, en la medida de que no es posible analizar adecuadamente los derechos reales, ni entender su estructura, ni comprender las consecuencias jurídicas que originan, sin tener un concepto claro y definido de lo que es una cosa o un bien.

La expresión derechos reales o derecho de cosas, afirman algunos autores son sinónimas. En razón, de que ambas hacen referencia al objeto del derecho:⁸ la cosa. Incluso se menciona que el término cosa proviene del latín *res* y que en éste sentido se acuñó el término jurídico *ius in rem*, cuestión que se analizará en los siguientes apartados de esta investigación.

II. ETIMOLOGÍA Y SIGNIFICADO

Etimológicamente, el término latino *Res, rei. f. Cic.* significa: "La cosa. Negocio, asunto. Utilidad, interés. Hacienda, bienes de fortuna. Heredad, patrimonio".⁹

Aunque esta postura no es pacífica, podemos encontrar serias discusiones sobre su etimología e incluso sobre su significado.

El diccionario de la Real Academia Española señala que la palabra "cosa" viene del latín: *causa, f.* Todo lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta.¹⁰

Como se observa, su etimología no proviene del término latino *res*, sino de *causa*: "causa, motivo". Y le asigna los siguientes significados:

1. f. Lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, concreta, abstracta o virtual.

2. f. Objeto inanimado, por oposición a ser viviente.

3. f. Asunto, tema o negocio.

4. f. Der. En contraposición a persona o sujeto, objeto de las relaciones jurídicas. En el régimen de esclavitud el esclavo era una cosa.

⁸ WOLFF, Martin y RAISER, Ludwig afirman: "Objeto de los derechos reales son más bien *cosas particulares*", cfr. ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, *Tratado de Derecho Civil*, 3a. ed., Tomo III, Volumen 1º, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1971, p. 3.

⁹ MANUEL DE VALBUENA, *Diccionario Universal Latino-Español*, Imprenta Real, Madrid, 1829, p. 642.

¹⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Talleres Calpe, Madrid, 1925, p. 347.

5. f. Der. Objeto material, en oposición a los derechos creados sobre él y a las prestaciones personales.

6. f. Der. bien.¹¹

Observamos que la Real Academia Española refiere que uno de los significados del término cosa, es todo aquello que puede ser objeto de una relación jurídica, y le asigna el término bien como propio del lenguaje jurídico.

El término latino *Bona, orum. n. plur. Cic.* Bienes, riquezas, medios, facultades.¹²

Por su parte, la Real Academia Española, enseña que la palabra bien viene del latín *bene*,¹³ y le asigna, entre otros, los siguientes significados:

1. m. Aquello que en sí mismo tiene el complemento de la perfección en su propio género, o lo que es objeto de la voluntad, la cual ni se mueve ni puede moverse sino por el bien, sea verdadero o aprehendido falsamente como tal.

2. m. Utilidad, beneficio. El bien de la familia.

3. m. Patrimonio, hacienda, caudal. U. m. en pl.

4. m. Econ. Todo aquello que es apto para satisfacer, directa o indirectamente, una necesidad humana.

5. m. Fil. En la teoría de los valores, la realidad que posee un valor positivo y por ello es estimable.

6. m. pl. Der. Cosas materiales o inmateriales en cuanto objetos de derecho.¹⁴

En la última acepción transcrita, la Real Academia Española, considera que bien, son las cosas que pueden ser objeto de una relación jurídica.

III. INSTITUTAS Y DIGESTO

En el *principium* y en el párrafo 11 del Título I “De la división de las cosas” del Libro 2º de las *Institutas* de Justiniano, en una atenta lectura parece referirse a las cosas como aquellas que pueden ser objeto del dominio:

Expusimos en el libro anterior lo relativo al derecho de las personas: veamos ahora lo que respecta á las cosas (*rebus*), las cuales, ó están en nuestro patrimonio, ó se hallan fuera de nuestro patrimonio. Algunas, pues, son por derecho

¹¹ *Diccionario de la Real Academia Española*, voz: cosa. Consultado en línea.

¹² VALBUENA, *op. cit.*, p. 100.

¹³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *op. cit.*, p. 167.

¹⁴ *Diccionario de la Real Academia Española*, voz: cosa. Consultado en línea.

natural comunes á todos, algunas públicas, otras de la universalidad, otras de nadie, y de particulares la mayoría, las cuales son adquiridas para cada cual de varias maneras...

...11.- Las cosas (*res*)¹⁵ se hacen de muchas maneras de los particulares; en efecto, el dominio de algunas cosas lo adquirimos por derecho natural, que según dijimos, se llama derecho de gentes; el de otras, por derecho civil.

Por su parte en la *lege 1*, del Título VIII “De la división y cualidad de las cosas” del Libro 1º del *Digesto*, parece llamar bienes a las cosas que son objeto del dominio.

1. Gayo, libro II. de las Instituciones.- Toda la división de las cosas (*rerum*) se reduce a dos artículos o especies; porque unas son del derecho divino, y otras del derecho humano...

...Lo que es de derecho divino no pertenece a los bienes (*bonis*) de algún particular: aquello que es del derecho humano, corresponde las mas veces a los bienes (*bonis*) de alguno...

...Aquellas cosas (*res*) que son de derecho humano, o son públicas o privadas: las que son públicas, se cree que no están en los bienes (*bonis*) de alguno; porque se reputan por de la misma universidad; las privadas son las que son de cada uno.¹⁶

En el Derecho romano, los hoy llamados derechos reales, sólo podían tener por objeto las *res corporales*. Los derechos reales se encontraban cosificados. Para este sistema jurídico, la cosa como objeto de un derecho real necesariamente era algo material, es decir, con una existencia corpórea, física y apreciable por los sentidos.

La cosa era algo perceptible mediante los sentidos, integrante del mundo físico, que era concebida como separada, desde una óptica económica, funcional y material. A menudo las fuentes hablan de un cuerpo.¹⁷

El concepto de cosa en el Derecho romano que nos ha llegado tuvo una gran importancia, ya que incluso fue utilizado para sistematizar la normatividad de su régimen jurídico. Es bien conocida la división tripartita del derecho objetivo que acuñaron los jurisconsultos romanos: personas, cosas y acciones.

¹⁵ *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, traducido por Ildefonso L. García del Corral, Primera Parte, Instituta-Digesto, Tomo I, s/a, Barcelona, pp. 30-31.

¹⁶ JUSTINIANO, *El Digesto del Emperador Justiniano*, traducción de Don Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca, Edición Facsimilar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2007, pp. 55-56.

¹⁷ RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D., *Derecho romano*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 317.

Se conoce el famoso plan de exposición de Derecho seguido por Gaius, y que pasó en seguida, por intermedio de las Institutas de Justiniano, hasta nuestros Códigos modernos: Omne... jus, quo utimur vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones.¹⁸

Eugene Petit entiende que el concepto de *res* se identifica con el concepto de cosa.

La palabra *res* tiene un sentido tan amplio como el que corresponde a la palabra cosa en nuestro lenguaje. Comprende todo lo que puede procurar a las personas alguna utilidad, y el jurisconsulto estudia las cosas en su relación con las personas, desde el punto de vista de los beneficios que les pueden prestar. Estas relaciones se llaman derechos, y tienen más o menos fuerza. La persona que puede disponer de una cosa a su capricho, enajenarla y hasta destruirla, tiene el derecho más completo, que es derecho de propiedad.

En realidad, el estudio de las cosas consiste en el análisis de estos derechos. Pero antes de abordar esta importante materia indicaremos las principales divisiones que los romanos hicieron de las cosas...

...De las cosas en el patrimonio y de las cosas fuera del patrimonio de los particulares. Según las instituciones de Justiniano, todas las cosas se dividían en dos categorías: Las unas se encuentran colocadas fuera del patrimonio de los particulares: son las cosas que su naturaleza misma hacen insusceptibles de apropiación individual, por ejemplo, las pertenecientes a una nación o a una ciudad, o ciertas cosas que pueden ser apropiadas, pero de las cuales nadie se ha apoderado todavía. Las otras, por el contrario, forman parte del patrimonio de los particulares... Esto es, como una comprobación de hecho que se sobrepone a la materia, puesto que se aplica a todas las cosas sin excepción. Pero no es nunca una verdadera división, porque carece de aspecto jurídico.¹⁹

Por su parte Juan Iglesias pone en relevancia la posibilidad de que la cosa (*res*) pueda ser objeto de una relación jurídica patrimonial y por tanto formar parte del patrimonio del sujeto de derecho.

Cosa —*res*—, en el sentido propio, es todo objeto del mundo exterior sobre el cual pueden recaer derechos. El campo de las cosas se limita a los objetos materiales o corpóreos —el *praedium*, el *servus*, el *supellex*, la *pecunia numerata*—, y no a todos, sino a aquellos que son jurídicamente comerciables.

Esta noción es conforme con la vieja mentalidad romana, para la cual no son cosas las prestaciones, los servicios, las entidades inmateriales.

¹⁸ RIGAUD, Luis, *El Derecho Real, historia y teorías, su origen institucional*, Reus, Madrid, 2004, p. 36.

¹⁹ PETIT, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Editora Nacional, México, 1958, p. 165.

Gayo trae al terreno jurídico una distinción elaborada por los filósofos: la distinción entre res corporales y res incorporales. Segundo el jurista romano, son corporales las cosas que se pueden tocar —quae tangi possunt—, como un fundo, un esclavo, un vestido, una masa de oro o de plata; incorporales, las no tangibles —quae tangi non possunt— esto es, las que in iure consistunt, como una herencia, un usufructo, las obligaciones contraídas de cualquier modo, las servidumbres rústicas y urbanas.

Como se ve, Gayo no enumera entre los derechos —res incorporales— la propiedad, por considerar materializado el derecho en su objeto; la propiedad queda absorbida en las res corporales. Con esta distinción no se destruye ni se amplía el concepto propio de res, que se refiere siempre a la cosa material, al corpus. No se trata, en realidad, de una distinción técnica entre las res, sino de una clasificación de elementos del patrimonio, en la cual la propiedad se unimisma con la cosa. Res se entiende aquí en el sentido patrimonial. El patrimonio está constituido por cosas - se nombran las cosas en lugar del derecho de propiedad- y por derechos: derechos sobre cosa ajena, créditos, titularidad de una herencia, etcétera. Por derechos patrimoniales distintos del derecho de propiedad, que se confunde con la cosa sobre que recae; que es, en todo caso, res incorporalis.

... “Res in patrimonio” y “res extra patrimonium”. “Res in comercio” y “res extra commercium”. Gayo abre el tratado de rebus con la distinción entre res in patrimonio y res extra patrimonium.

La distinción entre res in patrimonio y res extra patrimonium alude a un derecho o situación actual: al hecho de que la cosa esté o no comprendida en el patrimonio de una persona. Se considera equivalente otra distinción que, aunque no formulada de modo expreso, corre en el lenguaje de las fuentes: la distinción entre res in commercio y res extra commercium. Verdad es todavía que el criterio básico estriba aquí en la posibilidad o imposibilidad legal de que la cosa sea objeto de negocio jurídico patrimonial...

...Las res extra commercium son tales, o por prescripción de la norma divina, o por mandato de la norma positiva.²⁰

Pero aún, los tratadistas de Derecho romano no se ponen de acuerdo, sobre esta cosificación de los derechos reales. René Foignet, menciona que se debe entender por bien todo lo que puede procurar una utilidad cualquiera al hombre, como un caballo, una casa, etcétera.²¹

²⁰ IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado*, Ariel, Barcelona, 1987, pp. 237-239.

²¹ FOIGNET, René, *Manual Elemental de Derecho Romano*, Editorial José M. Cajica, Jr., Puebla, 1956, p. 87.

Por su parte, Heineccio enseña que el género es la cosa y la especie es el bien. Este autor sigue el criterio de que las cosas que pueden ser objeto del derecho de propiedad, reciben el nombre de bien, veamos:

...explicaremos qué entendían los jurisconsultos romanos por cosa.

Los jurisconsultos distinguen las palabras cosa y bienes, tomando aquella latamente, y esta en un sentido más estricto. Se llaman cosas todas las que existen y pueden prestar al hombre alguna utilidad, ya estén en su patrimonio ó fuera de él. Así, por ejemplo, el agua, el aire, el mar son cosas, aunque no están en el patrimonio, de nadie. Al contrario las que forman nuestro patrimonio se llaman bienes (en latín *pecunia*)...

