

**HOMENAJE AL DOCTOR
OTHÓN PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO
POR EL COLEGIO DE PROFESORES
DE DERECHO CIVIL
FACULTAD DE DERECHO-UNAM**

**COORDINADOR
ÁNGEL GILBERTO ADAME LÓPEZ**

COLEGIO DE PROFESORES
DE DERECHO CIVIL FACULTAD
DE DERECHO-UNAM

HOMENAJE AL DOCTOR
OTHÓN PÉREZ FERNÁNDEZ
DEL CASTILLO

HOMENAJE AL DOCTOR
OTHÓN PÉREZ FERNÁNDEZ
DEL CASTILLO
POR EL
COLEGIO DE PROFESORES DE
DERECHO CIVIL
FACULTAD DE DERECHO-UNAM

Coordinador

ÁNGEL GILBERTO ADAME LÓPEZ

COLEGIO DE PROFESORES
DE DERECHO CIVIL FACULTAD
DE DERECHO-UNAM

México, 2017

Primera edición: 2017

Homenaje al doctor Othón Pérez Fernández del Castillo

Copyright © 2017

COLEGIO DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL
FACULTAD DE DERECHO-UNAM

Derechos reservados

Registro INDAUTOR: 03-2017-012010531700-01

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

P RESENTACIÓN	IX
Ángel Gilberto Adame López	
LA IMPLEMENTACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONVENCIONALIDAD EN MÉXICO ...	1
Ángel Gilberto Adame	
LA FE PÚBLICA DEL MEDIADOR PRIVADO. EL CASO DE LA CIUDAD DE MÉXICO.	11
Víctor Rafael Aguilar Molina	
APUNTES EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD CIVIL	37
Miguel Ángel Beltrán Lara	
CONCORDANCIA SEXO-GENÉRICA	61
Hilda Carbajal Pérez y Campuzano	
ENUMERACIÓN DE LAS PRINCIPALES OBLIGACIONES DEL NOTARIO EN MATERIA fiscal federal	81
Heriberto Castillo Villanueva	
EL DERECHO DE FAMILIA EN EL CÓDIGO CIVIL DE LA CIUDAD DE MÉXICO....	99
Joel Chirino Castillo	
EVOLUCIÓN DE LA NOCIÓN. RESPONSABILIDAD CIVIL	109
Raquel Sandra Contreras Lopez	
LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA	173
Antonio Fernández Fernández	
D ERECHOS HUMANOS Y FUNCIÓN POLICIAL	185
Sergio García Ramírez	

REFLEXIONES DEL NOTARIADO EN EL TIEMPO.	195
Adrián Iturbide Galindo	
CONSIDERACIONES SOBRE MATRIMONIO “IGUALITARIO” EN ESTADOS UNIDOS Y EN MÉXICO.	209
Alejandro Márquez Murillo	
LA SOCIEDAD ANÓNIMA Y SUS ÓRGANOS SOCIALES	229
Alberto Fabián Mondragón Pedrero	
LA FAMILIA COMO BASE DE LA SOCIEDAD. VISTO DESDE EL MATRIMONIO Y LAS UNIONES DE HECHO EN RELACIÓN CON LA LEY DE SOCIEDAD DE CONVIVENCIA PARA EL DISTRITO FEDERAL	247
Eduardo Montoya López	
LA COMPRA CON DINERO AJENO. RÉGIMEN CIVIL, CUESTIONES FISCALES Y LAVADO DE DINERO	265
Matías Eduardo Pérez García	
LA ÉTICA EN LOS CONTRATOS	279
Bernardo Pérez Fernández del Castillo	
LA DESAPARICIÓN DE LA VENTA JUDICIAL EN EL CÓDIGO CIVIL FEDERAL	287
Óscar Solís Arana	
EL CONTRATO DE MUTUO	321
Vicente Solís Arana	
EL DERECHO DE RETENCIÓN.	343
Miguel Ángel Zamora y Valencia	

PRESENTACIÓN

Ángel Gilberto Adame López



El maestro Othón Pérez Fernández del Castillo es uno de los abogados más prolíficos y polifacéticos de quienes integramos el claustro docente de nuestra Facultad. Cursó sus estudios profesionales y de posgrado en nuestra Máxima Casa de Estudios, obteniendo siempre los máximos honores, y su labor docente, ininterrumpida a lo largo de cinco décadas a todos los niveles, es prueba fidedigna de su excelencia académica y su compromiso magisterial.

La energía interminable de Othón y su pasión por el conocimiento lo han llevado a recorrer muchos senderos jurídicos. Es notario 63 de la Ciudad de México desde hace cincuenta años, función en la que se ha desempeñado con absoluta probidad y a cuya dignificación ha contribuido con su ejemplo, entereza y dedicación, toda vez que es el fundador de las cátedras especializadas en materia notarial que al día de hoy se imparten en la UNAM, así como el coordinador de la bibliografía disponible al respecto. Además, presidió con honorabilidad y determinación nuestro Colegio de Profesores de Derecho Civil.

Su trayectoria académica le ha permitido incursionar en las zonas más polémicas y complejas de nuestra disciplina, como lo es la resolución de conflictos sin necesidad de acudir a la autoridad judicial. Desde su punto de vista, la máxima “Notaría abierta, Juzgado cerrado” es aplicable a efecto de relajar la carga de trabajo de los tribunales por conducto de la asesoría del notario, quien es, ante todo, un especialista en derecho actualizado. Su perspectiva revolucionaria quedó plasmada en un artículo que publicó en el número 116 de la Revista de Derecho Notarial Mexicano: “La función mediadora se presenta como una reforma a la Ley del Notariado en su artículo 33, [...] por medio de la cual el notario interviene para resolver y dirimir controversias”.

La valentía con que asumió la defensa de la mediación, cuando ésta apenas se daba a conocer en México, lo convirtió en su principal impulsor, al grado de que al día de hoy se cuenta entre los mediadores más reconocidos a nivel nacional e internacional; siendo el actual presidente del Consejo Nacional de Mediadores Certificados.

Son muchas las áreas de estudio y las personas sobre las que la influencia del doctor Othón Pérez Fernández del Castillo ha resultado determinante. Sus discípulos pueden dar cuenta de su indeclinable espíritu crítico, pero todos quienes hemos tenido la oportunidad de convivir con él somos testigos de su gran calidad humana.

En lo concerniente al presente volumen, los artículos que lo integran tocan temas tan acuciantes como el principio de convencionalidad y sus contradicciones, la mediación y la resolución de conflictos, la responsabilidad civil y notarial, el derecho familiar, los derechos humanos, el lavado de dinero y la ética; y todos ellos fueron desarrollados por peritos de primer orden, por lo que éste será un documento imprescindible para quienes deseen mantenerse actualizados en el estudio del derecho civil y afines, así como una muestra fehaciente de admiración para el homenajeado.

Integrante de una estirpe de grandes juristas, Othón se ha mantenido fiel al llamado de su familia y, con el liderazgo y el entusiasmo que le caracterizan, ha contribuido a forjar un legado que sobrevivirá a los tiempos acia-gos y será motivo de orgullo para las nuevas generaciones de abogados que habrán de sucedernos.

LA IMPLEMENTACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONVENCIONALIDAD EN MÉXICO

Ángel Gilberto Adame



Uno de los principales retos que enfrenta el derecho en México es el de cerrar la brecha que existe entre las normas dadas por los tratados internacionales y los preceptos constitucionales, vincularlos a las leyes secundarias y garantizar su debida observancia. Esta sincronización, aunque en apariencia sutil, termina por dimensionar los conflictos que surgen en el momento en que se busca la aplicabilidad ostensible de las leyes en un caso particular. Julieta Morales y Sergio García Ramírez, en relación con la convencionalidad que los jueces deben aplicar para introducir las disposiciones internacionales en la Constitución, precisan que “no se trata simplemente de una imposición de la norma internacional, sino de un proceso interpretativo de armonización, que implica, incluso, en algunas ocasiones, dejar de aplicar la primera, al resultar de mayor alcance protector la norma nacional y también derivado de la obligación de respetar los derechos y libertades previstos en los tratados internacionales”.¹ Entonces, ¿cómo ha de solucionarse este dilema? Antes de responder a esto, creo necesario analizar el problema que acucia tal conjugación, es decir el de aplicación de los derechos fundamentales, y luego definir el conflicto que suponen los factores económicos y políticos que, desde mi punto de vista, concretan la ambigüedad existente en los criterios de convencionalidad entre las normas internacionales y las constitucionales.

Actualmente, se habla a diestra y siniestra sobre los paradigmas jurídicos como si estos fueran, más que ejemplos concretos advenidos con las circunstancias históricas, axiomas que permitieran definir y puntualizar esquemáticamente los procedimientos. Esto sugeriría que el derecho trabaja con la rigurosidad racional propia de las ciencias exactas, cuestión que, sin

¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; MORALES SÁNCHEZ, Julieta, *La Reforma Constitucional sobre Derechos Humanos (2009-2011)*, México, Editorial Porrúa, 2015, p. 262.

embargo, negó Hans Kelsen al definirlo como un constructo humano, dado por la transformación de la sociedad, no por la naturaleza,² confiriendo sólo así certeza de su aplicabilidad. De esta manera, sujeto a la cambiante estructura social y a las transformaciones epistémicas, el derecho modifica sus bases prácticas paulatinamente. No es, por tanto, que dicte principios universalmente válidos, sino que, subordinado incluso a la contingencia de los pronunciados por otros saberes, se adecua a ellos. José Isidro Saucedo opina que “es el mismo pensamiento de quien comienza por rechazar lo establecido y propone un nuevo sistema reflexivo”,³ y ese dinamismo es el que encamina a la disciplina jurídica a su función de normar lo fáctico.

Hoy en día, es aceptable asegurar que el respeto a los derechos humanos es el principal soporte de toda nuestra legislación. Aún más, puede afirmarse que se han convertido también en piedra angular de la moralidad en tanto que ponen límites específicos, aunque no necesariamente unívocos, al comportamiento humano.

En términos generales, se puede sustraer de estos preceptos una idea que en diversos ámbitos como la filosofía, la sociología y la antropología ha causado no pocos dilemas, pero que hoy en día marca la pauta de una moral, es decir, la igualdad. De hecho, el derecho humano, atendiendo al segundo término del binomio, parece no permitir ninguna clase de ambigüedad en lo relativo a principios, pues, de acuerdo con los modelos actuales, todo aquel que es humano posee derechos por el simple hecho de serlo. Y ya desde la valoración biológica moderna, y aun desde la jurídica, no se puede afirmar ninguna diferencia *sustancial* entre humanos. Así consta también en el artículo séptimo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, “iguales ante la ley”.⁴

Sin embargo, el artículo citado no determina ninguna idea concreta de aplicación, sino al contrario, evoca una acepción que, por su generalidad, se convierte en una categoría universalmente válida para cualquier legislación. Ahora bien, la aplicabilidad de una constitución y de las sentencias de la Corte Internacional de Derechos Humanos puede ser disímil y causar conflictos en casos particulares, en cuanto que las primeras no pierden su autonomía regulatoria. Si bien, ante ello, los jueces están facultados para armonizar las sentencias del derecho internacional con el nacional e inapli-

² KELSEN, Hans, “Derecho y naturaleza”, *Teoría pura del derecho: introducción a la ciencia del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1973, p. 17.

³ SAUCEDO GONZÁLEZ, José Isidro, “Pensar el Derecho como no ciencia”, p. 10.

⁴ Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 7. Consultado en línea el 14 de marzo de 2017 en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

car las leyes que consideren transgresoras de la Carta Magna mediante un sistema de control constitucional-convencional, cabe preguntar: ¿cómo se llega a un derecho cierto que no sea susceptible de caer en interpretaciones y resoluciones retóricas, avenidas, asimismo, de consideraciones parciales y arbitrarias dadas por la convencionalidad?

I. CONSIDERACIONES DEL PRINCIPIO *PRO PERSONA*

Antes de responder a esta cuestión, es pertinente examinar algunos puntos, entre ellos el engrose del expediente “varios 912/2010” aprobado por la Suprema Corte en la sesión privada del 20 de septiembre de 2011.⁵ A mi parecer, una cuestión que se suscita como consecuencia de esta determinación (ya establecida desde la Constitución de 1917 e ignorada por los jueces y las instituciones), además del conflicto de convencionalidad, es el de la soberanía, cuya defensa no es un tema baladí por mucho que las disposiciones internacionales hayan sido aceptadas. En algunos votos diferentes acerca del engrose mencionado, se afirmó que es inconcebible que México pierda su autonomía y que relegue la Constitución a segundo plano.⁶

Pero si los tratados internacionales de derechos humanos son universales, y por tanto sugieren prioridad respecto de la Constitución, ya no es adecuado considerar la soberanía nacional como referencia excepcional. Zagrebelsky, por su parte, abunda más en esta disyunción ejemplificando la desvalorización de la autodeterminación con el proceso de unificación que han sufrido los Estados europeos a finales del siglo XX y a principios del XXI.⁷ Aunque tal interdependencia política se encumbra especialmente en la conveniencia económica y no en el derecho, no obstante, deja entrever que la defensa legítima de la soberanía comienza a quedar en desuso a partir de las transformaciones sociales.

El principio *pro persona* enuncia, subrepticamente, las diferencias *per accidens* entre los individuos. Quiero decir, supone la igualdad *sustancial* entre los hombres y su dignidad unívoca sin distinciones, pero no deja de lado la consideración de sus diferencias. Justamente es por éstas por las

⁵ “Es un hecho inobjetable que la determinación de sujeción de los Estados Unidos Mexicanos a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es una decisión ya consumada del Estado mexicano”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; MORALES SÁNCHEZ Julieta, *op. cit.*, p. 257.