...de suerte que en esta palabra no solo comprendían los jurisconsultos el dinero sino todo lo que compone el caudal del hombre, como siervos, rebaños, campos y predios. Así en las XII Tablas se decía: Téngase por lei lo que disponga el padre de familia acerca de sus bienes (*pecunia*), ó de la tutela de sus hijos. Y san Agustín, *De doctrina christiana*, c. 6. P. 585. Tom. 6º de sus obras, dice: Todo lo que poseen los hombres, aquello de que son dueños, se llama dinero, ora sea un esclavo, ora un vaso, un campo, un árbol, ó un ganado; cualquiera de estas cosas se llama dinero. La razón de esta denominación jurídica, es porque la mayor parte de las riquezas de los antiguos consistían en rebaños y bestias de carga; derivándose de la voz latina *pecudes*, muchos vocablos, que significan riqueza, como *pecunia*, *peculum*, *peculatus*.²²

Tradicionalmente se ha sistematizado el estudio del Derecho Civil, siguiendo a Gayo, se trata primero el estudio de la Persona y posteriormente se estudian los bienes.

En este Libro se trata de aquellas cosas que están en nuestro dominio, y fuera de él; pues unas cosas por Derecho Natural, son comunes, otras públicas, y otras del común, o particulares, y de ninguno, según se dirá.²³

Las cosas caen en dominio de los hombres, o por Derecho Natural, o Civil.²⁴

El profesor Hans Hattenhauer desde su docto punto de vista explica la dificultad en que se encuentra el jurista para aprender el concepto de *res* (cosa) y nos da noticia de la evolución de este término, veamos.

El hecho de poder aprehender, “com-prender” las cosas individuales, enmascara fácilmente la noción de que el concepto “cosa” es uno de los más abstractos e inconcretos del Derecho. Semánticamente, “cosa” está emparentada con “contra-decir” (*Sache-sagen*, en alemán) y significaba originariamente “causa, proceso” ...

²² GOTTL HEINECCIO, J., *Recitaciones del Derecho Civil según el Orden de la Instituta*, Tomo I, Librería de Garnier Hermanos, s/a, París, pp. 351-352.

²³ BERNI, Joseph, *Instituta Civil, y Real*, Joseph Estevan y Cervera, Valencia, 1775, p. 61.

²⁴ *Ibid.*, p. 65.

...La trayectoria lingüística en virtud de la cual “la cosa”, partiendo de significar proceso, vino a dar en su sentido actual, encuentra analogía en inglés, puesto que la duplicidad semántica de thing como asunto judicial y como “cosa” es enorme. Como quiera que también la palabra alemana Ding no significó en su origen otra cosa que procedimiento judicial, se explica que el refrán “las cosas de palacio van despacio” advierta de que en el palacio (de justicia) hay que dar tiempo al tiempo. Idéntica trayectoria siguió la palabra latina causa (proceso) hasta convertirse en la francesa chose.

Sin embargo, el moderno concepto de cosa tuvo escasos precedentes en el Derecho de la Edad Media. La perspectiva con la que la filosofía escolástica contemplaba a hombres y cosas, tenía su origen en la Biblia...

...los juristas de la alta y baja Edad Media aprendían en el Corpus iuris civilis, qué es en sentido jurídico una cosa (res), pese a que las fuentes romanas desconocían una definición concluyente del concepto de cosa...

...El término y la esencia se dieron por supuestas, y solamente tomaron nota intuitiva de sus cualidades más sobresalientes con vistas a una utilización práctica (Dig. 1, 8, 1):

Algunas cosas son corpóreas; otras, incorpóreas. Corpóreas son aquellas que pueden percibirse sensorialmente, como por ejemplo el terreno, el hombre (esclavo), la vestimenta, el oro, la plata y en general un sinnúmero de cosas. Incorpóreas son aquellas que no se pueden percibir sensorialmente; así aquellas que existen como derechos, por ejemplo la herencia, el usufructo, la obligación jurídica de pago o también los contratos.

Res/cosa lo era todo para los romanos, y precisamente por ello no era nada en el sentido de la dogmática jurídica moderna. La necesidad y el tráfico jurídicos decidían a qué llamar cosa, abarcando objetos corpóreos e incorpóreos y, mientras que no denotaron interés alguno en definir el concepto de cosa, los romanos se rompieron la cabeza tratando de dividir las cosas. La inadecuada delimitación del concepto de cosa forzó a la construcción de diferenciaciones.²⁵

IV. CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

El vigente Código Civil Español, en la Disposición preliminar del Título Primero “De la clasificación de los bienes”, del Libro Segundo “De los Bienes, de la Propiedad y de sus Modificaciones”, señala:

²⁵ HATTENHAUER, Hans, *Conceptos Fundamentales del Derecho Civil, Introducción histórico-dogmática*, Ariel, Barcelona, 1987, pp. 47-49.

Art. 333.—Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles.²⁶

La interpretación doctrinal se encuentra dividida sobre si dicho artículo considera a las cosas como una especie de bienes o si las cosas son una especie del género bienes.

El artículo 379 de la Disposición Preliminar, del Título Primero “De la división de los bienes” del Libro Segundo “De la división de los bienes y de la propiedad”, del Proyecto de Código Civil Español de 1851, establece:

Las cosas que pueden ser objeto de propiedad son bienes muebles e inmuebles.²⁷

Para Don Florencio García Goyena, las palabras cosas y bienes son sinónimas en el sentido que aparecen definidas en dicho Libro Segundo.

Don Pedro Gómez de la Serna y Don Juan Manuel Montalbán, utilizan el término cosa como propio jurídicamente para identificar a los objetos (*res*), no hablan de bien. Consideran que el criterio para que un objeto (*res*) sea jurídicamente una cosa, sea aquél corpóreo o incorpóreo, es que debe ser susceptible de apropiación particular.

Por cosa entendemos todo lo que puede constituir el patrimonio de los hombres...

...La definición indica suficientemente que no comprendemos aquí mas que las que son susceptibles de adquisición privada.²⁸

El destacado jurista Don Calixto Valverde y Valverde, considera que la cosa es el género y el bien la especie. Parte del criterio de que las cosas que pueden ser objeto del derecho de propiedad o de algún otro derecho real, reciben el nombre técnico jurídico de bien.

Del mismo modo que es necesario el sujeto en la relación jurídica, es indispensable el objeto de ella...

...los objetos que se encuentran en la naturaleza, son los que reciben el nombre genérico de cosas.

Cosas.—En sentido general y filosófico se contrapone la cosa al sujeto que piensa.

²⁶ Código Civil, Tecnos, Madrid, 1997, p. 189. Y además consultado en línea su edición vigente.

²⁷ GARCIA GOYENA, Florencio, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, a cargo de F. Abienzo, Madrid, 1852, pp. 339-340.

²⁸ GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBÁN, Juan Manuel, *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, Imprenta de Cumplido, México, 1852, p. 23.

En cierto y determinado sentido jurídico se contrapone también la palabra res, como objeto del derecho, a la persona como sujeto, si bien esta contraposición no determina y especifica bien el concepto de cosa, en cuanto que el objeto del derecho es más general, y buena prueba de ello es que hay derechos cuyo objeto es la persona. Por esta razón no puede identificarse la cosa con el objeto del derecho, por lo mismo que hay muchos objetos que no son cosas.

Otros escritores restringen el concepto de cosa a los objetos de la naturaleza exterior, limitada en el tiempo y el espacio; todo lo que es objeto material susceptible de medida o valor.

Para nosotros es indispensable diferenciar los términos bienes y cosas, para así comprender el verdadero concepto de unos y de otras.

La teoría jurídica entiende por bienes las cosas susceptibles de ser sometidas al dominio y potestad del hombre y de procurar alguna utilidad, y como dice un autor de reconocida autoridad, las cosas tienen una consideración abstracta y genérica mediante la cual pueden llamarse así, y ser o no ser objeto de relaciones de derecho; los bienes por el contrario, representan una noción concreta en cuanto son cosas aplicables ya a relaciones jurídicas.

En sentido jurídico todos los bienes son cosas; pero no todas las cosas son bienes, pues no todas aquellas son susceptibles de constituir patrimonio y de entrar en la relación de propiedad, por lo cual puede bien decirse que las cosas son el género y los bienes son la especie.

Preciso es decir que en el lenguaje corriente se usan indistintamente ambas palabras; pero siempre entendiendo que al hablar de cosas queremos significar los objetos que pueden entrar en las relaciones de propiedad o de derechos reales, aunque vistas independientemente de cualquier relación que puedan tener con una persona, es decir, consideradas en sí mismas, mientras que la palabra bienes la emplearemos como cosas que han entrado ya en la relación de propiedad o sobre las que existen apropiación.²⁹

Don Demófilo de Buen, en sus notas a la extraordinaria obra de Ambroise Colin y Henri-Lucien Capitant, *Curso Elemental de Derecho Civil*, comenta sobre este punto lo siguiente:

El Código español, inspirándose en el plan romano-francés, se ocupa en su libro II “de los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones”. Las palabras cosas y bienes tienen dentro de nuestro Código una acepción equiva-

²⁹ VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo I, Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1925, pp. 383-385.

lente; pero el Código, en el título primero del libro segundo, emplea con preferencia la palabra bienes.

Según el art. 333 todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles. De estos términos parece legítimo deducir que nuestro Código considera como bienes a las cosas susceptibles de apropiación.³⁰

El ilustre José Castán Tobeñas se refiere a las cosas como objeto de los derechos reales, por lo que parece interpretarse de que considera a las cosas como una especie del género bien.

En el sistema llamado romano-francés, aunque la fórmula de Gayo en que está inspirado (*Omne ius quo utimur ad personas pertinent, vel ad rem vel ad actiones*) parezca diferenciar un Derecho relativo a las cosas, es lo cierto que no aparece bien precisada y delimitada esta sección del Derecho civil.

Así, el Código español, que sigue con algunas variantes ese sistema, destina un libro II a tratar «De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones»; pero no agota en él el Derecho de cosas.³¹

Para el jurista Manuel Albaladejo el concepto jurídico de cosa debe definirse en base al criterio diferenciador de que el objeto pueda ser susceptible de apropiación. Dicho autor afirma:

Para el Derecho es cosa toda entidad material o no, de naturaleza impersonal, que tenga una propia individualidad y sea susceptible, como un todo, de dominación patrimonial constitutiva de un derecho independiente.³²

En razón de lo anterior, para Don Manuel Albaladejo, bien y cosa son categorías jurídicas distintas. Para dicho jurista el término bien designa al género; y el vocablo cosa en sentido jurídico, es una de las especies de bien. Lo anterior se desprende de la definición de derecho subjetivo propuesta por el mencionado autor:

Por derecho subjetivo, entiendo un poder respecto a determinado bien (en sentido amplio, por tanto, bien moral o material, cosa, utilidad, comportamiento, etc.), concedido inicialmente por el Ordenamiento jurídico a la persona para la satisfacción de intereses dignos de protección.³³

³⁰ COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri-Lucien, *Curso Elemental de Derecho Civil*, Tomo II, Volumen II, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2013, p. 461.

³¹ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo Segundo “Derecho de Cosas”, Volumen Primero, Reus, Madrid, 1992, pp. 25-28.

³² ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1996, p. 86.

³³ *Ibid.*, p. 12.

V. CÓDIGO CIVIL FRANCÉS

El Código Civil francés en el Título I “De la distinción de los bienes” del Libro Segundo “De los bienes y de las diferentes modificaciones de la propiedad”, utiliza el término bien. Por lo que en este ordenamiento las cosas son el género y los bienes la especie.

Artículo 516.—Todos los bienes son muebles o inmuebles.³⁴

En el Tratado Práctico de Derecho Civil Francés de Marcel Planiol y Georges Ripert, en su Tomo Tercero denominado “Los Bienes”, escrito con la colaboración de Mauricio Picard, enseñan que los bienes son cosas, cuando son apropiables. Es decir, estos distinguidos juristas utilizan el criterio de que bien es una cosa que puede ser objeto del derecho de propiedad. De donde las cosas son el género y los bienes la especie.

Las cosas son bienes en el sentido jurídico no cuando son útiles al hombre sino cuando son apropiables. El mar, el aire atmosférico, el sol, son cosas indispensables a la vida terrestre. Sin embargo, son “bienes” puesto que no pueden ser objeto de una apropiación en provecho de un particular o de una nación.

Las cosas susceptibles de apropiación son consideradas como bienes no solamente cuando tienen un dueño sino aún en el caso de que no lo tengan. Se dice entonces que éstos son “bienes vacantes” o “sin dueños” (arts. 539 y 713).

La palabra “bienes” no designaba primitivamente más que cosas, es decir, objetos corporales, muebles o inmuebles. El progreso de la vida jurídica la hace salir de este sentido estrecho y primitivo teniendo hoy un alcance mucho más largo y comprendiendo todo lo que sea un elemento de fortuna o de riqueza susceptible de apropiación en provecho de un individuo o de una colectividad. Especialmente para los particulares los bienes así comprendidos no son otra cosa que el activo de sus patrimonios. En este sentido extenso los bienes comprenden cosas de todas clases, casas, tierras, objetos muebles, créditos, rentas, empleos, derechos de autor, patentes de invención, etc. Es con este criterio que la ley amplía la palabra bienes (arts. 516, 537, 732, 752, 802, 1092-1093, 1392, 1428, 1542, 2092, 2093, etc.). La palabra “bienes” comprende por tanto además de las cosas materiales un cierto número de bienes incorporales que son los derechos.