⁶ *Ibidem*, p. 258.

⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo, “Los caracteres generales del derecho constitucional actual”, *El Derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 9-15.

cuales se vuelve necesario y aplicable. Lo que importa, en cualquier legislación, es la protección de los derechos humanos, pero no se trata de cobijar a toda costa al sujeto, sino de procurarle la mayor protección posible sin desconocer las normas inherentes al orden procesal.

Con lo anterior, los tratados internacionales a favor de este principio pueden ser los supuestos jurídicos de una legislación, pero no pueden determinar de manera absoluta su modo de aplicación, pues ésta pertenece al orden jurídico nacional. Ahora bien, si la dificultad de aplicación estriba precisamente en la diferencia esencial de los ordenamientos y su aplicabilidad, el problema que se presenta en realidad es falso, ya que el *pro persona* ostenta validez universal y, con base en ello, los procedimientos no deberían entablar disputas por la prevalencia de las metodologías adoptadas. De este modo, no parece que el perfeccionamiento de los criterios de convencionalidad sea lo más urgente de este rubro, sino la armonización entre los tratados y la Constitución.

Por lo tanto, la soberanía constitucional no se pierde, pero sí queda supeitada a los principios del derecho humano por ser anteriores a ella. Ciertamente, esta subsunción es más categórica que de facto. Lo que resta decir es que no se trata de uniformarlos en un sistema mundial legislativo, sino de limitar y controlar las diversas legislaciones en aras de la dignidad humana. Por ende, el principio *pro persona* no es un problema de identidad ni de soberanía nacional como algunos afirman,⁸ sino una resolución que, atendiendo a la multiplicidad política, trata de regular las leyes en favor de los individuos. No obstante, como ya se mencionó, la regulación no debería ir por el lado de la convencionalidad, sino de la armonización. Así, el derecho es cierto y positivo siempre que el texto enuncie los principios que la Constitución debe acatar y, al mismo tiempo, los procedimientos que él mismo fija para garantizar no sólo la protección al individuo, sino el respeto al propio ordenamiento.

Otro problema que se deriva de esto, y que encuentro fundamental, es que muchos juristas han buscado cerrar la brecha proponiendo la argumentación como un puente para reparar la distancia entre los ordenamientos; tal es el caso de Manuel Atienza, quien justifica la importancia de la argumentación como una construcción de teorías que llenen las lagunas vinculantes en el derecho, sin someter a juicio previamente las limitaciones propias de ella en función de la certeza jurídica.⁹ Y aunque la idea de un

⁸ *Idem.*

⁹ ATIENZA, Manuel, "Constitución y argumentación", en *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje Héctor Fix-Zamudio*, México, UNAM, 2008, p. 21.

vínculo comunicante entre los ordenamientos puede ser seductora, el vacío que hay entre estos no deja de ser perceptible cuando transitamos de un extremo al otro. La cuestión estriba en que la argumentación por sí misma sólo da certeza al derecho provisionalmente, por lo que su función se limita a la de una metodología adoptada para subsanar y consolar la diferencia existente entre las normas nacionales e internacionales. A mi juicio, ésta es un medio, pero no un fin en la aplicación del derecho. De modo que la distancia debe cerrarse con la subordinación gradual del orden constitucional al orden internacional para evitar todas las complicaciones que devengan, ya no sólo de la vinculación entre los ordenamientos, sino también de la estructura social en que se suscitan, especialmente porque la certidumbre es la que hoy se ha perdido en México.

II. MATICES POLÍTICOS Y ECONÓMICOS DENTRO DEL PROBLEMA DE LA CONVENCIONALIDAD EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El derecho mexicano está subordinado a la economía y a la política. Los ejemplos abundan. Económicamente hablando, debemos considerar que éste, circunscrito a la modernidad capitalista, no puede sustraerse ni voluntaria ni involuntariamente de su sistema. Antes bien, padece de todos los detrimentos intrínsecos de su desarrollo. Así, no podemos soslayar el hecho de que el capitalismo moderno trae consigo una contradicción esencial al principio *pro persona* que se enunció anteriormente. Para matizar este problema, es preciso señalar las particularidades socio-políticas dirigidas al tema de la igualdad y la inclusión dentro del capitalismo.

La forma en que el orden capitalista ha enfrentado los problemas de desigualdad y exclusión es a través los criterios de universalización diferencialista y antidiferencialista que describe Boaventura de Sousa Santos,¹⁰ de los cuales se ha adoptado el segundo. En mi opinión, se debe precisar que el antidiferencialismo no suprime las diferencias *per accidens* que ya señalé, sino que, como en el mencionado principio, funciona reduciéndolas a un punto de valor único.

Pero como el antidiferencialismo se encuentra inscrito dentro del sistema socioeconómico acuciado por el capitalismo y por la eventualidad histó-

¹⁰ BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Desigualdad, exclusión y globalización: hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia*, Santiago de Chile, Revista de Interculturalidad, Octubre 2004-Marzo 2005, Año 1, Núm. 1, p. 12.

rica de la caída de la socialdemocracia, no se puede negar que de pronto se convierta justamente en lo contrario, en una homologación que favorezca la desigualdad y la exclusión. El antidiferencialismo está subordinado al sistema y depende de éste, aunque no necesariamente; y que su dependencia no sea obligatoria es lo que abre la puerta para gestionar algún cambio que propicie la certeza jurídica que garantiza, a través de la Constitución y las instituciones nacionales, igualdad a los individuos.

Para tener más clara la finalidad de esta idea, se debe enfatizar que la igualdad y la exclusión no pertenecen, en primera instancia, al mismo ámbito. Por un lado, la desigualdad es efecto de los movimientos intestinos de la economía que, en función de los bienes materiales y el capital producidos por un individuo, tiende a generar un desequilibrio de valor entre las clases sociales. Por su parte, la exclusión es consecuencia de la conformación del sistema político, en el que las diferencias están basadas en los aspectos físicos, raciales, psíquicos o sexuales de las personas. En este sentido, la exclusión tiene lugar gracias a ciertos criterios normativos que dicta la sociedad misma. Sin embargo, esta dicotomía se homologa en el capitalismo de tal manera que igualdad y exclusión se confunden y se dan en ámbitos distintos: la desigualdad como fruto de lo político y la exclusión como consecuencia económica.

En efecto, aunque la universalización antidiferencialista busca la inclusión y la igualdad entre las personas ante la ley y la sociedad, el sistema capitalista de corte neoliberal, vigente en nuestro país desde la década de los ochenta, ha propiciado que los sectores anteriormente marginados se encuentren ahora en un estado de desigualdad; y viceversa, que los que anteriormente se hallaban en condiciones desiguales, ahora se encuentran excluidos.

Nuestro neoliberalismo ha permitido una mayor participación de los particulares en las actividades económicas, influyendo en ello decisivamente la ley de la oferta y la demanda, pero esto también ha implicado que se deje de lado la regulación y el fortalecimiento de las instituciones estatales como garantes de los derechos de las personas a recibir los servicios de ley que les corresponden.

Si a lo anterior añadimos la noción de que el derecho está, subrepticamente, politizado, no cabe duda de que el problema sobre la armonización entre los tratados internacionales y el derecho constitucional se vuelve cada vez más amplio y complejo. En efecto, Duncan Kennedy sugiere que, incluso desde su enseñanza en el ámbito académico, el pensamiento jurídico “opera como una visión del mundo que reconcilia a la gente con el *statu quo*

haciéndolo parece natural y justo, y sobre todo poderoso”.¹¹ Desde esta perspectiva, en la que aquél está condicionado por los criterios subjetivos de quienes lo forjan, la arbitrariedad de su aplicación es patente.

Atendiendo a la teoría de sistemas de Niklas Luhmann, no se puede entender al derecho como una disciplina aislada de la política y de la economía, antes bien, la recursividad del entramado multidisciplinario delimita los alcances de cada una de las partes integrantes, quedando éste determinado por los cambios estructurales que suscite el devenir sociopolítico. Esto no significa que las disciplinas jurídicas no tengan injerencia alguna sobre los otros sistemas y que afecten sus desarrollos de una u otra forma, dado que para Luhmann no existen ya jerarquías, sino únicamente subordinación entre unos y otros en cuanto a su funcionalidad.¹² El derecho, como órgano imprescindible del corpus sociopolítico, puede tener efectos positivos sobre su estructura siempre que se le dé la dimensión y los alcances necesarios.

México se encuentra sumido en un atolladero porque la dinámica social otorga más importancia a los problemas sociopolíticos que a los del derecho. Todos los efectos del neoliberalismo encauzan un progresismo social que no intenta buscar certeza en lo jurídico, sino que pretende usarlo como una herramienta para salvaguardar los intereses del propio sistema. Si en México el derecho no logra liberarse de la jerarquía a la que éste lo ha sometido, difícilmente podrá encontrar la independencia que esencialmente le compete. Por ello se debe buscar un método para cerrar las brechas de aplicabilidad entre los diversos ordenamientos y hallar la manera de que el derecho sea el que dicte los caminos que debe seguir la vía jurídica, y no los sistemas socioeconómicos que buscan su propia sustentación a costa de la legalidad.

Como hemos visto, los principios reguladores de derecho y las circunstancias en las que se inscribe su desarrollo, causan, inexorablemente, ciertas dificultades de legislación. Por lo tanto, el estudio jurídico no sólo debe abocarse a la resolución de la legitimidad de los principios dados por los tratados internacionales sobre los sistemas políticos y económicos, sino que en mayor medida debe buscar armonizarlos con el ordenamiento constitucional.

Con lo anterior, no pretendo asumir una postura totalizadora que pretenda resarcir los inconvenientes que se suscitan en el entramado sociopolítico. Por el contrario, la delimitación de la solución que propongo a

¹¹ KENNEDY, Duncan, *La enseñanza del derecho como forma de acción política*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2012, p. 15.

¹² URTEAGA, Eguzki, “La teoría de sistemas de Niklas Luhmann”, *Contrastes. Revista internacional de filosofía* vol. XV, España, Universidad de Málaga, 2010, pp. 301-317.

continuación se matiza en virtud de la especificidad de un problema del derecho que sí se puede atacar sin que generen conflictos que vayan más allá de sus competencias.

III. PROPUESTA PARA UNA ARMONIZACIÓN ENTRE LA CONSTITUCIÓN Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES

Con la reforma del artículo primero de 2011, se complementó el artículo 133, establecido en 1917, al dictar una regla de interpretación que permite una mayor certeza de derecho, aunque dejando todavía vacíos en el comentario y aplicación de la Constitución y los tratados internacionales. Aún queda pendiente armonizar esta disposición para lograr que las leyes federales y las locales se adecuen a la brevedad a los nuevos tiempos.

Para aterrizar la problemática que surge por las diferencias que derivan de la interpretación de las normas constitucionales frente a los tratados internacionales, así como las leyes federales y locales, propongo una reforma al artículo 71 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la creación de una ley reglamentaria del artículo primero.

En principio, se buscará sistematizar las normas obligatorias que emanan de los tratados de los que México es parte, así como de las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La jurisprudencia que emana de este poder es obligatoria sólo en tanto es aplicada al caso concreto. Es decir, para que sea válida una resolución que ya fue emitida respecto de un caso similar, se debe invocar al momento de presentar la controversia ante el órgano jurisdiccional correspondiente, por lo que no funciona *de iure*.

Por otra parte, encontramos la Comisión Nacional de los Derechos Humanos como un órgano constitucionalmente autónomo, encargado de velar por el respeto a los derechos fundamentales de las personas. Sin embargo, esta institución no emite resoluciones vinculantes, únicamente *recomendaciones* que suelen quedarse en el papel.

¿Cómo podemos lograr que estas dos instituciones tengan mayor fuerza desde un punto de vista general para la aplicación y el cumplimiento de las normas? Hoy, la Suprema Corte interpreta y resuelve si un acto de autoridad, en algún caso específico, fue violatorio de los derechos fundamentales. La CNDH, por su parte, existiendo la violación de estos derechos, emite las mencionadas recomendaciones a las autoridades para buscar una solución y evitar que las mismas se sigan cometiendo.

La propuesta, entonces, consiste en llevar las resoluciones de estas instituciones un paso más allá, dotándolas de un carácter de obligatoriedad general. Esto se lograría si ambas estuvieran facultadas para presentar iniciativas de leyes o reformas a las ya existentes. La reforma en comento deberá formularse de manera que se evite dar pie a la idea de una invasión de estas instituciones en la esfera de competencia del legislativo, para así permitir que derechos fundamentales se integren a la legislación federal o local de forma directa o a través de leyes marco. Además, se debe dotar a la Comisión de oponibilidad y de la facultad de sancionar sin previa aceptación del imputado, así como de la de fijar plazos para el cumplimiento de sus resoluciones.

Buscando que esto último sea posible, debemos partir de la naturaleza jurídica del sistema *ombudsman* como mecanismo no jurisdiccional de protección, mismo que se ha convertido en una institución indefectiblemente exitosa.¹³ La CNDH, al ser un organismo constitucionalmente autónomo, encuentra su fundamento en el artículo 102.¹⁴ La ley reglamentaria, denominada Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, reitera esta atribución en su artículo 6º.¹⁵ Por supuesto que el primer paso sería reformar ambas disposiciones, pero también habría que determinar si los procedimientos requeridos, por ejemplo, la investigación y en su caso imposición de alguna pena, dependerían del mismo organismo, o si sería necesaria la intervención de las autoridades. Para no desvirtuar totalmente su naturaleza, pero procurando que las resoluciones sean obligatorias, el camino que considero más adecuado es el de imitar el fenómeno de endurecimiento del derecho internacional en cuanto a los derechos fundamentales, como ocurre en el sistema interamericano, donde las recomendaciones de la Comisión Interamericana son reiteradas por la Suprema Corte mediante jurisprudencia, o bien, sirven como fundamento para la elaboración de instrumentos y leyes. Partiendo de este supuesto, y dependiendo de la materia a la que se refiera la recomendación, la CNDH estaría facultada para solicitar que se imponga la sanción o cumplimiento de sus disposiciones ante los órganos

¹³ CARPIZO, Jorge, "Algunas reflexiones sobre derechos humanos y ombudsman", *Derechos humanos y ombudsman*, México, UNAM, 1993, p. 45.