³⁴ Article 516. *Tous les biens sont meubles ou immeubles.* Code Civil, Paris, Litec, 1997, p. 349. Consultado en línea su edición actual.

El derecho no se ocupa de las cosas materiales más que para clasificarlas, para hacer lo que el Código civil llama “la distinción de los bienes” (epígrafe del título I del libro II). Efectivamente, deben repartirse las cosas en diversas categorías, puesto que las mismas reglas no son indistintamente aplicables a todos, ni por la forma de enajenarlas y adquirirlas, ni por los actos que cada persona pueda realizar mientras las posée.³⁵

Para Marcel Planiol y Georges Ripert, la diferencia estriba en que las cosas son bienes jurídicamente, cuando dicha entidad puede ser susceptible de apropiación, es decir, objeto del derecho de propiedad.

Las cosas se consideran como “bienes”, jurídicamente, no solo cuando son “útiles” al hombre, sino cuando son susceptibles de apropiación...

... y por bien se comprende todo lo que es un elemento de fortuna o de riqueza, susceptible de apropiación en provecho de un individuo o de una colectividad. Especialmente para los particulares, los bienes así entendidos, representarán el activo de sus patrimonios.³⁶

Con su acostumbrada claridad conceptual Ambroise Colin y Henri-Lucien Capitant, distinguen las cosas de los bienes, considerando a las cosas como un género y a los bienes como la especie, tomando como criterio que los bienes son aquellas cosas que pueden ser objeto de una relación jurídica.

Se llaman bienes los elementos del patrimonio, es decir, las cosas que pueden ser objeto de un derecho y representan un valor pecuniario.³⁷

Los juristas Georges Ripert y Jean Boulanger, explican que el concepto de cosa debe entenderse en razón de su característica de utilidad, cuyo aprovechamiento está autorizado a una persona por el ordenamiento jurídico.

OBJETO DE LOS DERECHOS REALES.—Las cosas susceptibles de ser utilizadas por el hombre existen en cantidad limitada. El reconocimiento legal de derechos subjetivos tiene como efecto distribuir entre los hombres las cosas utilizables. Pero todas las cosas no pueden ser objeto de una propiedad individual y, de una manera más amplia, de derechos subjetivos. Existe un interés social en que su uso sea común para todos o sea confiado en interés de todos a representantes de la colectividad...

³⁵ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Cultural, La Habana, 1946, pp. 59-60.

³⁶ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Tomo III, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1983, pp. 30-31.

³⁷ COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri-Lucien, *Curso Elemental de Derecho Civil*, Tomo II, Volumen II, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2013, p. 461.

...Como en principio las cosas pueden ser apropiadas solamente queda precisar aquellas que no pueden serlo.³⁸

Para estos autores las cosas son el género y los bienes la especie, parten del criterio de que los bienes son cosas que pueden ser objeto de un derecho.

Las cosas se convierten en bienes en el sentido jurídico del término, no porque son útiles al hombre, sino porque han sido apropiadas por él. Esta apropiación hace de la cosa el objeto del derecho...

El derecho no se ocupa de las cosas materiales más que para organizar el ejercicio de los derechos de que son objeto.³⁹

Para Henri y León Mazeud y Jean Mazeaud, la caracterización de la cosa parte del criterio material de su tangibilidad, *res corporae*. Por lo tanto, consideran que jurídicamente el término bien es el género, el cual tiene dos especies: las cosas (bienes corpóreos) y los derechos-obligaciones (bienes incorpóreos).

[...]cosa es todo aquello que, sin ser una persona, es corporal; todo lo perceptible por los sentidos. Interesa no confundir la cosa y el derecho que recae sobre ella. En esa confusión se incurre con frecuencia en lo concerniente al derecho de propiedad. El estatuto de las cosas se refleja sobre los derechos.⁴⁰

Para estos autores, el término bienes es omnicomprensivo del activo patrimonial, el cual está formado por cosas y derechos.

Por eso se dice, en el lenguaje corriente, e incluso en el lenguaje jurídico, que el patrimonio de una persona comprende cosas y derechos, cuyo conjunto se designa con la expresión de "los bienes"; se quiere decir que el patrimonio de una persona (sus bienes) comprende los derechos de propiedad y los demás derechos, reales y personales, de los que es titular.⁴¹

No todas las cosas son bienes, afirma categóricamente Jean Carbonnier,⁴² para el jurisconsulto, las cosas que pueden ser susceptibles de apropiación particular, reciben el nombre de bienes. Utiliza el criterio de la singular utilidad derivada de la cosa u objeto.

A la inversa, no todos los bienes ostentan la cualidad jurídica propia de las cosas (a no ser que esta última expresión se considere en su sentido más difuso).

³⁸ RIPERT, Georges y BOULAGER, Jean, *Tratado de Derecho Civil según el tratado de Planiol*, Tomo VI, La Ley, Buenos Aires, 1987, p. 15.

³⁹ *Ibid.*, Tomo I, pp. 382 y 391.

⁴⁰ HENRI Y LEON, Mazeud y JEAN MAZEUD, Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, Parte Primera, Volumen I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1976, p. 277.

⁴¹ *Ibid.*, p. 282.

⁴² CARBONNIER, Jean, *Derecho Civil*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1965, p. 95.

so). El universo del jurista no coincide con el mundo perceptible a través de los sentidos sino que constituye un producto remodelado por la voluntad del hombre, dentro del cual tienen cabida determinados bienes desprovistos de materialidad (es el caso de bienes incorporales)...

...Por otra parte, la estimación de las cosas materiales (bienes corporales) a la luz del Derecho no se funda tanto en sus caracteres físicos como en su aptitud para satisfacer las necesidades humanas (más bien naturaliter que commercialiter, como en el siglo XVI aseguraba DUMOULIN, o sea bajo el aspecto de las relaciones económicas). De aquí las posibles situaciones de desacuerdo respecto de la realidad sensorialmente perceptible, cuyas repercusiones trascienden tanto a las diversas distinciones clasificadorias, como a las masas de bienes disciplinadas jurídicamente.⁴³

VI. CÓDIGO CIVIL ALEMÁN

En la Sección Segunda del Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*) se establece el concepto de cosa para este ordenamiento:

§ 90. Cosas, en el sentido de la ley, son solamente los objetos corporales.⁴⁴

El jurista Hans Hattenhauer expone en su obra “Conceptos Fundamentales del Derecho Civil, el devenir del concepto de cosa en el Derecho alemán”, transcribiré algunos de los pasajes de su interesante obra:

Tras el redescubrimiento del *Corpus iuris*, los juristas asimilaron parte de lo que los romanos habían dicho a propósito de la división de las cosas y su naturaleza, pero hasta bien entrado el siglo XIX sus esfuerzos no se centraron en el concepto de cosas, sino en su esquema diferenciador...

... Los párrafos 91-100 del Código Civil contienen restos de esta labor, aún más visible en el (Código de) Derecho común prusiano de 1794. De todos modos, el Derecho común disponía ya de un principio de definición (1, 2, párr. 1):

“—Párr. 1. En sentido legal, cosa significa todo lo que puede ser objeto de un derecho o de una obligación. Párr. 2. También se comprenden bajo la denominación genérica de cosa los actos de los hombres en ejercicio de sus derechos, en cuanto dichos actos constituyan el objeto de otro derecho. En sentido estricto, se llama cosa solamente a aquello que, bien por su naturaleza, o bien por acuerdo de los hombres, tiene existencia propia. Existencia en virtud de la cual puede ser objeto de un derecho permanente—”.

⁴³ *Ibid.*, pp. 95-96.

⁴⁴ *Código Civil Alemán*, trad. del Dr. Albert Lamarca Marqués, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 50. En esta traducción: 90. Cosas en sentido legal sólo son los bienes corporales. También consultado en línea su texto vigente: § 90 *Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände*.

...Las cosas se definieron en general como objetos de derechos, aspecto en el que el Derecho común no sólo había aprendido de los iusnaturalistas, sino que aventajó a sus maestros. Tampoco Christian Wolff (1679-1754) dio al concepto de cosa un tratamiento técnico, limitándose a despacharlo con una fórmula moral (párr. 121):

“—La palabra cosa designa a todo objeto que puede sernos útil, sea para el sustento de la vida o para hacerla cómoda o agradable, sea para cualquier perfeccionamiento de cuerpo o espíritu o para preservarnos de la imperfección—”.

El concepto de cosa aparecía aquí totalmente al servicio de la doctrina del deber de los iusnaturalistas, lo que permitió a los codificadores del Derecho común hacer de la cosa un concepto jurídico...

...La cosa valía como objeto de tales derechos...

...Kant (1724-1804) teorizó sobre el tema remitiendo al concepto de cosa todo lo que no es persona (*Metafísica de las costumbres, Introducción IV*):

“—Cosa es un ente incapaz de responsabilidad alguna. Se llama, por tanto, cosa a todo objeto del libre arbitrio que carece en sí mismo de libertad (*res corporalis*)—”.

...Savigny (1779-1861) también acogió esta idea, depurándola con la teoría de que solamente los objetos corpóreos individuales, y no la totalidad objetiva, son cosas en sentido jurídico. Únicamente el libro individual y no la biblioteca, podía corresponder a un concepto de cosa cada vez más reducido...

...Incluso cuando, en un principio, se definía la cosa como no-persona, se desembocaba de lleno en el centro de la teoría del Derecho civil. Constituía un concepto fundamental tan importante para el Derecho como el de la persona...

...Cuando se publicó el Código civil de Sajonia en 1863/1865, su declaración sobre la naturaleza de las cosas se hallaba condicionada por las exigencias del tráfico jurídico (párr. 58):

“—Las cosas de cualquier clase, pueden ser objeto de un derecho, siempre que estén sustraídas al tráfico jurídico—”.

...La base de este concepto de cosa era la necesidad dispositiva de la persona, cobrando forma legal la decisión sobre el contenido jurídico de la cosa en su calidad de objeto de acciones jurídicas de los hombres. De ahí que la mención, en el texto legal, de la *res extra commercium*, supusiera algo más que un retorno a la clasificación romana de las cosas, puesto que lo que no era objeto del tráfico de derecho privado, lo que “se sustraía” a éste por acta de privilegio o en virtud de su naturaleza, no podía, en sentido literal, ser designado jurídicamente como cosa...

...En este contexto, el Código civil aportó una innovación esencial para el Imperio alemán...

...En este sentido, el párr. 90 del Código civil precisaba, con exactitud lingüística y liberal optimismo:

“—Solamente los objetos corporales son cosas en el sentido de la ley—”.

Lo más llamativo de esta definición era la palabra «solamente». Ya no podían considerarse cosas los objetos incorpóreos...

...Que el Código civil sólo reconociese como cosas los objetos corporales, tenía su razón jurídico-dogmática. La palabra “objeto” reflejaba más claramente que la palabra “cosa” la imagen de “objeto” de dominio; dominio que requería una comprensión fácil...

...Respecto de los objetos corporales, por el contrario, la prueba de una relación jurídica entre persona y cosa dominada por aquélla, exigía la determinación de la persona y de la cosa dominada. Solamente podría darse la propiedad de cosas individuales, nunca de totalidades, si que quería perfecta una determinación de contenido del dominio de la cosa y su delimitación con respecto al dominio de cosas por parte de los demás copartícipes en el Derecho. Una nitidez tal se alcanzaba gracias al principio de la individualidad; totalidades de cosas, como bibliotecas y talleres, casas con sus enseres, etc., no eran, como tales, susceptibles de propiedad...

...el párrafo 90 del Código Civil tuviese un aire extremadamente abstracto para el tiempo de su redacción..

...Los comentarios de Planck al párr. 90...

“—Según el Código civil, la expresión “objeto” designa tanto cosas como derechos; la expresión “cosa”, solamente un objeto corporal, es decir, una porción de la naturaleza no libre. El hombre vivo, y por consiguiente su cuerpo, no son cosas—”.⁴⁵

Para Savigny las cosas se distinguen de los bienes, en razón, de que las primeras son siempre corpóreas, en tanto que las segundas no tienen una existencia corporal. Sin embargo, identifica que el término bien, jurídicamente, es un género. Este autor señala que se llama bienes a la totalidad de relaciones jurídicas que se refieren a una persona determinada. Savigny fundamenta su aseveración en razón de que las cosas y las obligaciones, en última instancia, pueden ser reducidas a un valor; más exactamente, tienen un valor pecuniario. En sus palabras:

Dicha idea abstracta de los bienes, indispensable para el estudio completo del derecho, se traduce por la de valor que nos permite resolver los diversos elementos constitutivos de los bienes, reduciéndolos á un denominador común. Ahora bien, la idea de valor se manifiesta en la vida real bajo la forma de moneda.⁴⁶

⁴⁵ HATTENHAUER, *op. cit.*, pp. 49-59.