¹⁴ "Los organismos a que se refiere el párrafo anterior, formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias, denuncias y quejas ante las autoridades respectivas..."

¹⁵ "Artículo 6o. La Comisión Nacional tendrá las siguientes atribuciones:... fracción III. Formular recomendaciones públicas no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas, en los términos establecidos por el artículo 102, Apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos..."

jurisdiccionales de primera instancia, juzgados de distrito o incluso de manera directa si la gravedad del caso lo amerita, ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quienes en cierto plazo determinarían la procedencia y naturaleza de la pena y dictarían las medidas de apremio necesarias para asegurar su cumplimiento.

Por otra parte, la adición del segundo párrafo del artículo primero constitucional establece que la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales se hará conforme a la Constitución y los tratados, dando preferencia a la interpretación que sea más favorable para la protección de dichos derechos. Esta adición vino a poner mayor certeza a la lectura del artículo 133, a la idea del principio de supremacía constitucional y a la discusión relativa al orden jerárquico de las leyes mexicanas.

Con lo anterior, es indispensable una ley reglamentaria elaborada por expertos en el estudio, creación y aplicación del derecho, que permita dar solución al conflicto jerárquico que el 133 suponía, y que el párrafo segundo del artículo primero trata de encauzar; sin olvidar que además deben considerarse, con fundamento en la propia Constitución, las leyes federales y locales, la jurisprudencia e incluso los principios generales del derecho, entre otros, partiendo de la base de que siempre se buscará la mayor protección a los derechos fundamentales.

LA FE PÚBLICA DEL MEDIADOR PRIVADO

EL CASO DE LA CIUDAD DE MÉXICO

Víctor Rafael Aguilar Molina



I. INTRODUCCIÓN

La mediación como procedimiento alternativo para la solución de los conflictos de orden jurídico tiene su fundamento constitucional en los párrafos cuarto del artículo 17 y sexto del artículo 18, conforme a los cuales:

Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho...

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial...

Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados...

Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente...

En la Ciudad de México, la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal (LJA), tiene como propósito, según lo indica en su artículo primero, reglamentar las disposiciones contenidas en los citados párrafos cuarto del artículo 17 y sexto del artículo 18 constitucionales,¹ sin embargo, en realidad, no obstante lo amplio de su nombre, sólo regula uno de los medios alternativos para la solución de conflictos del orden legal, que es la mediación.

¹ Artículo 1 de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal.

En el citado artículo primero, la LJA, dispone que ésta es de orden público e interés general, lo que obliga a entender el concepto de cada una de esas categorías jurídicas:

Orden público: “el estado de coexistencia pacífica entre los miembros de una comunidad, que está asociada con la noción de paz pública. En un sentido técnico la dogmática jurídica se refiere con orden público al conjunto de instituciones jurídicas que identifican o distinguen el derecho de una comunidad: principios, normas e instituciones que no pueden ser alteradas ni por voluntad de los individuos (no está bajo el imperio de la autonomía de la voluntad) ni por la aplicación del derecho extranjero... El orden público no se refiere necesariamente al derecho público en oposición al derecho privado. Existen leyes de orden público que regulan instituciones del derecho privado, las cuales son instituciones sociales fundamentales (p.e., el parentesco, el matrimonio). El orden público independientemente de su significado —en gran medida equívoco (Bernard)— funciona como un límite por medio del cual se restringe la facultad de los individuos sobre ciertos actos o se impide que ciertos actos jurídicos válidos tengan efectos dentro de un orden jurídico específico... El orden público es el dominio de las leyes imperativas, por oposición a las leyes dispositivas o supletorias”.²

Interés general según la interpretación de Mario Brito:³

El interés general se define positivamente por la noción de asistencia y apoyo prestado a los habitantes y a los entes sociales menores para la realización de sus fines (el logro de sus respectivas perfecciones). Tal carácter del interés general encierra el reconocimiento de la necesidad propia de la persona humana y de sus comunidades de la acción de la sociedad políticamente estructurada (el Estado) para afirmar las potencialidades de su naturaleza. Por lo cual ese apoyo y asistencia es, primariamente, seguridad...

El interés general se define negativamente por la conducta de abstención de la acción estatal directa en cuanto hace a la libertad interior, y positivamente por el respeto de ésta y la creación del entorno protector de su intangibilidad...

El interés general reclama llevar consigo la limitación de la proyección exterior de la libertad, porque compete al Estado y se explicita en su derecho positivo, procurar que cada uno obtenga lo suyo...

² Orden Jurídico en Enciclopedia Jurídica Mexicana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. Tomo-M-P. p. 351.

³ Citado por Alejandro Rey, en “EL INTERÉS GENERAL. Argumento para limitar los derechos individuales”, Revista de la Universidad de Montevideo, p. 177. “revistaderecho.um.edu.uy/.../Rey”.

El interés general tiene un carácter preeminente, es antes que el interés particular y no se agota en éste... A esta calidad del interés general corresponde la situación jurídica de sujeción del administrado y las prerrogativas de la Administración...

La LJA, de orden público e interés general, regula a la mediación como método de gestión de conflictos para la solución de controversias entre particulares, cuando se trate de derechos de los que puedan disponer libremente, *ius dispositivum*, es decir, derecho privado, el cual regula las normas que rigen las relaciones e intereses entre los sujetos privados. Es en este derecho en el que tiene un lugar preponderante la autonomía de la voluntad.

El ejercicio de la autonomía de la voluntad permite al particular aplicar a los actos jurídicos las normas previstas en la ley o bien establecer por convención las que se aplicarán al acto; dependiendo de la materia sobre la que recaiga la convención se tratará de derecho civil o mercantil, según la división tradicional del derecho privado.

Las convenciones de los particulares, resultado de la autonomía de la voluntad reciben el nombre de autocomposición, es decir que las partes en el conflicto podrán decidir libremente los términos en los que habrán de solucionarlo. La autocomposición, conforme a la fracción II del artículo 2 de la LJA son las “reglas que los propios particulares involucrados en una controversia establecen para efecto de encontrar una solución a la misma”. En todo caso, los límites de la autonomía de la voluntad de los particulares en la autocomposición son: a) no podrá contrariar o afectar el orden público, b) no podrá afectar derechos de terceros.

Cuando las partes en el conflicto acuden a un tercero, la autocomposición toma el nombre de autocomposición asistida, que es la base del procedimiento de mediación, cuyo concepto legal se encuentra en la fracción X del artículo 2:

... procedimiento voluntario por el cual dos o más personas involucradas en una controversia, a las cuales se les denomina mediados, buscan y construyen una solución satisfactoria a la misma, con la asistencia de un tercero imparcial denominado mediador.⁴

Los objetivos de la mediación son: a) fomentar una convivencia social armónica, b) evitar la apertura de procesos judiciales de carácter contencioso, y c) poner fin a los ya iniciados.

⁴ Art. 2 fracción X de la LJA.

Para el cumplimiento de los objetivos planteados, cuando el procedimiento contencioso ya se ha iniciado, el artículo 4⁵ de la LJA faculta al juez para ordenar a los particulares que acudan al procedimiento de mediación previsto en la Ley de Justicia Alternativa e intenten llegar a un acuerdo que ponga fin a la controversia: Si el juez dicta un acuerdo en tal sentido, suspenderá el procedimiento por el término de dos meses.

La facultad del juez debe considerarse en el sentido de iniciar el procedimiento en la etapa de pre-mediación, sin que deba necesariamente participar en la etapa de mediación ni mucho menos obligar que las partes deban llegar a acuerdos.

En materia procesal civil, la posibilidad de lograr la solución del conflicto por convención entre las partes, está prevista en el artículo 272 A del Código de Procedimientos Civiles (CPC) para el Distrito Federal. En él se prevé uno de los medios alternativos de solución de controversias, la conciliación, así, una vez contestada la demanda o en su caso la reconvención se señalará fecha para una audiencia previa y de conciliación en la que el juez primero examinará las cuestiones relativas a la legitimación y luego se procurará la conciliación que estará a cargo del conciliador adscrito al juzgado, quien preparará y propondrá a las partes alternativas de solución al litigio.

En el caso de que, derivado de la conciliación, las partes lleguen a un convenio, el juez lo aprobará de plano si procede legalmente, adquiriendo el éste calidad de cosa juzgada. Si se trata de divorcio en el que el único punto de conflicto puede estar en el convenio de divorcio, si las partes llegan a un acuerdo, el juez dictará un auto por el cual decretará la disolución del vínculo matrimonial y la aprobación del convenio.

Aun cuando las partes no lleguen a un convenio en la audiencia previa y de conciliación, tanto el juez como el conciliador están facultados para intentarlo en todo tiempo hasta antes de que se dicte sentencia definitiva, pudiendo emplear las reglas y principios generalmente aceptados, ahora de dos de los medios alternativos de solución de conflictos, la mediación y la conciliación.⁶

Además, el mismo artículo 55 del CPC, dispone que si el juez advierte que el asunto es susceptible de solucionarse a través de la mediación, exhortará a las partes para que acudan a ella e intenten llegar a un acuerdo que ponga fin a la controversia, para lo cual decretará la suspensión del procedi-

⁵ Reforma publicada en la Gaceta del Gobierno de Distrito Federal el 20 de agosto de 2015, en vigor al día siguiente.

⁶ 2° párrafo del artículo 55 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

miento hasta por dos meses, como lo establece también la LJA, contados a partir de que las partes le informen que han iniciado el procedimiento de mediación, lo que no les obliga a llegar a acuerdos.

En efecto, el quinto párrafo del artículo 55 dispone que, si una vez recibida la pre-mediación no hubieren aceptado el procedimiento o habiéndolo iniciado no fuere posible llegar a un acuerdo dentro del plazo, es decir dos meses contados desde que se suspendió el procedimiento, lo harán saber al juez, continuándose con la substanciación del procedimiento.

Así las cosas, si no existe obligación de las partes de llegar a un acuerdo derivado de la conciliación en sede judicial, ya sea en la audiencia previa y de conciliación o como lo establece el segundo párrafo del artículo 55 del CPC, en cualquier momento hasta antes de que se dicte sentencia definitiva, no puede suponerse que cuando el juez “ordena” o “exhorta” a las partes para que acudan al procedimiento de mediación, tal orden sea contraria al principio de voluntariedad que rige a la mediación o que las partes deban resolver su conflicto mediante un convenio.

La facultad del juez, prevista en el artículo 4 de la LJA, además de relacionarse con lo dispuesto por el artículo 55 como ya se vio, también se relaciona con el artículo 941 del CPC, que prevé dos formas para solucionar el conflicto y concluir el procedimiento. La primera es el convenio derivado del exhorto del juez de llegar a un avenimiento, la segunda consiste en la posibilidad de que el juez remita a las partes al procedimiento de mediación.

El avenimiento, lo explica Santiago Barajas Montes De Oca como:

Para algunos autores, la terminología procesal de avenimiento es sinónimo de conciliación,... para Eduardo J. Couture, una es la especie y la otra el género. Para él, tanto el acto procesal que consiste en intentar ante un juez de paz un acuerdo amigable como el avenimiento no encuentra etimológicamente una profunda distinción; pero para otros autores, en particular franceses e italianos, la avenencia es un principio de acuerdo entre las partes, en tanto que la conciliación es el resultado de tal acuerdo; la primera puede ser una tentativa de solución, la segunda es la solución misma, por eso para ellos debe hablarse en este segundo caso de una audiencia de conciliación, de un acta...Sin embargo para la doctrina tanto estas dos formas como la transacción, el allanamiento o el desistimiento son actos de “autocomposición” en cuanto constituyen medios para resolver amigablemente un juicio, ya que en todas las partes se hacen concesiones recíprocas para no continuar el proceso. La diferencia estriba en que en la avenencia esto se logra mediante el reconocimiento por el actor o el demandado de que su contrario tenga en parte razón y preferir no rendirse ante el paso de los argumentos, sino buscando una fórmula de arreglo en la cual resultan menos lesionados sus intereses; en tanto que en la transacción, el

allanamiento o el desistimiento, la legislación impone el cumplimiento de determinados requisitos para hacerlas posibles; de esta manera sólo el actor puede desistirse de la acción intentada y sólo el demandado allanarse a las acciones del actor ; ambas partes pueden transigir pero esto no siempre significa avenir a conciliar, es decir, llegar a un acuerdo voluntariamente.⁷

II. EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

El procedimiento de mediación tiene dos momentos: el primero denominado pre-mediación, que inicia con la solicitud del servicio por uno o ambos interesados, en cualquiera de los supuestos se les orientará, en especial sobre si el conflicto que presenta es susceptible de ser atendido en el Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, en caso de que asistan ambas partes, manifestarán por escrito su voluntad de participar en el procedimiento de mediación. Si la solicitud la presenta sólo uno de los interesados, éste deberá proporcionar el domicilio de los demás involucrados a fin de que se le haga una invitación para que asistan al Centro para que se presenten a la pre-mediación, de no asistir conforme a la primera invitación se le hará una más, de no asistir o de manifestar que no participará, se dará por concluido el expediente.⁸

Si están de acuerdo las partes, se iniciará propiamente el procedimiento de mediación, el cual consta de cuatro etapas, en los términos del artículo 30 de la LJA: I. Inicial: a) Encuentro entre el mediador y sus mediados; b) Recordatorio y firma de las reglas de la mediación y del convenio de confidencialidad; c) Indicación de las formas y supuestos de terminación de la mediación; d) Firma del convenio de confidencialidad; y, e) Narración del conflicto. II. Análisis del caso y construcción de la agenda: a) Identificación de los puntos en conflicto; b) Reconocimiento de la corresponsabilidad; c) Identificación de los intereses controvertidos y de las necesidades reales generadoras del conflicto; d) Atención del aspecto emocional de los mediados; e) Listado de los temas materia de la mediación; y, f) Atención de los temas de la agenda. III. Construcción de soluciones: a) Aportación de alternativas; b) Evaluación y selección de alternativas de solución; y c) Construcción

⁷ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, p. 296.

⁸ Artículos 37 a 40 del Reglamento Interno del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México. Publicado en el Boletín Judicial el 27 de mayo de 2016.

de acuerdos; IV. Final: a) Revisión y consenso de acuerdos; y b) Elaboración del convenio y, en su caso, firma del que adopte la forma escrita.

Antes y durante el desarrollo del procedimiento de mediación, la LJA y el Reglamento Interno del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (RIC), establecen derechos, obligaciones y deberes a los mediados, que se listan en forma general en los artículos 28, 29 y 32 de la LJA, así como en el artículo 46 del RIC, los que, en todo caso, son normas mínimas de convivencia en el desarrollo del procedimiento de mediación.

La mediación como parte del servicio público de impartición de justicia, que corresponde al Poder Judicial de la Ciudad de México, se proporciona al gobernado tanto por servidores públicos, como por particulares.

En el caso de los servidores públicos de acuerdo con la LJA y RIC, se trata de mediadores públicos y facilitadores, que dependen del Centro de Justicia Alternativa, así como por secretarios actuarios de juzgado registrados como mediadores en el propio Centro, sin dejar de estar adscritos a los tribunales,⁹ quienes en el desempeño de su cargo, deben ajustarse a las disposiciones de la LJA y el RIC.

Tratándose de particulares, la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (LOTSJ) y LJA los denomina mediadores privados certificados por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.¹⁰ Estos son, además, auxiliares de la administración de justicia y sus servicios no son gratuitos. Estos mediadores están sujetos a las disposiciones de la LOTSJ, la LJA, el RIC y a las Reglas del Mediador Privado (RMP).

Ambos tipos de mediadores, así como los facilitadores y los secretarios actuarios de juzgado, tienen obligaciones específicas en relación con el procedimiento de mediación.

Las obligaciones de los mediadores públicos se prevén en los artículos 21 y 22 de la LJA. En cuanto a los mediadores privados certificados por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en el proceso de mediación, los artículos 41 de la LJA y 54 de las RMP, prevén respectivamente, sus obligaciones y deberes en los siguientes términos:

Artículo 41. El mediador privado tendrá las siguientes obligaciones:

I. Orientar a las personas interesadas sobre las ventajas, principios y características de la mediación, para valorar si la controversia que se plantea es

⁹ Artículo 18 inciso A) LJA.

¹⁰ Inciso B) de la LJA.

susceptible de ser solucionada mediante este procedimiento o, en caso contrario, sugerir las instancias pertinentes;

II. Efectuar en forma clara, ordenada, transparente, responsable y de buena fe las actuaciones que impone la mediación siguiendo sus principios rectores;

III. Tratar con respeto y diligencia a los mediados;

IV. Abstenerse de divulgar y utilizar la información que obtenga en el ejercicio de su función, cumpliendo con el deber que le impone el secreto profesional, por lo cual no podrá actuar, en forma alguna, en cualquier procedimiento legal relacionado con los asuntos en los que participe en términos del principio de confidencialidad que rige a la mediación;

V. Abstenerse de ofrecer el servicio de mediación cuando haya participado como apoderado, litigante o asesor de alguna de las partes que soliciten sus servicios y excusarse en cualquier otro supuesto previsto en la legislación aplicable;

VI. Conducir la mediación con flexibilidad, respondiendo a las necesidades de los mediados, de manera que, al propiciar una buena comunicación y comprensión entre ellos, se facilite la construcción de acuerdos;

VII. Cuidar que los mediados participen de manera libre y voluntaria, exentos de coacciones o de influencia alguna;

VIII. Conducir la mediación estimulando la creatividad de los mediados durante la construcción de acuerdos;

IX. Asegurarse que los acuerdos a los que lleguen los mediados, estén apegados a la legalidad y sobre la base de la buena fe;

X. Evitar influir en los mediados para acudir, permanecer o retirarse de la mediación;

XI. Suscribir el escrito de autonomía;

XII. Celebrar el convenio de confidencialidad con los mediados;

XIII. Celebrar el convenio de pago de honorarios con los mediados;

XIV. Solicitar el consentimiento de los mediados para la participación de co-mediadores, peritos u otros especialistas externos a la mediación, cuando resulte evidente que por las características del conflicto se requiere su intervención;

XV. Abstenerse de delegar a persona alguna la función de Mediador certificado en un procedimiento ya iniciado, salvo en los casos de vencimiento, suspensión o revocación de la certificación;

XVI. Tramitar y obtener el registro de los convenios ante el Centro;

XVII. Facilitar las acciones de supervisión y monitoreo del Centro;

XVIII. Participar, de manera gratuita, en la atención de campañas de orientación, sensibilización y mediación que emprenda el Centro;

XIX. Desempeñar personalmente la función de mediador privado;

XX. Para efectos de la renovación de su certificación y registro, participar en los programas de capacitación continua y de actualización que al efecto organi-

cen el Centro y el Instituto, participando, al menos en dos cursos de capacitación por año, así como acudir a los eventos organizados por el Centro, como foros, congresos, coloquios o cualquier otro relacionado con la justicia alternativa;

XXI. Cubrir las cuotas y derechos que resulten aplicables;

XXII. Verificar y cumplir lo previsto por la legislación aplicable en materia de acceso a la información pública y de datos personales, respecto de la información que se plasme en los convenios en los que participe y resguardarlos, y

XXIII. Las demás que se establezcan en la Ley, el Reglamento y las Reglas.”

“Artículo 54. El mediador deberá conducir la mediación en forma clara, ordenada, transparente, responsable y de buena fe.

Podrá sustanciar el procedimiento de mediación del modo que estime adecuado y con total flexibilidad, respondiendo a las necesidades de los mediados, de manera que, al propiciar una buena comunicación y comprensión entre ellos, se facilite la construcción de acuerdos, respetando en todo momento los principios básicos de voluntariedad, confidencialidad, flexibilidad, neutralidad, imparcialidad, equidad, legalidad y economía que rigen a la mediación, así como las etapas referidas en la Ley, considerando las circunstancias del caso, los deseos que expresen los mediados y la necesidad de lograr un rápido arreglo de la controversia.

La finalidad del procedimiento de mediación es que las partes lleguen a acuerdos y en su caso a convenios, lo que es causa de terminación del procedimiento, en los términos del inciso a) del artículo 52 del RIC. Sin embargo, también puede darse por terminado en razón de la voluntad de ambas o una de las partes, conforme al inciso b) del citado artículo, o bien por decisión del mediador cuando se actualicen los supuestos de la fracción XII del artículo 21 de la LJA, en los términos de la fracción segunda del artículo 52 que se cita.¹¹

Dado por sentado que el mediador ha cumplido con su función de facilitador de la comunicación entre las partes, de acuerdo con las fracciones I y II del artículo 30 de la LJA, el mediador deberá poner especial atención a la etapa prevista en la fracción III, ya que de ahí resultarán los acuerdos y en su momento el contenido del convenio, independientemente de que adopte o no la forma escrita, como lo prevé el inciso b) de la fracción IV del propio artículo.

¹¹ El artículo 53 de la RMP, prevé que son aplicables al servicio de mediación privada las disposiciones de los capítulos V y VI del Reglamento, el artículo 52 citado está en el capítulo V del Reglamento.

Es indispensable destacar que la autocomposición que lleve al convenio, únicamente podrá referirse a los derechos de los cuales puedan disponer libremente los mediados sin afectar el orden público.

En otros términos, el diálogo y la tolerancia entre los mediados, únicamente podrá versar sobre los derechos renunciables, de lo contrario no se logrará la convivencia social armónica.

La LJA distingue entre el acuerdo, que se refiere a cada uno de los puntos controvertidos del conflicto, y el convenio, que es la suma de esos acuerdos que firman las partes.¹² En el desarrollo de la negociación, las partes pueden establecer las reglas que consideren pertinentes para llegar a la solución de la controversia, es decir que se trata de la autocomposición, misma que no podrá ir en contra del orden público ni de lo establecido por el primer párrafo del artículo 55 del Código de Procedimientos Civiles.

III. MEDIADOR PRIVADO

Para ejercer como mediador privado en la Ciudad de México, es necesario cumplir con los requisitos establecidos tanto en la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal como en la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Una vez cumplidos, quien es registrado como mediador privado tendrá la calidad de auxiliar de la administración de justicia, según lo dispone la primera de las leyes citadas.

Para ser mediador se requiere:¹³

Ser ciudadano mexicano¹⁴ en pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos y tener cuando menos veinticinco años de edad al día de su certificación y registro; Poseer grado de licenciatura, así como dos años de experiencia profesional mínima demostrable; Gozar de buena reputación profesional y reconocida honorabilidad; No haber sido sentenciado, mediante sentencia condenatoria ejecutoriada, por delito doloso que merezca pena privativa de libertad; Presentar y aprobar el examen de conocimientos de competencias laborales; Aprobar los cursos de capacitación para la certificación y registro; y Realizar las horas de práctica en el Centro que fijen las Reglas.

¹² Artículo 2 fracción I LJA.

¹³ Artículos 106 bis 1 LOTSJ y 18 b) LJA.

¹⁴ Artículo 34 Constitucional. Son ciudadanos de la República los varones y mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan, además, los siguientes requisitos: I. Haber cumplido 18 años, y II. Tener un modo honesto de vivir. En cuanto a quiénes son mexicanos ver los artículos 30 y 32 constitucionales.

Los requisitos establecidos por los artículos 106 BIS 1 de la LOTSJ y 18 b) de la LJA, se acreditan de la siguiente manera: el primero, con el acta de nacimiento; el segundo, con copia certificada del título profesional y la declaración del interesado sobre su experiencia; la buena reputación, con dos cartas que así lo manifiesten; y el no haber sido sentenciado, con declaración del propio interesado.

En cuanto al examen de conocimientos, cursos de capacitación y práctica en el Centro, su procedimiento se establece en el capítulo segundo de las Reglas del Mediador Privado, que de cumplirse permitirán que el interesado obtenga constancia de registro para ejercer como mediador privado, con vigencia de tres años.

Dentro de los noventa días siguientes a la expedición de la constancia, previamente al ejercicio de la función, el mediador privado debe:¹⁵

a) Otorgar garantía, b) Proveerse a su consta de sello y libro, c) Registrar la constancia de certificación, sello, rúbrica o media firma y firma ante el Centro, el Registro Público de la Propiedad, la Consejería Jurídica y de Servicios Legales de la Ciudad de México, d) Dar aviso al Centro, informando del domicilio donde se establezca su oficina o Centro de Mediación Privada, e) Rendir Protesta.

Al conjunto de la garantía, sello y libro de registro, el capítulo III de las RMP los denomina “Elementos Materiales para el Ejercicio de la Función de Mediador”, a los que nos referiremos más adelante.

La mediación en la Ciudad de México es una función pública, complementaria de la administración de justicia, lo que explica que el mediador privado tenga la calidad de auxiliar de la administración de justicia, obligado a cumplir órdenes que, en el ejercicio de sus atribuciones legales, emitan jueces y magistrados, según lo dispone la fracción III bis del artículo 4 de la LOTSJ.

Independientemente de que el mediador privado tenga la calidad de auxiliar de la administración de justicia y que en ese carácter realice una función pública, la cual ejerce por descentralización y por colaboración, el servicio que presta es de carácter privado, de ahí que no sea un funcionario público por no ser parte de la estructura administrativa ni depender económicamente del erario, ya que sus honorarios deben ser cubiertos por las partes, en los términos del artículo 106 Bis 3 de la LOTSJ.

15 Artículo 43 de la LJA y Capítulo III artículos 27 a 52 de las RMP.

La fracción XII del artículo 2 de la LJA da un concepto de mediador que involucra tanto al mediador público como al mediador privado estableciendo que se trata de:

...especialista que habiendo cumplido los requisitos previstos por ésta Ley se encuentra capacitado, certificado y registrado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal para conducir el procedimiento de mediación e intervenir como facilitador de la comunicación y la negociación entre particulares involucrados en una controversia, y que podrá ser público o privado.¹⁶

En razón de que el artículo 106 Bis 1 y la fracción III bis del artículo 4 ambos de la LOTSJ son aplicables exclusivamente al mediador privado, conviene conceptualizarlo como:

El profesionista, independiente auxiliar de la administración de justicia, certificado y capacitado para conducir el procedimiento de mediación e intervenir como facilitador de la comunicación entre particulares involucrados en una controversia.

IV. ELEMENTOS MATERIALES

A diferencia del mediador público, el mediador privado para el ejercicio de su función debe emplear ciertos elementos materiales, que en esencia se convierten en los medios y en su caso materialización de los diferentes actos que desarrolla en su función, por lo que desde mi punto de vista merecen ese nombre únicamente el sello, el libro de registro y el archivo, así como la conservación de estos, a los que también se refiere el capítulo III de las Reglas del Mediador Privado junto con la garantía y los convenios de asociación.