⁴⁶ SAVIGNY, M. F. C. de, *Sistema del Derecho Romano Actual*, Tomo I, F. Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1878, pp. 250-251.

El insigne jurista Karl Larenz considera que las cosas en sentido jurídico son aquellos objetos (entidades) corpóreas que pueden ser objeto de un derecho.

Las cosas como objetos de derecho materiales de primer orden. Según el artículo 90 son “cosas”, a tenor de la ley, solamente los objetos materiales, esto es, los que ocupan un espacio. Asimismo se significan con ello solamente los objetos de derecho; en consecuencia, no todo lo que ocupa un espacio —y en este sentido es de naturaleza material— es también una “cosa” a tenor del ordenamiento jurídico. Antes bien, están excluidos del concepto jurídico de cosa todos los cuerpos que, por no ser en general accesibles al señorío de los hombres, o que por no ser delimitables, no pueden pasar al dominio de una persona en particular, no son objetos de derecho, tales como otros astros (al menos, en tanto el nombre, no haya aún puesto su pie en ellos), los meteoros, la capa atmosférica de la Tierra, las nubes, el agua de los océanos y de los ríos. Asimismo están excluidas las cosas que no pueden percibirse con los sentidos o que se desintegran al contacto; así, las gotas de lluvia, los copos de nieve, partículas de polvo, trozos de hollín. El hombre toma desde sí mismo la medida de las cosas. El microcosmos y macrocosmos quedan, por lo tanto, excluidos del ámbito de los objetos de derecho. En cambio, entran en consideración como cosas no sólo los cuerpos sólidos, sino también los líquidos y los gaseosos cuando pueden ser objeto de dominio contenidos en recipientes adecuados, y por ello, en cantidad aisladas, y pueden conservarse, trasladarse y consumirse, como, por ejemplo, las bebidas en toneles y botellas, el petróleo combustible, la gasolina y el gas en recipientes fijos o transportables. Por el contrario no son cosas, por carecer de la condición de objetos materiales —al menos, según la concepción de la vida en ello determinante— las “energías naturales” como la electricidad, las ondas luminosas y sonoras y las radiaciones de todo tipo. Las energías dominadas por el hombre pueden ser en todo caso objetos de derecho inmateriales.⁴⁷

Para los jurisconsultos Harry Westermann, Harm Peter Westermann, Karl-Heinz Gursky y Dieter Eickmann, el objeto de los derechos reales necesariamente debe ser una cosa, entendida como un bien corpóreo, es decir, como una especie del género bien.

I. El Derecho de Cosas en general.

La rama del derecho que, a grandes rasgos, se identifica con las disposiciones contenidas en el Libro III del BGB se ocupa de los derechos reales sobre las cosas, en parte también de los derechos sobre otros derechos. Responde a cuestiones como: ¿a la esfera jurídica de qué persona pertenece esta cosa, qué pode-

⁴⁷ LARENZ, Karl, “Derecho Civil, Parte General”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1978, pp. 372-373.

res proporciona al hombre el dominio sobre las cosas, cómo se constituye y modifica la titularidad en relación a las cosas?...”.⁴⁸

II. La posición del Derecho de Cosas en la codificación.

1. La parte general del BGB contiene las disposiciones generales aplicables a todo el BGB. Estás se aplican también al Derecho de Cosas. Algunas definiciones que encuentran su significado principal en el Derecho de Cosas, están situadas en la parte general como por el ejemplo el concepto de cosa (Z)...”.⁴⁹

2. Existe una división funcional, en varios aspectos, entre el Derecho de Cosas y el Derecho de obligaciones del BGB. A este respecto, la idea originaria del legislador de crear un Derecho de Cosas independientes del modelo jurídico obligacional que rige las relaciones de persona a persona, ha sido cuestionada por numerosas evoluciones, que han encontrado su reflejo en una visión jurídico-obligacional de los derechos reales y en una aproximación de los negocios jurídicos-reales a su base jurídico-obligacional.⁵⁰

III. Recapitulación.

La tarea principal del Derecho de Cosas es atribuir las cosas de determinadas personas. Sólo a consecuencia de estas atribuciones pueden resultar relaciones de persona a persona. Por este motivo se diferencia el Derecho de Cosas del Derecho de obligaciones, en el que se trata de relaciones patrimoniales de persona a persona, con consecuencias indirectas como mucho para el destino jurídico de los bienes. La atribución de bienes a personas, regulada en el Derecho de Cosas, junto a la determinación del contenido de los derechos de dominación y la regulación de la protección de los bienes y del tráfico jurídico negocial relativo a esos bienes, cumplen una importante función de garantía de la libertad en el marco del Derecho privado, y contribuyen al mismo tiempo, a compatibilizar el ejercicio del derecho con el interés común.⁵¹

La esencia de los derechos reales y consiguientemente, del Derecho de Cosas debe deducirse de la eficacia atributiva de los derechos. Con esto, no se trata de dar un concepto apriorístico, sino de ofrecer la descripción de una institución desarrollada por el Derecho vigente. La investigación no se debe limitar al Libro II del BGB, sino que deben traerse también a colocación todos los fenómenos estructuralmente semejantes.⁵²

La inmediatez de la relación con la cosa no significa la existencia para el titular del derecho de un poder autónomo de intervención en la cosa, sino

⁴⁸ WESTERMANN, Harry, WESTERMANN, Harm Peter, GURZKY, Karl-Heinz y EICKMANN, Dieter, *Derechos Reales*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, p. 47.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 50.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 51.

⁵¹ *Ibid.*, pp. 56-57.

⁵² *Ibid.*, p. 57.

que supone que la cosa puede ser concebida directamente como objeto, sin que sea relevante al respecto la relación del titular con otra persona ni la pertenencia del objeto al patrimonio de esa persona. Consiguientemente, es conceptualmente necesaria la limitación de los derechos reales a las cosas corporales.⁵³

VII. CÓDIGO CIVIL ITALIANO

El artículo 810, del Capítulo I “De los bienes en general”, del Título I “De los Bienes”, del Libro Tercero “De la propiedad” del Código Civil italiano, establece el concepto de bien.

Artículo 810. Nozione.—Sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti.⁵⁴

El Profesor Alberto Trabucchi comenta que las cosas son el género, mientras el término bien, es la especie. Este distinguido jurista utiliza el criterio distintivo de que la cosa cuando es objeto de un derecho recibe el nombre técnico de bien.

En la estructura de la relación jurídica, al lado de los sujetos activos y pasivos, encontramos un elemento objetivo: el objeto del derecho, que es sobre el que recae la potestad del hombre...

“...El título primero del libro tercero del Código trata de los bienes, definiéndolos como “las cosas” que pueden ser objeto de los derechos (artículo 810). El legislador, por tanto, ha preferido definir los bienes antes que las cosas...

...bien es el objeto sobre el que recae el derecho, mientras que el término de cosa conserva el sentido más amplio de entidad material o inmaterial.

En la definición de bien “la cosa” es tomada en cuenta como punto de referencia objetivo de una consideración jurídica unida al derecho subjetivo del hombre. Si derecho es tutela de intereses, será la aptitud de las cosas para satisfacer un interés humano, y por ello, para entrar en el mundo de su derecho, lo que califica a la misma cosa como bien, esto es, como objeto de la tutela jurídica.

El concepto de bien coincide por tanto con una “calificación jurídica” de aquello que puede constituir objeto de interés humano; por ello, deber referirse siempre a una cosa como parte del mundo. En este sentido, “cosa” no es solamente lo que forma parte del mundo exterior y sensible, lo que ocupa espacio

⁵³ *Ibid.*, p. 58.

⁵⁴ Artículo 810. Nozione.—Sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti.

o se percibe por los sentidos (las cosas sólidas, líquidas, gaseosas y los fluidos y las energías.... como la electricidad, son todas ellas res corporales, sino también todo aquello que únicamente tiene vida en el mundo del espíritu, como la creación inventiva y la idea que da originen a la obra artística o técnica (res incorporales, o “bienes inmateriales”), cuando entramos en el concepto ya descrito de “bien”...

...el bien se refiere siempre a una cosa, mientras que no todas las cosas son bienes: las estrellas son cosas, pero no bienes, y son cosas el calor del sol o la lluvia.⁵⁵

VIII. CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

Los artículos 15 y 16 del Capítulo 4 “Derechos y bienes”, del Título Preliminar del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, establecen claramente la distinción entre bienes y cosas, utilizando el criterio de que las cosas son aquellos bienes corpóreos que pueden ser objeto de los derechos reales.

Artículo 15.—Titularidad de derechos. Las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio conforme con lo que se establece en este Código.

Artículo 16.—Bienes y cosas. Los derechos referidos en el primer párrafo del artículo 15 pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman cosas. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre.⁵⁶

Por su parte, en el artículo 1883 del Capítulo 1 del Título Primero del Libro Cuarto “Derechos Reales” del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, se regulan a los derechos reales como aquellos que tienen por objeto una cosa, en el sentido de ser una especie de los bienes corpóreos.

Artículo 1883.—Objeto. El derecho real se ejerce sobre la totalidad o una parte material de la cosa que constituye su objeto, por el todo o por una parte indivisa.

El objeto también puede consistir en un bien taxativamente señalado por la ley.⁵⁷

⁵⁵ TRABUCCHI, Alberto, “Instituciones de Derecho Civil”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1967, pp. 399-401.

⁵⁶ Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, Argentina, vmg.studio, 2015.

⁵⁷ *Ibidem*.

Néstor Jorge Musto, comentando el texto del anterior Código Civil de la República Argentina, considera que las cosas en su sentido jurídico son los bienes que pueden ser objeto de los derechos reales.

...el tema de las cosas, entendiendo que éstas no sólo son el objeto de los derechos reales, sino que también pueden ser objeto, aunque mediato, de los derechos personales...

...Trataremos de las cosas como objeto de los derechos reales,...

...La significación de la palabra “cosa” del lenguaje común difiere de la del concepto jurídico, advirtiéndose asimismo notables variantes en el derecho comparado (histórico y actual).

Confróntese la primera acepción del diccionario: “Todo lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta”; el mismo diccionario para el lenguaje forense reserva la acepción de “objeto de las relaciones jurídicas”, en contraposición con las personas que son los sujetos de derecho.

Decía Banchio que etimológicamente el término “cosa” proviene del vocablo “causa” y por una interesante transformación del lenguaje ha asumido después íntegro el significado de la voz res, palabra ésta tomada por los romanos de la expresión sánscrita rah que, con carácter sustantivo, denota “bien”, “posesión”, y tiene otras acepciones que enumera y que revelan la amplitud con que se usaba dicho vocablo.

El otro punto de la comparación está dado por el concepto del art. 2311, del que luego nos ocuparemos y que las define como “objetos materiales susceptibles de valor”, noción mucho más restringida. El aire, el mar, el sol, que en un sentido vulgar son cosas, no lo son, desde el punto de vista técnico jurídico.

El Código ha seguido la doctrina tradicional y, en su antigua redacción, definía las cosas como los objetos corporales susceptibles de tener un valor. El codificador se refiere al art. 317 del Esbozo de Freitas, cuya larga nota comenta brevemente, destacando la confusión a que conduce la división de las cosas en corporales e incorporales (nota de Vélez Sársfield al art. 2311, Cód. Civil).

En efecto, para el autor brasileño las cosas son corporales siempre, aunque el objeto del derecho pueda ser corporal o incorporeal. Lo que ocurre es que, en cierto modo, al hablar del dominio se lo confunde con la cosa que es su objeto, y que este derecho absorbe todas las facultades posibles sobre la cosa. Pero el derecho, en sí, es siempre incorporeal, se trate del dominio o de un derecho sobre la cosa ajena, o de un derecho creditorio. La terminología vulgar contribuye a la confusión, dado que —abreviando— no decimos “la

finca de mi propiedad” sino “mi finca” con lo que, en cierto modo, objetivamos nuestra confusión.

No es contradictoria la nota de Vélez Sársfield al art. 2311, con el texto del artículo, ya que allí se expresa que “la palabra ‘cosas’, en la flexibilidad indefinida de sus acepciones, comprende en verdad todo lo que existe; no sólo los objetos que pueden ser la propiedad del hombre, sino todo lo que en la naturaleza escapa a esta apropiación exclusiva: el mar, el aire, el sol etcétera. Mas como objeto de los derechos privados, debemos limitar la extensión de esta palabra a lo que puede tener un valor entre los bienes de los particulares”, y agrega: “Así, todos los bienes son cosas, pero no todas las cosas son bienes. La cosa es el género, el bien es una especie”.

El codificador nos habla aquí de las cosas, utilizando la palabra “en la flexibilidad indefinida de sus acepciones”. Lo que nos quiere decir es que una cosa (en sentido amplio) es una “cosa” (en sentido jurídico) en la medida en que es un bien (tiene valor). Por ello, en el lenguaje jurídico, a la inversa de lo dicho en la última frase de la nota, bien es el género y cosa es la especie. No es otro el criterio del texto del art. 2312.