IV.I. EL SELLO¹⁷

Prevía autorización del Centro, a costa del mediador privado se elaborará un sello que debe reunir las siguientes características:

A. Rectangular de ocho punto ocho centímetros de base por dos centímetros de altura.

B. Reproducirá en la parte izquierda de forma circular el escudo de Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

¹⁶ Artículo 2 fracción XII de la LJA.

¹⁷ Artículos 30 a 36 de las RMP.

C. En la parte derecha, centrado formando un rectángulo sin bordes, el nombre completo del mediador, en el siguiente renglón la mención “Mediador Privado” su número de registro en números arábigos, en el tercer y cuarto renglones la mención de la vigencia de la certificación indicando la fecha de inicio y terminación.

D. El tipo de letra será verdana tamaño 9 los dos primeros renglones y tamaño 8 los otros dos.

El escudo del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, reproduce el Escudo Nacional, el símbolo de los Estados Unidos Mexicanos, su uso, junto con la firma implican la dación de fe respecto del documento en que se imprimen, lo que significa que la fe pública corresponde al Estado, quien la delega en funcionarios y en algunos particulares, quienes la ejercen de manera funcional pero la fe pública es única e indivisible. Por ello la firma y el sello, estampados en un documento son la representación material de la dación de fe, además de acreditar lo público de la función.¹⁸

De ahí que el artículo 36 de las RMP, establezca como obligación del mediador el uso de la firma y el sello en toda la documentación relacionada con su función, de la que debemos distinguir aquélla que implica tanto su función como la dación de fe y la que se refiere exclusivamente a la función:

El artículo en comento establece en su exordio y primer párrafo que en los convenios, copias certificadas y constancias que expida el mediador en los términos del artículo 42 de la LJA, deberá imprimir el sello y la firma, cabe recordar que el citado artículo 42, confiere al mediador privado fe pública exclusivamente en relación con los documentos antes señalados, en este caso estamos en el supuesto de la función con fe pública.

El segundo párrafo autoriza al mediador para utilizar el sello en toda documentación que en el ejercicio del cargo deba firmar o expedir, entre ellos el convenio de confidencialidad, convenio de honorarios, las invitaciones, así como en todas las comunicaciones oficiales con el Centro, el Tribunal, el Consejo, el Comité y otras autoridades competentes; aquí estamos en el ejercicio de la función más no en el ejercicio de la fe pública.

Cuando por cualquier razón deba autorizarse al mediador privado para obtener un nuevo sello, éste llevará una marca que lo distinga del extraviado o deteriorado.

¹⁸ El sello también debe estamparse en el Libro de Registro, ver artículos 42, 44, 47, 48 y 51 de las RMP.

IV.II. LIBRO DE REGISTRO¹⁹

El libro de registro se forma de trescientas hojas tamaño oficio o legal, foliadas en el anverso, las cuales se encuadernarán al concluir su uso. En este libro deberán incluirse dos hojas sin foliar, una al principio y otra al final; en la primera el mediador deberá asentar una razón que contenga la fecha de autorización para la utilización del libro otorgada por el Centro, incluyendo el número de oficio, la fecha de inicio de su uso, el número del libro, la mención de que el libro contendrá el registro de los convenios de mediación en que intervenga, el nombre y apellidos del mediador, su número de registro, la vigencia de su certificación, su firma y su sello.

Si el mediador se encuentra asociado con otro u otros mediadores privados, en la primera hoja del libro que corresponda al mediador privado de más antigüedad, se asentarán los datos de los mediadores, firma y sello de los asociados, además, en el momento en que ocurra la terminación del convenio, después de la última foja empleada se asentará una razón que indique quién o quiénes de los asociados continúan en el uso del libro.

En la hoja que se coloca al final se asentará una razón en la que se indicará la fecha, el número de páginas utilizadas; la cantidad de convenios de mediación que obran asentados en el libro, así como el número del primero y del último de los convenios; el número de carpetas, su nombre, número de certificación y registro, su firma y su sello así como los de los asociados en su caso, debiendo dar aviso de tal cierre al Centro.

En cada foja del libro el mediador privado deberá asentar una razón respecto de cada convenio, por orden progresivo, de su numeración, ésta se forma con las iniciales que identifiquen la materia, el número asignado al mediador, seguido del número de convenio y año, indicando los nombres de los mediados; el tipo de servicio de mediación, el número de invitaciones realizadas, el número de sesiones de mediación y la mención de que la mediación concluyó con la firma de un convenio ante su fe, así como cualquier otra observación que el mediador estime pertinente.

La impresión debe ser con letra clara mediante cualquier medio firme e indeleble, respetando un margen suficiente por el lado del doblez del libro, así como otra equivalente en las orillas para proteger lo asentado.

En caso de que deba testarse palabras, letras o signos, se cruzarán con una línea que los deje legibles, también es posible entrerrenglonar lo que deba agregarse, en ambos casos, al final de la razón deberá salvarse lo testado y entrerrenglonado con las palabras “no vale” para lo testado y, “sí vale”

¹⁹ Artículos 44 y 45 LJA, 37 a 44 de las RMP.

para lo entrerrenglonado.²⁰ En todo caso el asiento debe estar libre de enmendaduras o raspaduras.

Cuando el libro se emplea por más de un mediador en razón del convenio de asociación, el mediador que haya conducido la mediación que culminó en el convenio materia del asiento, deberá estampar al final del asiento de la razón, su rúbrica y el sello, además en cada hoja del libro se imprimirá en la esquina superior derecha el sello del mediador de mayor antigüedad, si no se trata de asociación, el mediador asentará su firma y sello al final de la razón.

Los mediadores privados siguiendo los lineamientos que expida el Centro, podrán emplear libros de registro de convenios digitales.²¹

IV.III. EL ARCHIVO²²

El mediador privado por cada convenio del que dé fe y del cual asiente razón en el libro de registro, debe llevar una carpeta por separado identificada por el número del convenio que es el mismo de la razón, a la que agregará: a) La constancia que acredite que se orientó a los interesados en pre-mediación; b) El escrito de autonomía; c) Los documentos de la aceptación el servicio; d) Copia de las invitaciones; e) El convenio de confidencialidad; f) El convenio de honorarios; g) El convenio y sus anexos, y h) Los demás que deban agregarse por disposición de las normas de mediación o el mediador considere convenientes.

IV.IV. CONSERVACIÓN²³

El mediador, además de ser responsable de la guarda de los libros y el archivo, deberá conservarlos durante los tres años de vigencia de su certificación e igual plazo en caso de obtener la renovación de la certificación. Trascurrido el plazo deberá entregarlos al Centro. Hasta en tanto no transcurra el plazo, los libros deben permanecer en la oficina del mediador salvo que deban ser presentados al Centro.²⁴

Al cesar en el ejercicio de la función, tratándose de mediador privado que no esté asociado, dentro de los sesenta días siguientes a la terminación de las

²⁰ Artículo 66 3º p. de las RMP.

²¹ Artículo 79 2º p. de las RMP.

²² Artículo 43 2º p. de las RMP.

²³ Artículo 50 de las RMP.

²⁴ Artículo 38 de las RMP.

actividades, el Centro procederá a la clausura del libro de registro, para lo cual en la última página del libro asentará los antecedentes y causas que motivaron la clausura, el número páginas utilizadas y el número de las que quedan en blanco, cruzándolas con una línea de tinta para inutilizarlas; al final del asiento se hará constar el lugar, fecha, nombre y firma del funcionario que haya actuado.²⁵ Si por alguna causa no es posible llevar el acto de la clausura el funcionario designado dará cuenta al Centro para que tome las medidas pertinentes.

Considero que al terminar el acto de la clausura, el funcionario, por inventario, recogerá los libros y el archivo, a fin de que sean conservados por el Centro hasta que, como lo señala el artículo 51 de las reglas, se ocupe nuevamente el registro que ha quedado vacante, ya que al mediador privado al que corresponda tal registro se le entregarán por inventario los libros y el archivo del mediador que cesó en sus funciones, de donde resulta importante determinar para qué se le entrega ese elemento material, ya que:

a) Por la inutilización de las hojas del libro de registro no puede continuar actuando en él, lo que implica una contradicción con lo dispuesto por los artículos 18 último párrafo y el 51, ambos de las RMP.

b) La ley sólo autoriza a expedir copias certificadas de los convenios junto con sus anexos, en los que intervino el mediador, salvo en el caso de mediadores asociados, en el que si es posible expedir copia certificada de los convenios junto con sus anexos que haya sido otorgados ante la fe de otro de los asociados, según lo dispone expresamente el artículo 48 de las RMP, si bien es cierto que el nuevo mediador continua con la numeración de los convenios que originalmente llevó el mediador cesante, ninguna de las disposiciones en materia de mediación autoriza a certificar documentos expedidos por otro mediador, salvo la excepción antes indicada, en la que se encuentra el cesante.

IV.V. GARANTÍA²⁶

La garantía puede consistir en billete de depósito, fianza, prenda, hipoteca, etcétera, por el equivalente a tres mil quinientas unidades de cuenta de la Ciudad de México en favor del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Deberá mantenerse actualizada durante la vigencia de la certificación

²⁵ Artículo 51 de las RMP.

²⁶ Artículos 27 a 29 de las RMP.

y un año más, plazo que se prorrogará el tiempo necesario si el mediador tiene queja o acción de responsabilidad en su contra.

Cuando el mediador privado se abstenga de cubrir el importe de multas y demás responsabilidades administrativas que se le hayan impuesto; los montos que deriven de responsabilidad civil o penal, cuotas o derechos adeudados al Tribunal, así como costas y gastos de procedimientos contenciosos que el Tribunal haya iniciado en su contra, se hará efectiva la garantía.

IV.VI. CONVENIO DE ASOCIACIÓN²⁷

Con el objeto de mejorar la prestación del servicio y optimización de sus recursos, los mediadores privados podrán celebrar convenios de asociación, por el tiempo que estimen pertinente, los cuales, al igual que sus modificaciones o terminación, deben inscribirse en el Centro, quien deberá dar aviso al Registro Público de la Propiedad de la Ciudad de México, así como a la Consejería Jurídica y de Servicios legales del Gobierno.

Como ya se comentó en líneas anteriores, la asociación les permite actuar en un libro de registro y archivo, siempre el del mediador de mayor antigüedad, si éste dejare de actuar por cesación en funciones o cancelación del registro, al mediador de mayor antigüedad, de entre los asociados, le corresponderá el número de registro, así como el libro de registro y el archivo, por lo que, previa solicitud, el Centro le expedirá la constancia de certificación correspondiente, asentándose.

Si bien como consecuencia del convenio de asociación todos los asociados tienen un libro de registro y un archivo, las RMP prohíben que dos o más mediadores participen en la substanciación del procedimiento de mediación y en la suscripción y celebración de convenios, salvo en el caso de la co-mediación previa designación del Centro;²⁸ así, la función del mediador y la responsabilidad, aun asociado, es de carácter personal. Al disolverse la asociación, los que salgan de ella emplearán su propio libro y archivo.

IV.VII. FE PÚBLICA

La fe se define como “la creencia de lo que no hemos visto por el testimonio de quien lo refiere”, el fundamento de la fe es el testimonio humano, es la creencia en la revelación que se hace, o en la palabra con que se afirma

²⁷ Artículos 45 a 49 de las RMP.

²⁸ Artículo 58 de las RMP.

o se niega un hecho determinado. Empero, como la verdad del testimonio puede ser dudosa, o de ser cierta se llega al evidente corolario de que “la creencia no es la fe misma, sino una consecuencia de la fe”.²⁹

Se afirma que la fe pública es del Estado y la tiene el Estado, habiendo nacido de la evolución de los actos jurídicos regulados por el derecho romano, donde la fides dejó de ser casuista y pasó a ser expresión jurídica del pueblo haciéndose potestativa del Estado, dispensándolo al magistrado, luego al tabulario y después al notario. Por la intervención del notario logró aseverar el acto, su contenido y hacer auténticos, por su fe, a los instrumentos públicos.³⁰

Sobre la fe pública se han elaborado varios conceptos como: “la fe pública ni es convicción ni es creencia sino imposición que coactivamente obliga a todos para estimar como autenticidad y verdad oficial lo que ella ampara”.³¹ “Es el asentimiento que con carácter de verdad y certeza se presta a lo manifestado por aquellos a quienes el poder público reviste de autoridad asignándoles un función”.³² “El carácter jurídico de la fe imprime autenticidad al hecho o acto sometido a su amparo; de ahí que la fe pública irradie efectos excepcionales”.³³ “La fe pública es una calidad de orden público que, mediante la intervención del oficial público, acuerda a ciertos documentos el carácter de auténticos y eficaces”.³⁴ “Creencia impuesta por la ley”.³⁵

En todos los conceptos sobre la fe pública, señala Neri, se enfatiza que ésta es “carácter” o una “calidad”, sin embargo no se llega a su esencia o en otras palabras, no logran establecer lo que realmente es, ya que para el autor en cita, “la fe pública es un principio real del derecho notarial, pues viniendo a ser como un patente de crédito que se necesita forzosamente para que la instrumentación pública sea respetada y tenida por cierta, se traduce por una realidad evidente. La fe pública, en una palabra, es una evidencia de sentido común; por dimanar de la experiencia, su legitimidad ha sido reco-

²⁹ ARGENTINO I. Neri, *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*, Vol. II, Buenos Aires. Ed. De Palma, 1980, p. 407.

³⁰ ARGENTINO I. Neri. *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*, Buenos Aires, Ed. De Palma, 1980, p. 411.