La noción de cosa, como concepto metajurídico, es sólo útil al derecho en la medida en que pueda ser objeto de él, en la medida en que pueda resultar un bien, tener valor jurídico y no sólo económico...

...El concepto que el Código de Vélez Sársfield vertió en el art. 2311, ha sido alterado por la reforma de la ley 17.711, cambiando el adjetivo “corporales” por “materiales” y agregando un segundo párrafo referido a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación.

La expresión “materiales” nos parece más precisa que la de “corporales”. Hay cosas —y siempre en un sentido jurídico— como por ejemplo el gas, que difícilmente se puede calificar de corpóreas, pero que innegablemente son materiales...

...El Código da al concepto de bien una doble significación. Llama tales a los objetos inmateriales susceptibles de valor, e igualmente comprende en la categoría de bienes a las cosas.

La palabra tiene, pues, un sentido genérico que comprende a todos los objetos que constituyen el patrimonio, sean materiales o inmateriales, y también un sentido específico para designar a estos últimos...

El concepto de bien está usado en el Código con relación exclusiva al patrimonio...⁵⁸

⁵⁸ MUSTO, Néstor Jorge, *Derechos Reales*, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000, pp. 105-111.

Los artículos del Código Civil de la República Argentina, eran del tenor siguiente:

2311. Se llaman cosas en este Código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor.

Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación.

2312. Los objetos inmateriales susceptibles de valor, e igualmente las cosas, se llaman bienes. El conjunto de los bienes de una persona constituye su patrimonio.⁵⁹

IX. ANTECEDENTES EN MÉXICO

La Tercera Partida, en su Título XXVIII, regula “De las cosas en que ome puede auer señorío, e como lo puede ganar” y señala en su Ley II:

...e otras y ha que pertenecen señaladamente a cada vn ome, para poder ganar, o perder el feñorio dellas...⁶⁰

Por lo que aquí el concepto de cosa está relacionado con su aptitud de ser objeto de señorío, es decir, de propiedad.

Para el Nuevo Febrero Mexicano, el concepto de cosa se reduce a su sentido económico de utilidad.

...Llámase cosa todo aquello que puede servir al hombre de algún uso ó utilidad, sea por derecho divino ó humano, natural ó civil, público o privado.⁶¹

Más adelante al definir las cosas y bienes de particulares y de los modos de adquirirlos, utiliza el término bien, como referido a las cosas que pueden ser objeto de apropiación particular.

...Entiéndese por cosas privadas ó de particulares aquellas que pertenecen señaladamente al patrimonio de las personas, y individualmente consideradas, ya formando sociedad con algún objeto de especulación.⁶²

⁵⁹ *Código Civil de la República Argentina*, Editorial San Isidro Labrador, Argentina, 1999, p. 321.

⁶⁰ *Las Siete Partidas del Sabio Rey*, Partida III, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2004, p. 521.

⁶¹ GALVÁN RIVERA, Mariano, *Nuevo Febrero Mexicano*, Impreso por Santiago Pérez, México, 1850, p. 148.

⁶² *Ibid.*, p. 153.

En el Novísimo Sala Mexicano, o Ilustración al Derecho Real de España, Don Manuel Dublán y Don Luis Méndez, se refieren a la “División de las cosas y del modo de adquirir su dominio”. Por lo que para dichos jurisconsultos la cosa en su sentido jurídico es aquello que puede ser objeto de una relación de derecho.

...El segundo objeto del derecho son las cosas. Entiéndese por cosa, todo lo que existe y puede traer utilidad al hombre, con tal que no sea persona ni acción. Las cosas se dividen en comunes, públicas, de municipalidad, y de dominio particular...⁶³

...Se llaman cosas particulares las que pertenecen señaladamente á cada hombre ó asociación, pudiendo adquirir ó perder el dominio de ellas. Estas son corporales ó incorporales las primeras son las que se pueden ver y tocar y se distinguen en muebles, que son las que pueden moverse por sí, como los animales; ó por los hombres, como las alhajas, ropa, etc; y en inmuebles ó raíces que no se pueden mover, como las casas. Las incorporales, son las que no se pueden ver ni tocar, y son los derechos y acciones.

Explicadas las especies de cosas, se sigue tratar del derecho que pueda tenerse á ellas. Este derecho es á veces en la cosa, y á veces á la cosa. El primero es el poder ó facultad que el hombre tiene sobre cosa cierta y determinada sin referencia a persona alguna, y el segundo por el contrario es la facultad que una persona tiene para obligar á otra á que le dé ó haga alguna cosa. Uno y otro derecho se distinguen: 1º, en que cuando el derecho es en la cosa, esta es la obligada, y cuando es á la cosa lo es la persona: 2º. que por derecho en la cosa se pide lo que es propio, y por el de á la cosa lo que otro está obligado á dar ó hacer, y 3º. de el derecho es la cosa resulta acción real contra cualquier poseedor, y de el que es á la cosa solamente personal contra aquella que se obligué; de ahí es que sola hay una especie de derecho á la cosa que es la obligación, y son varias las del derecho en la cosa, y las principales son cuatro: dominio, servidumbre, herencia y prenda.

El dominio, al que las leyes llaman señorío y propiedad, es el derecho de disponer de una cosa según su arbitrio si no lo impide la ley, la voluntad del testador, ó alguna convención. Cuando se tiene juntamente la facultad de disponer y de usar de la cosa, el dominio se dice pleno, y cuando solo es para uno ó para otro, se llama menos pleno, el cual si es para disponer de la cosa se dice directo, y si para usar de ella útil. Aunque en rigor el dominio solo es de cosas corporales, latamente se dice también de las incorporales, ó

⁶³ DUBLÁN, Manuel y MÉNDEZ, Luis, *Novísimo Sala Mexicano, o Ilustración al Derecho Real de España*, Imprenta del Comercio, de N. Chavez, a cargo de J. Moreno, México, 1870, pp. 189-190.

derechos, principalmente los reales, ó en la cosa, como que gravitan en ella á favor del que los tiene... ”.⁶⁴

X. CÓDIGO CIVIL DE 1870

El Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja-California del 13 de diciembre de 1870, promulgado por el Presidente Benito Juárez, comenzó su vigencia el 1º de marzo de 1871 y en el artículo segundo del decreto promulgatorio de dicho ordenamiento, se derogó toda la legislación antigua, en las materias reguladas por dicho Código Civil.

En relación con los bienes y las cosas, el Título Primero “Disposiciones Preliminares”, del Libro Segundo “De los Bienes, la Propiedad y sus diferentes Modificaciones”,⁶⁵ se integra por las siguientes normas:

Artículo 778.—Pueden ser objeto de apropiacion todas las cosas que no están excluidas del comercio.

Artículo 779.—Las cosas pueden estar fuera del comercio, por su naturaleza ó por disposición de la ley.

Artículo 780.—Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseidas por algun individuo exclusivamente; y por disposicion de la ley, las que ella declara irreductibles á propiedad particular.⁶⁶

El jurista Esteban Calva distingue pulcramente que bien, es aquella cosa que puede ser objeto del derecho de propiedad.

El nombre cosa es tan universal que comprende cuanto ha existido, existe y existirá; pero en el lenguaje jurídico tiene una significación mas resstringida, que es preciso determinar.

Entiéndese por cosa todo lo que puede servir al hombre de algún uso ó utilidad. Con el fin de evitar sutilezas ó malas interpretaciones, los legisladores y jurisconsultos ha definido de una manera negativa las cosas, afirmando que, cosa es todo lo que no siendo persona o acción, puede ser de alguna utilidad ó comodidad al hombre; mas hoy creemos que no habrá lugar á confusión alguna, porque la legislación actual, al ocuparse de las cosas, se refiere únicamente a las que por su naturaleza y por la ley están en el comer-

⁶⁴ *Ibid.*, pp. 195-197.

⁶⁵ Esto hace pensar que el usufructo, uso, habitación, servidumbre, prenda e hipoteca, es decir los llamados derechos reales sobre cosa ajena o derechos reales de segundo grado, son modificaciones al poder jurídico del propietario.

⁶⁶ Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja-California, México, Imprenta dirigida por José Batiza, 1870, p. 139. Nota: Se respeta la redacción original.

cio de los hombres, y pueden ser apropiadas según las necesidades y relaciones sociales.

En otros términos: las cosas, según la legislación civil, son las que legal ó naturalmente pueden ser objeto de apropiación...”⁶⁷

...Antes de pasar adelante, será conveniente hacer notar que si los legisladores no establecen una división perfecta entre cosas y bienes, es necesario, sin embargo, reconocer alguna diferencia. Todo lo que puede prestar alguna utilidad al hombre, esté ó no en su patrimonio, se denomina cosa; y bienes, todo lo que constituye parte del patrimonio, caudal ó hacienda de cada uno. Es, por lo mismo, mas lata la significación de cosa que la de bienes, aunque casi siempre se usan en una significación idéntica. Hecha esta advertencia, no llamará la atención ver que en el siguiente título no se hable de cosas, sino de bienes.⁶⁸

El Licenciado Raimundo Guerra considera que dicho Libro Segundo regula lo que puede ser objeto del derecho de propiedad.

Todas las cosas que no están excluidas del comercio pueden ser objeto de apropiación...⁶⁹

Por lo tanto, para el Lic. Guerra los bienes son aquéllas cosas que pueden ser objeto de propiedad. Dicho autor afirma:

...Los bienes son de propiedad pública ó privada.⁷⁰

En opinión del Licenciado Francisco de Paula Ruanoba, cosas y bienes son sinónimos, en efecto, la Lección Décima Tercera de su obra se denomina “De las cosas ó bienes y modo de adquirir su dominio”, y utiliza como criterio para su definición jurídica el que sean susceptibles de apropiación particular.

Comenzando por la definición de cosa decimos: que se entiende por esta en derecho, todo lo que puede ser objeto de propiedad, de derecho y obligaciones así es que no solamente son cosas los objetos físicos que afectan los sentidos, sino también ciertas abstracciones ó entidades que solo concibe el entendimiento, y á las que se dá el nombre de cosas incorporales, como el derecho hereditario, las servidumbres, las obligaciones...⁷¹

⁶⁷ CALVA, Esteban, *Instituciones de Derecho Civil*, Imprenta de Díaz de León y White, México, 1874, pp. 323-324.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 327.

⁶⁹ GUERRA, Raimundo, *Derecho del Código o sea El Código Civil del Distrito*, Imp. De J. M. Aguilar Ortiz, México, 1873, p. 14.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 100.

⁷¹ PAULA RUANOBA, Francisco de, *Lecciones de Derecho Civil*, Tomo I, Imp. de Narciso Bassols, Puebla, 1871, p. 357.

...Entiéndese por cosas privadas ó de particulares, aquellas que pertenecen señaladamente al patrimonio de las personas...⁷²

Para el gran jurista Don Manuel Mateos Alarcón, no hay duda de que el Código Civil considera a los bienes como una especie de las cosas. Para su diferenciación utiliza el criterio de que los bienes son cosas que pueden ser objeto de una relación jurídica.

[...] Habiendo estudiado el primer objeto del derecho, esto es, las personas, en sus diversas relaciones, creadas por su estado, natural es que nos ocupemos del segundo, designado bajo el nombre de cosas.

La palabra cosa tiene dos significaciones, una gramatical y extensa, por la cual se entiende todo lo que existe, y otra jurídica.

Esta, a su vez, se divide en una lata y extensa, bajo la cual se comprende todo lo que puede ser útil o provechoso al hombre, y otra extracta, que comprende todo lo que es objeto de derechos y obligaciones.

Esta última distinción produce la diferencia radical que hay entre las cosas y los bienes; los cuales es preciso no confundir, pues no son sinónimos.

Bajo aquella denominación se comprende todo lo que existe, como el aire, el sol, los astros, el mar, que, aunque útiles a todos los hombres, no son susceptibles de pertenecer a alguno en propiedad con exclusión de los demás.

Bajo la denominación de bienes se comprenden las cosas susceptibles de pertenecer a alguno en propiedad, con exclusión de los demás hombres, incluyendo las cosas de creación puramente legal que carecen de una existencia real o física, y que consisten en una abstracción, como los derechos.

Se infiere de lo expuesto, que bajo la denominación de cosas se comprenden los bienes, pero que ambos difieren esencialmente como el género y la especie: es decir, que aquella denominación es genérica, y que ésta comprende la especie, las cosas susceptibles de caer bajo la propiedad de alguno y formar parte de su patrimonio.

El derecho Romano designaba los bienes en esta acepción jurídica, bajo el nombre de pecunia, que comprendía no sólo el dinero, sino también todas aquellas cosas que eran susceptibles de una apropiación privada...

...De esta distinción tomo origen la división de las cosas que están en nuestro patrimonio y fuera de nuestro patrimonio.

El primer miembro de esta división comprendía las cosas susceptibles de la apropiación privada de un individuo, y que constituyen su fortuna, su patrimonio.

⁷² *Ibid.*, p. 368.

El segundo miembro comprende las cosas que pueden ser útiles al hombre, pero que no son susceptibles de pertenecer a persona determinada y de las cuales se dice que están fuera del comercio de los hombres, a diferencia de aquellas que están en el comercio.

Así, pues, se dice que una cosa está in comercio o in patrimonio cuando es susceptible de ser el objeto de un derecho cualquiera, propiedad, posesión, etc., y por el contrario, se dice que esta extra commercium o extra patrimonium cuando no es susceptible de apropiación privada.

Esta distinción, establecida por el derecho Romano, ha sido sancionada por el Código civil en los artículos 778 y siguientes de los cuales, el primero declara que pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no están excluidas del comercio.

Las cosas pueden estar fuera del comercio, por su naturaleza, ó por disposición de la ley (art. 779, Cod. Civ.)

Los bienes son de muchas especies, y las diferencias que los distinguen provienen de su naturaleza misma, ó de la determinación de la ley.

Están fuera del comercio por su naturaleza, las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, como el aire, la luz, el mar, y por disposición de la ley, las que ella declara irreducibles a propiedad particular: como los caminos, las fortalezas, los puertos, etc., cuyas cosas son conocidas bajo el nombre de públicas (art. 780, Cód. civ.)...⁷³

XI. CÓDIGO CIVIL DE 1884

El Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, fue promulgado por el Presidente Manuel González, en uso de la autorización concedida por decreto del 14 de diciembre de 1883, e inició su vigencia el 1º de junio de 1884.

En relación con el tema a estudio, en su Libro Segundo “De los Bienes, la Propiedad y sus diferentes Modificaciones”, el Título Primero “Disposiciones Preliminares”, se compone de los siguientes artículos:

Artículo 680.—Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no están excluidas del comercio.

Artículo 681.—Las cosas pueden estar fuera del comercio, por su naturaleza ó por disposición de la ley.

⁷³ MATEOS ALARCÓN, Manuel, *Lecciones de Derecho Civil, Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal*, Tomo II, Edición facsimilar, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2004, pp. 3-5.

Artículo 682.—Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseidas por algun individuo exclusivamente; y por disposicion de la ley las que ella declara irreductibles á propiedad particular.⁷⁴

Para Manuel Mateos Alarcón, el Código Civil de 1884, establece una distinción entre cosas y bienes. En la cual cosa, es el género y bien es la especie, siguiendo a la escuela de la exégesis, el criterio diferenciados es la susceptibilidad de apropiación.

La palabra cosa, tienen dos significaciones: una gramatical y extensa, bajo la cual se comprende todo lo que puede ser útil ó provechoso al hombre, y otra extracta que comprende todo lo que es objeto de derechos y obligaciones. Esta distinción produce la diferencia capital que existe entre las cosas y los bienes, pues bajo la primera denominación se comprende todo lo que existe, como el aire, el sol, los astros, el mar, que no son susceptibles de pertenecer á alguno en propiedad, y bajo la segunda denominación se comprenden las cosas susceptibles de pertenecer á alguno en propiedad, con exclusión de los demás, inclusas las cosas de creación puramente legal, que consisten en una abstracción, como los derechos.⁷⁵

XII. CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN VIGOR

El Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, en materia Común, y para toda la República en materia Federal, expedido por el Presidente Plutarco Elías Calles, en uso de la facultad conferida por el H. Congreso de la Unión por Decretos de 7 de enero y de 6 de diciembre de 1926 y de 3 de enero de 1928,⁷⁶ en vigor el 1º de octubre de 1932, según consta del artículo 1º Transitorio del Decreto expedido por el Presidente Pascual Ortiz Rubio, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 1º de septiembre de 1932,⁷⁷ en su Libro Segundo “De los Bienes”, Título Primero “Disposiciones Preliminares”, señala:

⁷⁴ Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, México, Imprenta de Francisco Díaz de León, 1884, p. 83. Nota: Se respeta la redacción original.

⁷⁵ MATEOS ALARCÓN, Manuel, *Código Civil del Distrito Federal, Concordado y Anotado*, Tomo I, Librería de la Vda. De Ch. Bouret, México, 1904, pp. 328-329.

⁷⁶ Publicado en la Sección 3ª del *Diario Oficial de la Federación* los días sábado 26 de mayo; sábado 14 de julio; viernes 3 de agosto y viernes 31 de agosto, todos de 1928, corregido según fes de erratas publicadas en el mismo Diario de 13 de junio y 21 de diciembre de 1928.

⁷⁷ Artículo 1º.—Este Código comenzó a regir el 1º de octubre de 1932.

Artículo 747.—Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no están excluidas del comercio.

Artículo 748.—Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley.

Artículo 749.—Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular.⁷⁸

El ámbito de aplicación y la denominación de este Código Civil fue modificada en los términos del artículo 1º del Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del lunes 29 de mayo de 2000 y en la *Gaceta Oficial* del Distrito Federal del martes 30 de mayo de 2000, el cual establece:

DECRETO por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal...

...Artículo Primero.—Se modifica la denominación del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, y con ello se reforman sus artículos 1o., 1803, 1805 y 1811, y se le adiciona el artículo 1834 bis, para quedar como sigue:

CÓDIGO CIVIL FEDERAL

Artículo 1o.—Las disposiciones de este Código regirán en toda la República en asuntos del orden federal...

TRANSITORIOS

Primero.—El presente Decreto entrará en vigor a los nueve días siguientes de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

Segundo.—Las menciones que en otras disposiciones de carácter federal se hagan al Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, se entenderán referidas al Código Civil Federal.

Las presentes reformas no implican modificación alguna a las disposiciones legales aplicables en materia civil para el Distrito Federal, por lo que siguen vigentes para el ámbito local de dicha entidad todas y cada una de las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, vigentes a la entrada en vigor del presente Decreto...

Dicho Código Civil Federal, en relación a los bienes y a las cosas conservó la redacción original del Código Civil de 1928, en efecto, establece en su

⁷⁸ Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, en materia Común, y para toda la República en materia Federal, Talleres Gráficos de la Nación, México, 1928.

Libro Segundo “De los bienes”, Título Primero “Disposiciones Preliminares”, lo siguiente:

Artículo 747.—Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no están excluidas del comercio.

Artículo 748.—Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley.

Artículo 749.—Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular.

En la Gaceta Oficial del Distrito Federal de 25 de mayo de 2000 se publicó el Decreto por el cual se modificó el ámbito de aplicación y la denominación del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, el cual establece:

Artículo Primero.—El Código Civil para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República en Materia Federal vigente, promulgado por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el veintiséis de marzo de mil novecientos veintiocho, en vigor a partir del primero de octubre de mil novecientos treinta y dos, según decreto publicado en el mismo diario el día primero de septiembre de mil novecientos treinta y dos, con sus reformas y adiciones publicadas hasta esta fecha y junto con las reformas a que se refiere este decreto, en el ámbito de aplicación del fuero común, se denominará Código Civil para el Distrito Federal...

TRANSITORIOS

Artículo Primero.—El presente Decreto entrará en vigor el primero de junio del año 2000 [...].

El Código Civil para el Distrito Federal,⁷⁹ en vigor, en relación al tema de bienes y cosas, también conservó las mismas disposiciones que el Código Civil de 1928, sin reforma alguna, en su Título Primero “Disposiciones Preliminares” del Libro Segundo “De los Bienes”, establece:

Artículo 747.—Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no están excluidas del comercio.

⁷⁹ De conformidad con lo dispuesto en el artículo décimo cuarto transitorio del “Decreto por el que se declaran reformadas y derogadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de la Reforma Política de la Ciudad de México”, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, de fecha veintinueve de enero de dos mil dieciséis, todas las referencias que en la Constitución y demás ordenamientos jurídicos se hagan al Distrito Federal, deberán entenderse hechas a la Ciudad de México.

Artículo 748.—Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley.

Artículo 749.—Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular.

Como se aprecia los numerales 747, 748 y 749 en los tres Códigos Civiles (el de 1928, el Federal y el de la Ciudad de México), tienen la misma redacción, por lo que el análisis y comentarios que se efectúan son válidos para el estudio de dichos ordenamientos legales.

En su participación en los comentarios y análisis del Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia Federal, Don Ignacio Galindo Garfias, distingue el término cosa, al designarla como el género, del término jurídico bien, el cual para dicho autor, es una especie de aquél. Siguiendo el criterio de que los bienes son cosas que pueden ser objeto de una relación jurídica patrimonial.

Sobre el artículo 747 el jurista Ignacio Galindo Garfias afirma:

...Este precepto enuncia implícitamente el concepto de "bien" en sentido jurídico. Solo las cosas que pueden ser objeto de apropiación son bienes para el derecho y como tales pueden ser objeto de relaciones patrimoniales.

Por extensión se llama "bienes" a ciertos valores superiores, como la vida, la salud, el honor, la libertad, etc., que son susceptibles de ser apreciados en dinero, son algo más: constituyen el objeto de protección jurídica.

El artículo distingue entre cosas y bienes. Las primeras son todo lo que existe en la naturaleza (excepto el hombre). Los segundos se refieren a todo aquello que existiendo en la naturaleza, es susceptible de ser sometido al poder de dominación o apropiación de la persona; ya que se trate de bienes materiales (corpóreos) o inmateriales (incorpóreos).

Atendiendo a esta disposición legal, se distinguen los bienes en sentido jurídico, de los bienes en sentido económico; pues mientras los primeros son aquellas cosas susceptibles de apropiación, los bienes económicos son las cosas que rinden una utilidad al hombre.

Por otra parte, solo las cosas susceptibles de apropiación, es decir los bienes a que se refiere este dispositivo, pueden ser objeto del tráfico jurídico, en la medida en que el patrimonio está constituido por los bienes propiamente dichos, que son susceptibles de apropiación.

Algunos juristas consideran sin embargo que debe aceptarse la noción de patrimonio moral, aunque no sean susceptibles de negociación jurídica los bienes que lo integran.

El CC italiano presenta la noción de bienes cuando declara (a.810) “Son bienes las cosas que pueden ser objeto de derechos”, dando al concepto mayor amplitud de compresión, pues en ese sentido, formarían parte de él, las cosas valiosas económicamente, los derechos pecuniarios y los bienes de contenido moral”.⁸⁰

En su comentario y análisis al artículo 748, este distinguido autor, afirma:

Conforme a lo que dispone este precepto, algunas cosas no pueden ser objeto de apropiación y por lo tanto se hallan fuera del comercio en razón de su propia naturaleza. No pueden ser objeto de apropiación de persona alguna (la luz del sol, la atmósfera, el cuerpo humano, etc.) otras no están en el comercio por disposición de la ley (los bienes del dominio público, los de uso común etc.).

El código dispone de ciertos bienes que son del dominio del poder público, no pueden por lo tanto pertenecer a los particulares, y por consiguiente no pueden ser objeto de tráfico jurídico, que en el sentido de la expresión están fuera del comercio...

...En el derecho romano por res in comercio se entendía todas aquellas cosas susceptibles de apropiación privada para excluir a las cosas destinadas al culto religioso, (res sacrae), las cosas publicae que pertenecían al dominio público, etc.⁸¹

Y por último, el Doctor Ignacio Galindo Garfias, en relación al análisis de lo dispuesto por el artículo 749, comenta lo siguiente:

[...] Como los artículos que anteceden, este precepto integra la noción de bien, para los efectos civiles; reiterando que están fuera del comercio las cosas que no pueden ser poseídas por alguien exclusivamente por que lo impide la naturaleza de las mismas, y las que por disposición de la ley, independientemente de su naturaleza, no pueden ser reducidas a propiedad particular.

Se observa que el precepto emplea indistintamente las palabras “poseídas” y “propiedad” para determinar qué cosas se encuentran fuera del comercio. En el a. 747, el término gramatical empleado es “apropiación”. Si bien se observa, la idea común que aparece en estos tres vocablos es la de que se encuentran fuera del comercio, todas aquellas cosas sobre las que, los particulares no pueden ejercer un poder de dominación o de dominio. Este es el contenido de las palabras que como sinónimos el legislador emplea con acierto, para dar así mayor claridad y precisión al concepto de bien, que en la coordinación de los tres preceptos, encuentra su connotación adecuada.⁸²

⁸⁰ GALINDO GARFIAS, Ignacio, en *Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal*, Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Miguel Angel Porrúa, México, 1987, p. 1.

⁸¹ *Ibid.*, p. 2.

⁸² *Idem*.

El Código Civil vigente en la Ciudad de México, en mi opinión, se refiere en sentido jurídico a los bienes como el género y a las cosas como una especie de aquéllos.