³¹ AZPETIA, Esteban, citado por ARGENTINO I Neri. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Notarial*, Buenos Aires, Ediciones de Palma, 1980, p. 375.

³² MENGUAL y Mengual. *Idem*.

³³ GIMÉNEZ Arnau. *Idem*.

³⁴ MUST'PHICH. *Idem*.

³⁵ ZINI, Mario Antonio, *El acto notarial (dación de fe)*, Buenos Aires, Editorial de Palma, 2000, p. 77.

nocida por el estado e impuesta como “expresión legal” de garantía, a manera de cuño, para imprimir la verdad oficial a la instrumentación pública”.³⁶

Los conceptos respecto de que la fe pública corresponde al Estado así como de que ésta es un principio del derecho notarial, los encontramos en el artículo 26 y la fracción VI del artículo 7 ambos de la Ley del Notariado para el Distrito Federal. En el primero de los artículos citados se establece:

...La función notarial es la actividad que el notario realiza conforme a las disposiciones de esta ley. Posee una naturaleza compleja: es pública en cuanto proviene de los poderes del Estado y de la Ley...”

El artículo 7 fija los principios regulatorios e interpretativos de la función y de la documentación notarial, la fracción VI establece:

“El del cuidado del carácter de orden público de la función y su documentación en virtud del otorgamiento de la cualidad para dar fe...”

Por lo que podemos aceptar que la fe pública es un principio real del derecho notarial que tiene como consecuencia el que los actos llevados a cabo por un notario, que en el ejercicio de su función está investido de fe pública, deben ser aceptados por todos como ciertos, salvo que mediante juicio contradictorio se llegue a probar lo contrario.

El fundamento de la fe pública se halla en la necesidad que tiene la sociedad, para su estabilidad y armonía, de dotar a las relaciones jurídicas de fijeza, certeza y autoridad, a fin de que las manifestaciones externas de esas relaciones sean garantía para la vida social y jurídica de los ciudadanos y hagan prueba plena ante todos y contra todos, cuando aquellas relaciones jurídicas entren a la vida del derecho en su estado normal.”³⁷ Así, el notariado, como lo establece el principio contenido en la fracción IV del artículo 7 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, “está al servicio del bien y la paz jurídicos en la Ciudad y del respeto y del cumplimiento del derecho.

Para Zinny,³⁸ la creencia legalmente impuesta, que no es sólo la que deriva de los actos notariales, está referida: a) A la autoría de ciertos objetos, tales como los documentos públicos, la moneda y sellos oficiales; b) A la autoría y data de los actos públicos, como son la sentencia, el acto administrativo y la dación de fe, entre otros; c) Al hecho de haber ocurrido el comportamiento o acontecimiento o haber existido el resultado material, que ha

³⁶ NERI, *op. cit.*, p. 376.

³⁷ GIMÉNEZ, Arnau, citado por ARGENTINO I Neri. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Notarial*, Buenos Aires, Ediciones de Palma, 1980, p. 423.

³⁸ *Op. cit.*, p. 75.

sido objeto de la dación de fe del notario, del secretario de juzgado o del oficial público.

Siguiendo al autor en cita, la obligación de creer lo que es el objeto, la autoría y data así como la narración, no tiene distinción alguna, por que tanto se presume la autenticidad, como el acto que efectivamente ocurrió, de la sentencia y del acto administrativo como del instrumento otorgado ante notario, igualmente se presume que han sido elaborados y firmados por la persona que aparece en ellos, es decir el notario o alguien autorizado conforme a la ley para ello y que esto ha ocurrido precisamente en la fecha que se indica en el documento.

V. CLASIFICACIÓN DE LA FE PÚBLICA

En cualquier sociedad, son varios los actos que deben llevarse a cabo por o ante una persona que esté investida de fe pública, por lo que, si bien la fe pública como poder del Estado es indivisible, por su ejercicio se clasifica como:

A. Judicial

B. Extrajudicial

Ambas fes están legisladas, esto es, uniformemente adaptadas a cada uno de los poderes u organismos autárquicos que integran la estructura del poder estatal y ambas revisten el sello de verdad y autenticidad.³⁹

Neri considera que la fe pública judicial es la que “dispensan los funcionarios de justicia”, especialmente los secretarios de juzgados.

En cuanto a la extrajudicial, señala que es la que otorgan los notarios públicos, “así como la que en ejercicio de su función otorgan otros funcionarios públicos, como agentes diplomáticos, cónsules, Jefes de registros públicos”.⁴⁰

También sostiene que la doctrina moderna da pábulo a una subdivisión de la fe extrajudicial, citando a Azpeitia, señala que “sin dejar de reconocer que las distintas clases de fe pública no son otra cosa que matices de una sola concepción, el autor estima que atento a las diversas manifestaciones de actividad funcional cabe admitir las que podrían llamarse fe pública administrativa, fe pública registral, fe pública legislativa”.⁴¹ Por ello sostiene que es:

³⁹ *Ibidem* p. 440.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 441.

⁴¹ *Idem*.

1. Fe pública Administrativa. La que tiene por objeto “dar notoriedad y valor de hechos auténticos a los actos realizados por el estado o por las personas de derecho público dotadas de soberanía, de autonomía o de jurisdicción... tendrá fe pública administrativa cuanta instrumentación sea autorizada por las reparticiones del ramo”.

2. Es fe pública registral. La que, deriva de las anotaciones, dado que la función del registro es la de amparo, de protección suficiente a los títulos inscritos frente a los no inscritos.

3. Fe pública legislativa. La que deriva de la autenticidad de los actos que en el ámbito legislativo desarrolla el congreso, en especial la expedición de leyes.

V.I. FE PÚBLICA JUDICIAL

En nuestro país, por su sistema federal, encontramos que la fe pública judicial lo es tanto la que corresponde al Poder Judicial federal como al local.

Conforme a los artículos 219 y 220 del Código Federal de Procedimientos Civiles, las resoluciones judiciales, tales como decretos, autos o sentencias firmadas por juez, magistrado o ministros que las pronuncien, deben ser autorizadas en todo caso por el secretario.

En materia judicial federal, el artículo 110 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, que se refiere a la carrera judicial, existen los siguientes tipos de secretarios a) Secretario y subsecretario general de acuerdos de la Suprema Corte; b) Secretario de estudio y cuenta de ministro; c) Secretario y subsecretarios de acuerdos de Sala; d) Secretario de tribunal de circuito; e) Secretario de juzgado de distrito; y f) Actuario del Poder Judicial de la Federación.

En cuanto al Tribunal Federal Electoral, éste cuenta con un secretario y un subsecretario general de acuerdos, a los que corresponde autorizar con su firma las actuaciones de la Sala Superior.⁴² En las salas regionales, las fracciones VIII y IX del artículo 204, prevén como atribución de los secretarios generales “autorizar con su firma las actuaciones de la Sala del Tribunal Electoral Federal” y “expedir los certificados de constancias que se requieran”.

En el Distrito Federal, de acuerdo con la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia, los secretarios auxiliares actuarios de Sala del Tribunal Superior de Justicia, conforme lo determina el último párrafo del artículo 61, tienen fe pública en razón de tener las mismas obligaciones que los secretarios actuarios de juzgado.

⁴² Artículo 201 f. IX de la LOTSJDF.

Los secretarios de acuerdo y secretarios auxiliares de juzgado están facultados para autorizar y dar fe, según lo dispone el artículo 58.

A los secretarios de acuerdos adscritos a juzgados de justicia oral civil así como a los secretarios adscritos a juzgados penales y de justicia para adolescentes, corresponden, según los artículos 58 Bis y 59, las atribuciones establecidas en el artículo 58.

También cuenta con fe pública el conciliador, cuyas funciones las prevé el artículo 60.

Los secretarios actuarios y los secretarios actuarios auxiliares adscritos a los juzgados, quienes además pueden ser mediadores en los términos del inciso A) del artículo 18 de la LJA, también tienen fe pública conforme lo dispone la fracción III y el último párrafo del artículo 61 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

III. Hacer las notificaciones y practicar las diligencias decretadas por los Jueces, bajo la responsabilidad de la fe pública que les corresponda y dentro de las horas hábiles del día, entendiéndose por éstas las que median desde las siete hasta las diecinueve horas.... Durante las notificaciones y diligencias podrán llevar a cabo el procedimiento de mediación y, en su caso, redactar los acuerdos respectivos que hayan convenido las partes, en los términos de la Ley de la materia; y

...

El Secretario Auxiliar Actuario de Sala tendrá las mismas obligaciones referidas en las fracciones anteriores.

También gozan de fe pública, según el último párrafo del artículo 63, los pasantes de derecho que laboren en juzgado, tratándose de notificaciones que les encomiende el juez, salvo emplazamientos.

V.II. FE PÚBLICA EXTRAJUDICIAL

V.II.I. *Ministerio Público*

El Ministerio Público, conforme a la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, cuenta con la facultad de expedir copias certificadas de constancias o registros que obren en su poder.⁴³ En la investigación de los delitos, las diligencias practicadas por el Ministerio Público tienen valor probatorio pleno.

⁴³ Artículo 56 de la LOPGJDF.

V.II.II. *Cónsules*

Un caso especial es el de los jefes de las oficinas consulares, a quienes la Ley Servicio Exterior Mexicano les otorga fe pública equivalente en toda la República a la que tienen los notarios del Distrito Federal, en los actos y contratos celebrados en el extranjero que deban ser ejecutados en el territorio mexicano.⁴⁴

V.II.III. *Fe pública registral*

Conforme lo dispone la Ley Registral para el Distrito Federal corresponde, en los términos de la fracción I del artículo 6, al titular del Registro Público de la Propiedad el ser depositario de la fe pública registral, misma que ejerce directamente y por conducto de los registradores y unidades administrativas, de ahí que la fracción I del artículo 9 disponga:

Artículo 9. El Registro contará con Registradores quienes tendrán las siguientes atribuciones:

I. Auxiliar en el ejercicio de la fe pública registral.

Como puede constatarse de los casos citados, el orden jurídico se ha limitado a enumerar los instrumentos públicos, a señalar la fe que ellos merecen, a señalar el modo y forma en que deben ser autorizados. La clasificación de la fe pública es obra de la doctrina.

De la conjunción de la doctrina y la Ley resulta innegable que la fe pública judicial y la extrajudicial, se ejerce por personas a quienes el Estado se las ha delegado, en ambos casos, la ejercen en estricto cumplimiento y límites de las normas legales que los regulan, es decir jurisdicción. Su actuación produce en la sociedad efectos de certidumbre, verdad y legalidad.

VI. FE PÚBLICA

VI.I. DEL MEDIADOR PRIVADO

En la Ciudad de México, quien ha obtenido el registro como mediador privado certificado es auxiliar de la administración de justicia, en los términos del título sexto, capítulo III Bis de la LOTSJDF, por lo que en ese carácter realiza su función en el procedimiento de mediación.

⁴⁴ Artículo 44 f. IV de la LSEM.

También en el carácter de auxiliar de la administración de justicia la LJA, lo inviste de fe pública, la cual, de acuerdo a lo señalado en la clasificación doctrinal, enmarca en la fe pública judicial, de ahí que, al igual que ocurre en el caso del secretario de juzgado, secretario actuario y conciliador, la dación de fe se encuentra constreñida únicamente para ciertos actos, por lo que la fe pública de que está investido no es igual a la del notario, quien está autorizado para dar fe de todos los actos y hechos jurídicos, a los que la ley establezca esa formalidad o bien sea de interés de los particulares. Por el contrario, el mediador únicamente tiene fe pública en los casos que, limitativamente, establecen en las tres fracciones del artículo 42 de la LJA.

Así, conforme a la fracción “I. Para la celebración de los convenios que suscriban los mediados y que sean emanados del servicio de mediación privada conducida por el propio mediador privado”, se desprende: a) que el mediador podrá dar fe de un convenio sólo cuando él mismo condujo el procedimiento de mediación en las cuatro etapas previstas en el artículo 30 de la LJA; y b) la dación de fe en el convenio o razón de certificación, es en el sentido que establece la fracción XI del artículo 50 de la LJA, es decir:

“a) Que se aseguró de la identidad de los mediados, y que a su juicio tienen capacidad para participar en el procedimiento”. Lo primero lo hará mediante una identificación oficial, de la que una copia anexará al convenio, lo segundo lo hará por su propia manifestación, en el sentido de que a su juicio tiene capacidad o que no observó signos contrarios a la capacidad natural o que no tenga noticias de que estén sujetos a interdicción.

“b) Que orientó a los mediados acerca del valor, consecuencias y alcances legales de los acuerdos contenidos en el convenio”, de la fracción IX del artículo 41 de la LJA, se desprende la obligación del mediador de asegurarse de que los acuerdos a que lleguen los mediados estén apegados a la legalidad, de ahí que al celebrarse el convenio el mediador de fe de que les hizo conocer el valor, consecuencias y alcances legales de la suma de esos acuerdos, es decir del todo que es el convenio como medio para terminar o evitar una controversia.

Es en esta fracción de XI del artículo 50 de la LJA donde se perfecciona el segundo papel que desarrolla el mediador, ya que en el contenido del convenio la actividad preponderante fue de los mediados, al mediador correspondió ser facilitador de la comunicación y la orientación necesaria a fin de que el contenido de los acuerdos no resultaran contrarios al derecho.

Ahora es el mediador sólo en ejercicio de la fe pública judicial limitada de que está investido, quien desarrolla la actividad determinante, ya que sólo él mediante su certificación creará presunciones *juris tantum* de verdad, que

sólo serán destruidas por sentencia ejecutoriada dictada en juicio contradictorio.