Por sus antecedentes en el derecho romano, o mejor dicho, por su tradición romanista, se debe entender la mención “bienes” de la denominación del Libro Segundo del Código Civil, en un sentido técnico jurídico.

El Título Segundo “Clasificación de los Bienes” del Libro Segundo del Código Civil, regula a los bienes, en sentido jurídico.

En este orden de ideas, el Código Civil, en su artículo 764, reconoce dos tipos de bienes:

Artículo 764.—Los bienes son de dominio del poder público o de propiedad de los particulares.

Conforme a dicha disposición y a la contenida en el artículo 765, los bienes que son objeto del dominio del poder público, es decir, los que pertenecen a los Estados Unidos Mexicanos, a la Ciudad de México, a los Estados o a los Municipios, constituyen la primera categoría, es decir, *los bienes en sentido estricto*.

Artículo 765.—Son bienes de dominio del poder público los que pertenecen a la Federación, al Distrito Federal, a los Estados o a los Municipios.

Y los bienes que son propiedad de los particulares, es decir, aquellos que pueden ser objeto del derecho de propiedad y de los demás derechos reales, reciben el nombre de cosas.

Artículo 772.—Son bienes de propiedad de los particulares todas las cosas cuyo dominio les pertenece legalmente, y de las que no puede aprovecharse ninguno sin consentimiento del dueño o autorización de la ley.

El régimen jurídico de los *bienes strictu sensu* se establece en los artículos 766, 767, 768 y 770 del Código Civil, el cual remite a la legislación en la materia, como por ejemplo la Ley del Régimen Patrimonial y del Servicio Público del Distrito Federal;⁸³ y en materia Federal⁸⁴ la Ley General de Bienes Nacionales.⁸⁵ Ordenamientos que por lo demás hablan siempre de bienes y nunca se refieren al término jurídico cosas.

⁸³ El Artículo 3º de la Ley del Régimen Patrimonial y del Servicio Público señala: El Distrito Federal tiene personalidad jurídica para adquirir y poseer toda clase de bienes muebles e inmuebles que le sean necesarios para la prestación de los servicios públicos a su cargo y en general para el desarrollo de sus propias actividades y funciones en los términos que señala el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal y esta Ley.

⁸⁴ Artículo 766 del Código Civil Federal.—Los bienes de dominio del poder público se regirán por las disposiciones de este Código en cuanto no esté determinado por leyes especiales.

⁸⁵ La Ley General de Bienes Nacionales, en su artículo 1 señala: La presente Ley es de orden público e interés general y tiene por objeto establecer: I. Los bienes que constituyen el

Artículo 766.—Los bienes del dominio público del Distrito Federal, se regirán por las disposiciones de este Código en cuanto no esté determinado por leyes especiales.

Artículo 767.—Los bienes de dominio del poder público se dividen en bienes de uso común, bienes destinados a un servicio público y bienes propios.

Artículo 768.—Los bienes de uso común son inalienables e imprescriptibles. Pueden aprovecharse de ellos todos los habitantes, con las restricciones establecidas por la ley; pero para aprovechamientos especiales se necesita concesión otorgada con los requisitos que prevengan las leyes respectivas.

Artículo 770.—Los bienes destinados a un servicio público y los bienes propios, pertenecen en pleno dominio al Distrito Federal; pero los primeros son inalienables e imprescriptibles, mientras no se les desafecte del servicio público a que se hallen destinados.

Como se mencionó, con fundamento en el artículo 772 del citado Código Civil, los bienes que son objeto del derecho de propiedad y de los demás derechos reales reciben el nombre técnico jurídico de cosas.

En este sentido debe entenderse el artículo 747 cuando señala que los bienes que pueden ser objeto de una relación jurídica patrimonial son las *cosas*.

Sólo pueden ser apropiables o poseídas las cosas, en el sentido de bienes corpóreos.

La frase que estén en el comercio, debe entenderse en el sentido del derecho romano. A saber, aquellas cosas (*res corporae*) que son susceptibles de ser objeto de un derecho real. El particular puede aprovecharlas directamente en toda su singularidad y al tener un valor económico forman parte del patrimonio de la persona.

El artículo 772 señala que son bienes de propiedad de los particulares todas las *cosas* cuyo dominio les pertenece legalmente, y de las que no puede aprovecharse ninguno sin consentimiento del dueño o autorización de la ley. Por lo tanto, los bienes cuyo dominio (aprovechamiento) corresponde a los particulares reciben el nombre técnico jurídico de cosa.

No son cosas aquéllas que no pueden ser poseídas por persona alguna. Por un individuo exclusivamente, dice el artículo 749, en su primera parte. Aquí se hace referencia a que no pueden ser aprovechadas por una persona en su conjunto o inmensidad.

Tampoco son cosas, las que la ley declara irreductibles a propiedad particular, dice el artículo 749, en su segunda parte. Entendiendo que no pue-

patrimonio de la Nación; II. El régimen de dominio público de los bienes de la Federación y de los inmuebles de los organismos descentralizados de carácter federal.

den ser objeto ni del derecho real de propiedad, ni objeto de derecho real alguno.

Por lo tanto, las cosas que están fuera del comercio son bienes. Y dichos bienes (*res extracommercium*) sí pueden ser objeto de otra relación jurídica patrimonial. El Estado es titular del dominio sobre sus bienes. Un particular puede aprovechar dichos bienes a través de su explotación, uso o aprovechamiento, como en el supuesto de que sea titular de una concesión sobre bienes nacionales o sobre bienes del dominio público de la Ciudad de México.

De esta manera el Código Civil vigente en la Ciudad de México, reconoce que los bienes como género comprenden todos aquellos que son susceptibles de apropiación particular y aquellos de los que es titular el Estado o la Ciudad de México (Entidad Federativa). Por tal motivo la Ley General de Bienes Nacionales, regula a los bienes de los que es titular los Estados Unidos Mexicanos y la Ley del Régimen Patrimonial y del Servicio Público del Distrito Federal, regula los bienes de es titular la Ciudad de México. Dichos ordenamientos no regulan las cosas de que es propietario el Estado o la Entidad Federativa, quienes no pueden ser titular del derecho de propiedad, sino únicamente del dominio. En derecho privado tenemos a los bienes vacantes, los cuales no son susceptibles de apropiación particular conforme al artículo 787 del Código Civil y por ese motivo se refiere a ellos como bienes y no como cosas.

El propio Código Civil vigente en la Ciudad de México y el Código Civil Federal, después de distinguir claramente los bienes de las cosas, regulan en su articulado el régimen de las cosas.

Como ejemplo tenemos los artículos 262, fracción II y 519 *in fine*, que se refieren a cosa como objeto de derecho real; los muebles de que es titular un particular reciben el nombre de cosa en los artículos 754 *in fine* y 761; en el régimen de mostrencos, en cuanto se tiene la posibilidad de ser objeto de un derecho real, el Código Civil los denomina cosas en los artículos 775 y siguientes; la posesión recae sobre cosas conforme al artículo 790 (es de advertir que se encuentra superada por la doctrina la tesis de que puede haber posesión sobre derechos, es decir, bienes incorpóreos); la propiedad tiene por objeto una cosa según el artículo 830; la copropiedad tiene por objeto una cosa conforme al artículo 938 (también superada la tesis de que hay copropiedad sobre derechos, bienes incorpóreos); en el caso del usufructo, en la definición y en algunos artículos se refiere a bienes ajenos,⁸⁶ lo anterior

⁸⁶ Entiendo que la utilización del término bienes en el usufructo que hace el Código Civil se refiere a la acepción romana *bona*.

por su antecedente legislativo, desafortunadamente el Código Civil, no siguió a pie juntillas la definición de Paulo,⁸⁷ pero en su regulación predomina el término cosas;⁸⁸ en el uso se refiere el Código Civil a las cosas como objeto de dichos derecho real; en la habitación y en la servidumbre, utiliza el término casa en aquél y de inmueble en éste, como objetos de dichos derechos reales; lo mismo en la prescripción positiva; en materia de legados se refiere a que las cosas pueden ser objeto de ellos, *cfr.* artículo 1392; en materia de obligaciones tenemos más ejemplos, en especial los artículos 2011 y 2062; en materia de contratos traslativos de dominio, en la compraventa se reconoce que la cosa es el objeto del derecho de propiedad (artículo 2248); lo mismo sucede en la permuta (artículo 2327); un caso de aparente excepción es la donación, que se refiere a bienes; pero por lo expuesto en este estudio debe entenderse correctamente como cosas; en el mutuo (artículo 2384), también se reconoce que el derecho de propiedad tiene por objeto una cosa; en el arrendamiento (artículo 2398) y en el comodato (artículo 2497), se utiliza el término cosa. Puedo concluir que siempre que el Código Civil se refiere al objeto de un derecho real habla de cosas.

Sin embargo, el propio Código Civil, utiliza el término bienes en la regulación de ciertas instituciones, en mi opinión lo hace en el sentido del término *bona* del derecho romano clásico, es decir, como sinónimo de patrimonio o como sinónimo de una universalidad o conjunto de cosas.

En mi concepto y por lo antes expuesto, en materia de derechos reales, éstos únicamente tienen por objeto cosas.

Por tal motivo, entiendo por cosa aquél bien corpóreo que puede ser objeto de un derecho real.

Analicemos el concepto propuesto. La naturaleza de una cosa, en materia de derechos reales, es un bien. Como tal, es una entidad que proporciona una satisfacción a una necesidad reconocida por el ordenamiento jurídico, para cuya satisfacción se concede o reconoce un poder directo sobre la cosa; en el primer supuesto es el caso de los derechos reales y en el segundo es el caso de la posesión.

Es un bien corpóreo, su existencia es física y material. Tiene existencia en la naturaleza, por lo tanto, puede ser apreciado por los sentidos. Ya en forma directa, como es el caso de los bienes tangibles; o en forma indirecta, es el caso de los bienes intangibles, como los gases, la energía eléctrica, la energía nuclear, las ondas de radio, el espectro electromagnético, etcétera.

⁸⁷ *Usus fructus est ius alienis rebus utendi friuendi salva rerum substantia.*

⁸⁸ Como ejemplo consultense los artículos 993, 994, 998, 1000, 1002, 1003, 1011, 1038, etcétera.

Las cosas en tanto son bienes, pueden ser objeto de una relación jurídica, es decir, el ordenamiento jurídico las reconoce como susceptibles de ser aprovechadas directamente, como en los derechos reales, o incluso, pueden ser aprovechadas a través de una prestación o conducta de una persona, como en los derechos personales que tienen por objeto indirecto una cosa.

En razón de lo anterior, afirmo que los derechos reales tienen por objeto exclusivamente bienes corpóreos. La vieja discusión de si puede existir un derecho real de usufructo que tenga por objeto un derecho de usufructo (bien incorpóreo) o el derecho real de hipoteca que tiene por objeto otro derecho real de hipoteca (bien incorpóreo), ha sido superada con creces. Incluso la propia denominación de propiedad intelectual, ha sido duramente criticada por no corresponder a la realidad del objeto del derecho intelectual.⁸⁹

La relación jurídica de la que es objeto la cosa debe de ser patrimonial. El bien debe ser susceptible de tener una apreciación pecuniaria. La cosa tiene un valor económico y como tal forma parte del activo del patrimonio de una persona.

Por último, dicha relación jurídica debe de ser naturaleza privada. El Estado o la Ciudad de México, no tiene el derecho de propiedad sobre sus bienes: tiene el dominio.

La Ciudad de México o el Estado tampoco puede ser titular de los derechos reales sobre cosa ajena (usufructo, uso, habitación y servidumbre), sino que tiene la atribución de usar o aprovechar las cosas de los particulares a través de los institutos jurídicos de la limitación o modalidades del derecho de propiedad, así lo señala el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.⁹⁰ En este supuesto, el particular no constituye un derecho real en favor del Estado o de la Ciudad de México, sino que el titular de la cosa sufre una limitación en su derecho de propiedad por la utilización o aprovechamiento que el poder público hace de ella.⁹¹

⁸⁹ En esta materia se discute sobre la naturaleza jurídica de la propiedad industrial o intelectual, acerca de si su naturaleza jurídica es una propiedad, un derecho real especial o un privilegio de derecho privado.

⁹⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que Reforma la de 5 de febrero de 1857.

⁹¹ El artículo 27 constitucional en su tercer párrafo establece: “La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana”.

XIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1996, p. 86.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Curso de Derecho Civil*, Editorial Nascimento, Santiago, 1940.
- BERNI, Joseph, *Instituta Civil, y Real*, Joseph Estevan y Cervera, Valencia, 1775.
- CARBONNIER, Jean, *Derecho Civil*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1965.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Reus, Madrid, 1992.
- Code Civil Des Francais*, Paris, Pierre Didot, 1804.
- Code Civil*, Paris, Litec, 1997.
- Código Civil Alemán, Traducción del Dr. Albert Lamarca Marqués, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja-California, Imprenta dirigida por José Batiza, México, 1870.
- Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, Imprenta de Francisco Díaz de León, México: 1884.
- Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, en materia común, y para toda la república en materia federal, Talleres Gráficos de la Nación, México, 1928.
- Código Civil de la República Argentina, Editorial San Isidro Labrador, Argentina, 1999.
- Código Civil Español, Tecnos, Madrid, 1997.
- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, Argentina, vmg.studio, 2015.
- COLIN, Ambroise y HENRI-LUCIEN, Capitant, *Curso Elemental de Derecho Civil*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2013.
- Cuerpo del Derecho Civil Romano*, traducido por Ildefonso L. García del Corral, Edición facsimilar, Barcelona, s/e, s/a.
- DUBLÁN, Manuel y MÉNDEZ, Luis, *Novísimo Sala Mexicano, o Ilustración al Derecho Real de España*, Imprenta del Comercio, de N. Chavez, a cargo de J. Moreno, México, 1870.
- ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, *Tratado de Derecho Civil*, 3a. ed., Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1971.
- FOIGNET, René, *Manual Elemental de Derecho Romano*, Editorial José M. Cajica, Jr., Puebla, 1956.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, en *Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Miguel Angel Porrúa, México, 1987.
- GALVAN RIVERA, Mariano, *Nuevo Febrero Mexicano*, Impreso por Santiago Pérez, México, 1850.
- GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, a cargo de F. Abienzo, Madrid, 1852.

- GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBAN, Juan Manuel, *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, Imprenta de Cumplido, México, 1852.
- GUERRA, Raimundo, *Derecho del Código o sea El Código Civil del Distrito*, Imp. De J.M. Aguilar Ortiz, México, 1873.
- HATTENHAUER, Hans, *Conceptos Fundamentales del Derecho Civil, Introducción histórico-dogmática*, Ariel, Barcelona, 1987.
- HEINECCIO, J. Gottl, *Recitaciones del Derecho Civil según el Orden de la Instituta*, Librería de Garnier Hermanos, París, s/a.
- IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado*, Ariel, Barcelona, 1987.
- JUSTINIANO, *El Digesto del Emperador Justiniano*, traducción de Don Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca, Edición Facsimilar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2007.
- LARENZ, Karl, "Derecho Civil, Parte General", en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1978.
- Las Siete Partidas del Sabio Rey*, Partida III, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2004.
- MACEDO, Pablo, *El Código Civil de 1870, su importancia en el Derecho Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1971.
- MAZEUD, Henri y MAZEUD, León y MAZEUD, Jean *Lecciones de Derecho Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1976.
- MATEOS ALARCÓN, Manuel, *Lecciones de Derecho Civil, Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal*, Edición facsimilar, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2004.
- MATEOS ALARCÓN, Manuel, *Código Civil del Distrito Federal, Concordado y Anotado*, Librería de la Vda. De Ch. Bouret, México, 1904.
- MUSTO, Néstor Jorge, *Derechos Reales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000.
- PETIT, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Editora Nacional, México, 1958.
- PLANIOL, Marcel y GEORGES, Ripert, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Cultural, Habana, 1946.
- , *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1983.
- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D., *Derecho romano*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Talleres Calpe, Madrid, 1925.
- RIGAUD, Luis, *El Derecho Real, historia y teorías, su origen institucional*, Reus, Madrid, 2004.
- RIPERT, George y BOULAGER, Jean, *Tratado de Derecho Civil según el tratado de Planiol*, La Ley, Buenos Aires, 1987.
- RUANOBA, Francisco de Paula, *Lecciones de Derecho Civil*, Imp. de Narciso Bassols, Puebla, 1871.

SOBRE EL CONCEPTO DE COSA EN LA TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS REALES ♦ Herrera 303

- TRABUCCHI, Alberto, "Instituciones de Derecho Civil", en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1967.
- SAVIGNY, M. F. C. de, *Sistema del Derecho Romano Actual*, F. Góngora y Compañía, Editores, Madrid, 1878.
- VALBUENA, Manuel de, *Diccionario Universal Latino-Español*, Imprenta Real, Madrid, 1829.
- VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, *Tratado de Derecho Civil Español*, Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1925.
- WESTERMANN, Harry; WESTERMANN, Harm Peter; GURZKY, Karl-Heinz y EICKMANN, Dieter, *Derechos Reales*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	IX
<i>Miguel Ángel Beltrán Lara</i>	
AJUSTES A LAS REFORMAS DE 2016 AL CÓDIGO NAPOLEÓN, EN MATERIA DE DERECHO DE LOS CONTRATOS Y DEL RÉGIMEN GENERAL DE LAS OBLIGACIONES, POR LA LEY 2018-287.....	1
<i>Jorge Alfredo Domínguez Martínez</i>	
I. Presentación	1
II. Textos de 2016 y de 2018. Su glosa.....	3
ANTONIO DÍAZ SOTO Y GAMA, NOTARIO	19
<i>Ángel Gilberto Adame López</i>	
Bibliografía	25
COMPRAVENTA DE COSA AJENA NATURALEZA JURÍDICA EN EL DERECHO MEXICANO	29
<i>Flavio Galván Rivera</i>	
I. Contrato de compraventa.....	30
A. Definición	30
B. Clasificación	32
II. Compraventa de cosa ajena	33
A. Compraventa de cosa ajena conforme a Derecho	35
1. Compraventa por el representante voluntario o convencional ..	35
2. Compraventa por representantes legales.....	36
3. Pertinente conclusión intermedia.....	37
4. Compraventa por el acreedor prendario respecto de la cosa pig- norada	37
B. Compraventa antijurídica de cosa ajena	38
1. Existencia e inexistencia del contrato.....	40
a) Inexistencia por falta de consentimiento	42
b) Inexistencia por falta de objeto directo	44
2. Nulidad	46
a) Nulidad absoluta	47
b) Nulidad relativa	50
3. Causa del criterio errático de los tribunales federales.....	51
4. Validez de la compraventa de cosa ajena	54

C. Comentarios adicionales	54
III. Opinión personal	56
A. Inexistencia de la compraventa de cosa ajena	56
B. Nulidad de pleno Derecho.....	57
C. Revalidación y convalidación	59
IV. Casos especiales de eficacia del contrato	60
V. Bibliografía	61
 EL DIVORCIO NOTARIAL, UNA AMABLE ELECCIÓN	63
Olga Sánchez Cordero Dávila de García Villegas	
I. Introducción	63
II. Antecedentes del divorcio en México.....	66
III. El divorcio notarial	75
A. La amplitud de la protección al derecho al libre desarrollo de la personalidad a travéz de la fe pública	78
B. Reducción de tiempo y del desgaste de los interesados en el proceso	80
C. Descongestión judicial y redistribución de recursos.....	81
IV. Conclusiones.....	82
V. Epílogo.....	83
VI. Bibliografía	84
 EL LAVADO DE DINERO Y EL APOYO DEL NOTARIADO AMERICANO PARA SU COMBATE	87
David Figueroa Márquez	
GESTIÓN DE NEGOCIOS	103
Bernardo Pérez Fernández del Castillo	
I. Introducción	103
II. Utilidad práctica de la gestión para la actividad notarial	104
III. La ratificación.....	105
IV. Obligaciones del gestor.....	106
V. Obligaciones del dueño.....	107
 LA ACCIÓN DISCRIMINATORIA A FAVOR DE LAS MUJERES, DISCRIMINACIÓN, ¿SÍ O NO?	109
Ignacio Soto Sobreira y Silva	
I. Introducción	109
II. ¿Qué son la discriminación positiva y las acciones afirmativas?	110
III. La jurisprudencia al respecto	114
IV. ¿Discriminación, sí o no?	118
V. Conclusiones.....	120
VI. Bibliografía	121

LA ADOPCIÓN EN EL CONTEXTO SOCIAL.....	123
María Teresa Rodríguez y Rodríguez	
I. Introducción	123
II. Evolución de la adopción	124
A. Derecho civil romano.....	124
B. Derecho civil francés.....	125
C. Derecho familiar mexicano	127
D. Ley Orgánica del Registro Civil	128
E. Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870	129
F. Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884	129
G. Ley de Relaciones Familiares de 1917	130
H. Código Civil para el Distrito Federal, actualmente Ciudad de México	131
III. Principales reformas al Código Civil vigente en materia de adopción..	131
IV. Reglamentación de la adopción en leyes administrativas.....	134
V. Reflexiones finales	134
VI. Bibliografía	137
LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA ADQUISICIÓN DE BIENES INMUEBLES POR PARTE DE EXTRANJEROS EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA	139
Olga Mercedes García Villegas Sánchez Cordero	
I. Introducción	139
II. La evolución histórica de la fracción I del artículo 27 constitucional ..	139
III. La legislación reglamentaria derivada de la fracción i del artículo 27 constitucional	145
A. La adquisición de la propiedad de un inmueble y el fideicomiso en zona restringida.....	152
B. La iniciativa del 23 de abril del 2013	155
IV. Conclusiones.....	156
V. Bibliografía	158
LA JURISPRUDENCIA Y SU IMPACTO EN LA DOCTRINA DE LAS FACULTADES IMPLÍCITAS EN LOS PODERES GENERALES PARA ACTOS DE ADMINISTRACIÓN	161
Juan Antonio Chirino Sprung	
I. Reglas de interpretación de las leyes. Interpretación jurídica	161
A. Interpretación judicial de textos normativos. Aspectos que deben considerarse para los principios y metodología aplicables.....	162
B. Interpretación judicial. Su concepto y características tratándose de casos problema.....	162
II. Antecedentes.....	163

III. Opiniones interpretando la jerarquización de los poderes generales	165
IV. Poderes generales para actos de dominio, de administración, y para pleitos y cobranzas, existe una gradación o jerarquía de la que nacen facultades implícitas.	168
V. Opiniones sobre la no jerarquización del los poderes generales	170
VI. Bibliografía	174
 LAS COLECCIONES PRIVADAS DE ARTE. SUS DESAFÍOS.	175
Jorge Sánchez Cordero	
I. Introducción	175
II. Sección I. El espacio privado cultural.	181
A. Los desafíos de su confección	182
B. Colecciones privadas y públicas	186
III. Sección II. El Estado y las Colecciones Privadas Culturales.	188
A. La temática jurídica.	188
B. El tránsito de Colecciones Privadas a Colecciones Públicas	191
C. Acceso Público.	198
IV. Conclusiones.	200
 LOS EDIFICIOS PESADOS DE LA CIUDAD DE MÉXICO CONSIDERADOS COMO COSAS PELIGROSAS CONFORME A LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA O DEL RIESGO CREADO	201
Rafael Manuel Rocher Gómez	
I. Introducción	201
II. Aplicación de la teoría de la responsabilidad objetiva, en la urbanización de la Ciudad de México	206
III. Consideraciones finales.	208
 MANTENIMIENTO DE LA PAZ Y SEGURIDAD INTERNACIONALES.	209
Alfonso Tirso Muñoz de Cote Otero	
I. Introducción	209
II. Análisis histórico	210
III. El uso de la fuerza bajo el sistema de la carta de la ONU	212
A. Prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza	212
B. Responsabilidades del Consejo de Seguridad.	213
C. Legítima defensa	214
IV. Medidas que no involucren el uso de la fuerza	215
V. Operaciones de mantenimiento de la paz	217
VI. Acuerdos regionales de seguridad.	218
VII. Intervención humanitaria.	218

ÍNDICE	309
MATRIMONIO ANTE NOTARIO	221
Carlos Correa Rojo	
I. Antecedentes.....	222
II. Código Civil 1928	225
III. Derecho familiar.....	225
IV. Matrimonio.....	230
V. Concepto de matrimonio y requisitos	232
VI. Elementos de existencia del contrato de matrimonio	233
VII. Requisitos de validez del matrimonio	234
OBLIGACIONES DEL NOTARIO EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE LAVADO DE DINERO	247
Eduardo García Villegas	
I. Introducción.....	247
II. Los notarios públicos y la ley antilavado	248
III. Conclusiones.....	258
SOBRE EL CONCEPTO DE COSA EN LA TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS REALES	261
José Joaquín Herrera Villanueva	
I. Introducción.....	261
II. Etimología y significado	263
III. Institutas y digesto.....	264
IV. Código Civil Español.....	269
V. Código Civil Francés	273
VI. Código Civil Alemán.....	276
VII. Código Civil Italiano	281
VIII. Código Civil Argentino.....	282
IX. Antecedentes en México.....	285
X. Código Civil de 1870	287
XI. Código Civil de 1884	290
XII. Código Civil para el Distrito Federal en vigor	291
XIII. Bibliografía	301

Esta obra se terminó de componer, imprimir y encuadrinar
el 4 de diciembre de 2018 en los talleres
Castellanos Impresión, SA de CV,
Ganaderos 149, col. Granjas Esmeralda,
09810, Iztapalapa, Ciudad de México,

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