La fracción XI del artículo 50 de la LJA, también establece:

“c) Los hechos que el mediador estime necesarios y que guarden relación con el convenio que autorice, en especial aquellos que comprueben que cumplió a satisfacción de los mediados con las obligaciones que le imponen esta Ley, **el Reglamento y las Reglas”. En la amplitud de la primera parte de este inciso de la fracción, será el juicio del mediador el que indique qué debe relacionar y dar fe de ello, en la segunda parte, dará fe de la manifestación de los mediados, de que ellos consideran que se cumplieron por el mediador todas y cada una de las obligaciones a que está sujeto en el desarrollo de su función.

La certificación a que se refieren los párrafos anteriores debe constar al finalizar el documento en que conste el convenio y después de las firmas de los mediados y del mediador; al final de ésta deberá firmar nuevamente y estampar su sello.⁴⁵

Al prever el artículo 68 de las RMP que no se requiere unicidad del acto, en relación con la certificación dispone que ésta deberá coincidir con la fecha en que firmó el último de los mediados, si la firma fuese simultánea, la fecha de la certificación debe coincidir con la fecha del convenio.

El convenio como tal debe ajustarse a las formalidades y requisitos que establece el artículo 50 de la LJA, entre ellas la certificación a que se ha hecho referencia. Ahora bien, el documento que lo contiene debe reunir las formalidades que prevé el artículo 64 de las RMP, es decir, que en el anverso de cada hoja deberán asentarse las firmas o rúbricas, en su caso, las huellas digitales de los mediados, el sello y rúbrica del mediador privado; al final del documento deberá estamparse la firma de los mediados, así como el nombre firma y sello del mediador.

Una vez que el convenio ha sido otorgado por los mediados mediante su firma, corresponde al mediador dar fe precisamente de esa manifestación de voluntad de cada uno que, al coincidir, han formado el consentimiento. La firma y el sello del mediador, ambos juntos, conllevan el significado material del acto de dación de fe; igualmente, la firma y sello en las hojas del documento crean los signos exteriores que caracterizan a los documentos públicos.

La dación de fe tiene doble efecto, primero entre las partes, ya que lo que dice el convenio tiene la presunción de que es precisamente lo manifestado y querido por ellos, tal y como fue acordado. En segundo lugar, frente

⁴⁵ Último párrafo del artículo 67 de las RMP.

a terceros, quienes por el concepto de “creencia impuesta por la ley” deberán tener por cierto lo que dice el convenio.

También es necesario que en el documento conste el número de ejemplares del convenio, cuando menos dos,⁴⁶ el número de páginas que lo integran, distinguiendo en el número de las que corresponden al convenio y las que corresponden a sus anexos, así como las páginas que correspondan a documentos que se agregaron en copia certificada.

En la fracción II del artículo 42 se establece: “Para certificar las copias de los documentos que por disposición de esta Ley deban agregarse a los convenios de mediación con la finalidad de acreditar la identidad del documento y que el mismo es fiel reproducción de su original que se tuvo a la vista con el único efecto de ser integrado como anexo al propio convenio de mediación”, de la que se desprende que cualquier documento que por disposición de la LJA o como consecuencia del convenio deba agregarse al mismo debe estar certificado por el mediador, es un acto de dación de fe, por la cual él puede asegurar, pero sólo mediante certificación en el frente del documento si se tiene espacio, o al reverso,⁴⁷ que se trata de una reproducción fiel y exacta del original que tuvo a la vista.

El último supuesto limitativo de dación de fe por el mediador privado, lo establece el artículo 42 en su fracción III “Para expedir copias certificadas de los convenios de mediación que se encuentren resguardados en su archivo a petición de cualquier mediado, del Centro, de autoridad competente o para efectos registrales”. Una vez más se reitera la limitación de la fe pública del mediador privado ya que en esta fracción se establece la regla general de que únicamente puede expedir copia certificadas de los convenios celebrados ante él y que estén en su archivo, entendiendo que “su archivo” lo es mientras no haya transcurrido el plazo para su entrega al Centro.⁴⁸

Las copias certificadas que expida deberán ser reproducción íntegra del convenio y sus anexos, quedando prohibida la expedición por transcripción o de manera incompleta o parcial, debiendo llevar en el anverso y reverso el sello y rúbrica del mediador, según lo dispone el artículo 72 de las RMP.

⁴⁶ Artículos 65 y 66 de las RMP.

⁴⁷ Último párrafo del artículo 71 de las RMP.

⁴⁸ Artículo 50 de las RMP.

APUNTES EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Miguel Ángel Beltrán Lara¹

*

I. INTRODUCCIÓN

Cuando fui invitado a participar con un escrito en este homenaje al maestro Othón Pérez Fernández del Castillo, lo primero que pasó por mi mente fue el recuerdo de sus clases en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Tuve el honor de cursar con don Othón la materia de contratos allá por el año de 1990. Recuerdo que nadie faltaba a sus clases, pues explicaba los temas con gran claridad, además de que como saben quienes han tenido la oportunidad de escuchar al maestro, sus clases son muy dinámicas y amenas.

Sin duda, el maestro y notario Othón Pérez Fernández del Castillo influyó enormemente en mi gusto por la materia notarial y en mi vocación por la cátedra.

Es por ello que considero que una buena manera de homenajear al maestro Othón Pérez Fernández del Castillo es publicando una parte de los apuntes de la clase que he impartido en la materia de Responsabilidad civil.

Aclaro que las líneas que siguen no constituyen un ensayo ni un artículo en torno a la responsabilidad civil, sino, como lo he dicho, son simplemente apuntes de clase, mismos que con mucho gusto comparto ahora con usted amable lector.

II. RESPONSABILIDAD CIVIL

A continuación se transcriben algunas definiciones:

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española sostiene: “Responsabilidad es la obligación de reparar y satisfacer por sí o por otro a consecuencia de un delito de una culpa o de otra causa legal”.

¹ Notario Público 169 de la Ciudad de México.

Rafael de Pina: “Obligación que una persona tiene con respecto a otra de reparar los daños y resarcir los perjuicios que una haya ocasionado como consecuencia de un acto propio o ajeno o por el efecto de las cosas u objetos inanimados o de los animales”.

Bejarano Sánchez: “Es la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados a otro por un hecho ilícito o por la creación de un riesgo... es el nombre que se le da a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por un hecho ilícito o por un riesgo creado”.

Borja Soriano: “Consiste en la obligación que tiene una persona de indemnizar a otra los daños y perjuicios que se le han causado”.

Gutiérrez y González: “Es una conducta que consiste en restituir las cosas al estado que tenían y de no ser posible en la restitución del detrimento patrimonial, generado por una acción u omisión de quien lo cometió, por sí mismo, por personas a su cuidado o cosas que posee y que originó con ello la violación de un deber jurídico o de una obligación previa”.

Galindo Garfias: “Es la consecuencia de la violación del deber jurídico de no dañar a nadie”.

Luis Díez-Picazo y Antonio Guillón afirman que: “La responsabilidad significa la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido”.

Elementos de la responsabilidad civil (según Rojina Villegas)

- a. Comisión de un daño
- b. La culpa
- c. La relación de causa efecto entre el hecho y el daño

Por su parte, Galindo Garfias señala tres elementos para que pueda surgir la responsabilidad civil:

1. Un hecho ilícito.
2. La existencia de un daño.
3. Un nexo de causalidad entre el hecho y el daño.

Hay autores como Antonio Guillón y Luis Díez-Picazo que añaden un elemento más: la existencia de un criterio que permita imputar dicha responsabilidad al demandado. Este criterio puede ser el de la culpa, el dolo, la idea de riesgo o una atribución automática o *ex lege* de la responsabilidad.

En consecuencia, se puede decir que los elementos de la responsabilidad civil son: un hecho ilícito; la comisión de un daño o perjuicio; una relación

de causa efecto entre el hecho ilícito, el hecho contrario a las buenas costumbres o un riesgo creado, y el daño; y por último, un criterio que permita imponer la responsabilidad al infractor.

Del hecho ilícito nace la responsabilidad civil, por ello, resulta de vital importancia destacar los elementos del hecho ilícito:

- I. Antijuridicidad
- II. Culpa
- III. Daño

II.I. PRIMER ELEMENTO DEL HECHO ILÍCITO: LA ANTIJURIDICIDAD

Entendemos por antijurídica: toda conducta que viola lo establecido por las normas de derecho.

Tipos de antijuridicidad (Según el maestro Manuel Bejarano Sánchez):

- A. Por violación de una norma expresa o de un principio jurídico implícito.
- B. Por vía de acción u omisión.
- C. Por quebrantamiento de una norma civil o de una norma penal.
- D. Por transgresión de una norma jurídica general o de una disposición particular.
- E. Material y Formal.

a) Antijuridicidad por violación de una norma expresa o de un principio jurídico implícito.

Hay principios no consagrados en una disposición especial pero cuya existencia es inviolable porque han inspirado las normas jurídicas, estos son los principios generales de Derecho.

- Albadalejo. Principios generales de derecho. “Aquellas ideas fundamentales que informan nuestro derecho positivo contenido en leyes y costumbres y en última instancia aquellas directrices que derivan de la justicia tal como se entiende por nuestro ordenamiento jurídico.”
Ejemplo: nadie debe causar daño al otro.

b) Antijuridicidad por vía de acción u omisión.

Si la norma ordena hacer algo y no lo hago también es antijurídico así como si manda hacer algo y no lo hago.

c) Antijuridicidad por quebrantamiento de una norma civil o de una norma penal.

El derecho civil vigila el interés particular, mientras que el derecho penal clasifica y reprime ciertos actos particularmente graves y disolventes de la conducta humana.

DIFERENCIAS	
Materia civil	Materia penal
Violación de un derecho subjetivo privado.	Violar la ley penal.
Sanción: restablecer la situación anterior, reparar.	Sanciones: castigo al agresor.
Puede corregir el mismo transgresor.	Corrige el estado.

d) Antijuridicidad por transgresión de una norma jurídica general o de una disposición particular

Las normas jurídicas dependiendo del número de personas sometidas a su imperio pueden ser generales o particulares.

Como su nombre lo indica, las primeras son de observancia general ejemplo: leyes y códigos, las segundas son de observancia particular, ejemplo: cláusulas de un contrato, declaración unilateral de voluntad, sentencias.

Su violación se traduce en responsabilidad civil contractual y extracontractual.

e) Antijuridicidad Material y formal

La antijuridicidad formal tiene lugar cuando se contradice la exigencia formal de la norma jurídica, la norma en sí, su enunciado.

La antijuridicidad material se da en aquellos actos en que no obstante que la conducta se ajuste a la exigencia de la norma, contradice, los principios exigidos o tutelados por esa norma, ejemplo: abuso de derecho.

II.II. SEGUNDO ELEMENTO DEL HECHO ILÍCITO:

LA CULPA

Se ha definido a la culpa como la intención, la falta de cuidado o la negligencia para generar un daño y que el derecho considera a efecto de establecer una responsabilidad.

Incurrir en culpa:

1. Quien proyecta voluntariamente su conducta hacia la producción de un daño
2. Quien debiendo preverlo no lo hizo

De tal manera que se sanciona sólo a quien pudo evitar el daño y no lo hizo, por lo tanto sólo si hay culpa hay responsabilidad civil.

Cabe señalar que en la responsabilidad objetiva no hay culpa.

II.II.I. Clasificación de la culpa en el derecho romano

En Roma la culpa se clasificaba en levísima, leve y grave.

a. Culpa grave o *lata* es un error de conducta imperdonable, es tan grave que se asimila al dolo.

Ulpiano decía que la culpa grave es la demasiada ignorancia, es no entender lo que todos entienden.

b. Culpa leve o *levis in abstracto*: es una falta de comportamiento que puede eludirse al proceder con el cuidado y diligencia medias de una persona normal.

Es lo que se conoce como *bonnus pater familias* (Buen padre de familia).

c. Culpa levísima o *aquiliana*: Es una falta de conducta que sólo evitan las personas más diligentes y cuidadosas, es común incurrir en ella, aunque es evitable.

Gutiérrez y González ha establecido los siguientes principios:

1. Si un contrato se celebra en beneficio del acreedor, el deudor sólo responde de los daños que cause si los produce por culpa grave o *lata*, ejemplo: depósito.

Artículo 2522. El depositario está obligado a conservar la cosa objeto del depósito, según la reciba, y a devolverla cuando el depositante se lo pida, aunque al constituirse el depósito se hubiere fijado plazo y éste no hubiere llegado.

En la conservación del depósito responderá el depositario de los menoscabos, daños y perjuicios que las cosas depositadas sufrieren por su malicia o negligencia.

2. Si el contrato se celebra en interés recíproco los dos son responsables, ejemplo: arrendamiento.

3. Si el contrato se celebra en beneficio del deudor este debe poner respecto de la cosa mayor atención de lo que normalmente pone, responde pues por culpa levísima. Ejemplo: El Comodato.

Artículo 2505. Si la cosa perece por caso fortuito, de que el comodatario haya podido garantizarla empleando la suya propia, o si no pudiendo conservar más que una de las dos, ha preferido la suya, responde de la pérdida de la otra.

Artículo 2506. Si la cosa ha sido estimada al prestarla, su pérdida, aun cuando sobrevenga por caso fortuito, es de cuenta del comodatario, quien deberá entregar el precio, si no hay convenio expreso en contrario.

II.II.II. *Elementos de la conducta culposa*

a. Conducta consciente o intencional.

Es aquella en la que se incurre cuando al realizar un hecho ilícito se hace con conocimiento pleno de que la conducta es punible y con la finalidad de causar un daño.

b. Conducta que cause un daño.

c. Que el derecho lo considere a efecto de responsabilizar a quien lo produjo.

La culpa también se puede clasificar en culpa no dolosa o negligencia. Es aquella en la que se incurre cuando se realiza un hecho o se incurre en una omisión sin ánimo de dañar, y sin embargo, por la imprevisión, negligencia, falta de cuidado o de reflexión, se produce el daño. Por otro lado la culpa dolosa o intencional es aquella en la que se incurre cuando al realizar un hecho ilícito se hace con conocimiento pleno de que esa conducta es punible.

La diferencia es muy importante, pues cuando se produce un daño con dolo no se puede renunciar a la responsabilidad (ver artículo 2106 C.C.). Por otro lado, si no hay intención sí se podría pactar una cláusula de no responsabilidad.

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

En términos generales sólo hay responsabilidad cuando se pudo evitar el daño y no se hizo, es decir, se atiende a un criterio subjetivo.

Sin embargo, hay casos en que se castiga, o bien se imputa responsabilidad a todo aquel que participa en la producción del daño aunque haya obrado sin culpa (Responsabilidad Objetiva).

II.II.III. *Aplicación de la culpa en derecho mexicano*

Artículo 1922. Ni los padres ni los tutores tienen obligación de responder de los daños y perjuicios que causen los incapacitados sujetos a su cuidado y vigilancia, si probaren que les ha sido imposible evitarlos. Esta imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si aparece que ellos no han ejercido suficiente vigilancia sobre los incapacitados.

Artículo 1930. Si el animal que hubiere causado el daño fuere excitado por un tercero, la responsabilidad es de éste y no del dueño del animal.

Artículo 1931. El propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten por la ruina de todo o parte de él, si ésta sobreviene por falta de reparaciones necesarias o por vicios de construcción.

Artículo 2017. En los casos en que la obligación de dar cosa cierta importe la traslación de la propiedad de esa cosa, y se pierde o deteriora en poder del deudor, se observarán las reglas siguientes:

I. Si la pérdida fue por culpa del deudor, éste responderá al acreedor por el valor de la cosa y por los daños y perjuicios;

II. Si la cosa se deteriora por culpa del deudor, el acreedor puede optar por la rescisión del contrato y el pago de daños y perjuicios, o recibir la cosa en el estado que se encuentre y exigir la reducción de precio y el pago de daños y perjuicios;

III. Si la cosa se perdiere por culpa del acreedor, el deudor queda libre de la obligación;

IV. Si se deteriora por culpa del acreedor, éste tiene obligación de recibir la cosa en el estado en que se halle;

V. Si la cosa se pierde por caso fortuito o fuerza mayor, la obligación queda sin efecto y el dueño sufre la pérdida, a menos que otra cosa se haya convenido.

II.II.IV. *Definición de culpa*

En el Código Civil, en sus artículos 2025, sólo exonera la falta de culpa 1914.

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

Artículo 1914. Cuando sin el empleo de mecanismos, instrumentos, etc., a que se refiere el artículo anterior, y sin culpa o negligencia de ninguna de las partes se producen daños, cada una de ellas los soportará sin derecho a indemnización.

COMODATO. El comodatario es responsable aún cuando no incurra en culpa 2504, 2505, 2502, por mayoría de razón, responde por culpa levisima o “Aquiliana”.

Artículo 2504. El comodatario responde de la pérdida de la cosa si la emplea en uso diverso o por más tiempo del convenido, aun cuando aquélla sobrevenga por caso fortuito.

Artículo 2505. Si la cosa perece por caso fortuito, de que el comodatario haya podido garantizarla empleando la suya propia, o si no pudiendo conservar más que una de las dos, ha preferido la suya, responde de la pérdida de la otra.

Artículo 2502. El comodatario está obligado a poner toda diligencia en la conservación de la cosa, y es responsable de todo deterioro que ella sufra por su culpa.

II.II.V. *Presunción de culpabilidad*

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

II.III. TERCER ELEMENTO DEL HECHO ILÍCITO: EL DAÑO

Para que haya lugar a la responsabilidad civil, no basta con que se actúe antijurídicamente, ni que haya una conducta culposa, se requiere también que como consecuencia de lo anterior se genere una pérdida económica, o el menoscabo en la salud, integridad física u honor de una persona, es decir, se cause un daño.

Dice Enneccerus: “Daño es toda desventaja que experimentamos en nuestros bienes jurídicos (patrimonio, cuerpo, vida, salud, honor, crédito, bienestar, capacidad de adquisición, etc.)”

Artículo 2108. Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación.

Artículo 2109. Se reputa perjuicio la privación de cualquiera ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.

Origen de los vocablos daño y perjuicio. El maestro Gutiérrez y González nos remite al Derecho Romano al hablar de:

Damnun emergens: daño emergente

Lucrum cesans: lucro que cesa o ganancia sin percibir-perjuicio.

III. CLASES DE RESPONSABILIDAD CIVIL

III.I. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

Tiene lugar cuando la norma transgredida es una norma de observancia general.

Si alguien viola la ley culpablemente y causa daño a otro, incurre en responsabilidad civil extracontractual.

Es la proveniente de la transgresión de una cláusula o norma particular.

III.II. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL

Es la proveniente de la transgresión de una cláusula o norma particular. No obstante que el fundamento y origen de la Responsabilidad Civil es el mismo, el Código Civil regula por separado a la contractual y a la extracontractual.

Responsabilidad Civil Extracontractual, artículos 1910 y siguientes:

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 inexcusable de la víctima.

Responsabilidad contractual artículos 2104 y siguientes:

Artículo 2104. El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes:

I. Si la obligación fuere a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste;

II. Si la obligación no dependiere de plazo cierto, se observará lo dispuesto en la parte final del artículo 2080.

El que contraviene una obligación de no hacer pagará daños y perjuicios por el sólo hecho de la contravención.

Artículo 2105. En las obligaciones de dar que tengan plazo fijo, se observará lo dispuesto de la fracción I del artículo anterior.

Si no tuvieren plazo cierto, se aplicará lo prevenido en el artículo 2080, parte primera.

Artículo 2080. Si no se ha fijado el tiempo en que deba hacerse el pago y se trata de obligaciones de dar, no podrá el acreedor exigirlo sino después de los treinta días siguientes a la interpelación que se haga, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un notario o ante dos testigos. Tratándose de obligaciones de hacer, el pago debe efectuarse cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación.

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

Diferencias	
Responsabilidad contractual	Responsabilidad extracontractual
Puede ser regulada por las partes a través del establecimiento de una cláusula penal	La determinará la ley o el juez o la autoridad administrativa
Hay un vínculo previo entre las partes, sólo los contratantes pueden incurrir en esa responsabilidad	No hay relación previa entre las partes, por lo tanto cualquiera puede incurrir en ella
No tendríamos que demostrar la culpa, ya que el solo incumplimiento es la prueba de la falta, salvo prueba en contrario	“La víctima” debe demostrar la culpa del responsable.

Para determinar el grado de Responsabilidad de aquel que incumple, debemos distinguir de la mano del maestro Bejarano entre las obligaciones de resultados y de medios:

III.III. OBLIGACIONES DE RESULTADO O DETERMINADAS

Son aquellas en las cuales el deudor se compromete a obtener determinado resultado, y si no logra el fin propuesto incumple con la obligación, basta con demostrar que se no se alcanzó el fin deseado para probar la violación de la obligación y por lo tanto la antijuridicidad de la conducta, es relativamente fácil demostrar su incumplimiento.

Ejemplo: Un pintor que se obliga a pintar la casa de azul.

III.IV. OBLIGACIONES DE MEDIOS, DE PRUDENCIA O DE DILIGENCIA

Son aquellas en las cuales el deudor debe realizar o llevar a cabo todos los procedimientos idóneos para lograr el fin propuesto, y por lo tanto incumple con su obligación si no lleva a cabo esos procedimientos.

La obligación consiste en obrar con prudencia y se viola si no es así. Es más complicado demostrar su incumplimiento, como hacer que yo gane unas elecciones.

Ejemplo: cuando acudimos al médico.

III.V. RESPONSABILIDAD OBJETIVA O RIESGO CREADO

Concepto: “La obligación de reparar daños y perjuicios causados por objetos o mecanismos peligrosos, al poseedor legal de estos aunque no haya obrado ilícitamente”.

Hay casos en que se puede producir un daño sin que medie una conducta culposa.

A principios del siglo XIX la tendencia fue imputar responsabilidad sólo a quien hubiere obrado con culpa.

Sin embargo a fines del siglo XIX con la revolución industrial se empezaron a dar casos, cada vez más frecuentes de accidentes. El patrón, en estricto sentido no había obrado con culpa, es así como surge el concepto de responsabilidad objetiva o riesgo creado, que consiste en que todo aquel que haga uso de un aparato peligroso que aumente los riesgos de provocar daños a los demás debe responder de la reparación de los daños que se produzcan con dicho objeto aunque no incurra en culpa o falta de conducta y aunque no viole ninguna disposición normativa.

Se llama responsabilidad objetiva porque se apoya en un elemento ajeno a la calificación de la conducta, se apoya en un dato objetivo: usar algo que aumente el riesgo.

III.VI. CÓDIGO CIVIL ITALIANO

Artículo 2050. Responsabilidad causada por el ejercicio de actividades peligrosas. Quienquiera que ocasione un daño a otro en el desenvolvimiento de una actividad peligrosa por su naturaleza o por la naturaleza de los medios empleados, está obligado a resarcir, si no prueba haber tomado todas las medidas idóneas para evitar el daño.

III.VII. CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL

Artículo 1913. Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

En este caso la persona que opera la maquinaria está libre de toda culpa y de cualquier modo responde, la responsabilidad objetiva no es un hecho ilícito, por lo tanto es una fuente distinta de obligaciones.

En todos los casos, el propietario de los mecanismos, instrumentos, aparatos, vehículos automotores o sustancias peligrosas, será responsable solidario de los daños causados.

III.VIII. CAMPO DE APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA O RIESGO CREADO

Su aplicación es doble:

A. En materia de riesgos profesionales los cuáles se estudian en Derecho laboral ver arts 123-A fr-XIV y 472 a 513 de la LFT.

B. En Derecho Civil cuando se causan daños por el empleo de mecanismos, instrumentos, aparatos y demás a que se refiere el art. 1913.

III.IX. EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD

A. Si se demuestra que el daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Artículo 1914. Cuando sin el empleo de mecanismos, instrumentos, etc., a que se refiere el artículo anterior, y sin culpa o negligencia de ninguna de las partes se producen daños, cada una de ellas los soportará sin derecho a indemnización.

B. Una conducta que no sea ilícita en la cual no se utilice ningún elemento peligroso y produzca un daño.

Ejemplo: Vas caminando, te tropiezas y rompes algo

IV. LA INDEMNIZACIÓN

Ya con anterioridad se ha analizado que cuando una persona comete un hecho ilícito, de manera culpable y causa un daño incurre en la obligación de reparar el daño causado, esto es la responsabilidad civil. Lo interesante ahora, es saber cómo se reparan esos daños, los daños se reparan indemnizando. La palabra indemnización proviene de los vocablos latinos In – que significa Sin y Damnum que significa daño, por lo tanto Indemnizar quiere decir dejar sin daño.

- Gutiérrez y González ha definido a la Indemnización como: “La necesidad jurídica que tiene una persona de observar una conducta que restituya al estado que guardaba un derecho ajeno que sufre un detrimento antes de la realización de un hecho culpable o no que le es imputable a este y de no ser esto posible debe realizar una prestación equivalente al monto de daño y perjuicio si es que hubo este último”.

- La indemnización no consiste necesariamente en el pago de una suma de dinero, se hará esto si no es posible devolver las cosas al estado en que se encontraban.

IV.I. TIPOS DE INDEMNIZACIÓN

El maestro Gutiérrez y González expone los tipos de indemnización de la siguiente manera:

IV.I.I. *Indemnización compensatoria o retributiva*

Es la que se debe cuando el incumplimiento de la obligación es definitivo y tiene por objeto compensar el valor patrimonial que se le afecta a la víctima. Este tipo de indemnización tiene lugar cuando se violó un deber y ya no puede cumplirse. En realidad no compensa porque los interesados no son deudores y acreedores recíprocos, de lo que se trata es de retribuirse a la víctima el valor económico de lo perdido. Es mejor referirse a este tipo de indemnización como retributiva.

IV.I.II. *Indemnización moratoria*

Tiene lugar cuando la obligación se puede cumplir pero con retardo o mora. Sólo se puede prestar por los hechos ilícitos cuando se ha violado una obligación previa.

Mora: retardo en el cumplimiento de una obligación

Requisitos para que haya la mora: Se requiere que la obligación pueda ser cumplida, pues en caso contrario hablaríamos de incumplimiento definitivo.

Efecto de la mora: la obligación tiene que ser cumplida como originalmente estaba pactada más una indemnización

Momento en que da inicio la mora: Hay que distinguir los siguientes supuestos:

1. Obligación de hacer sin plazo pactado
2. Obligación de hacer con plazo pactado
3. Obligación de dar sin plazo pactado
4. Obligación de dar con plazo pactado
5. Imposibilidad de que haya mora en obligaciones de no hacer

IV.I.III. *Obligación de hacer sin plazo pactado*

En el momento en que lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación.

Artículo 2080. Si no se ha fijado el tiempo en que deba hacerse el pago y se trata de obligaciones de dar, no podrá el acreedor exigirlo sino después de los treinta días siguientes a la interpelación que se haga, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un notario o ante dos testigos. *Tratándose de obligaciones de hacer, el pago debe efectuarse cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación.*

Artículo 2104. El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes:

I. Si la obligación fuere a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste;

II. Si la obligación no dependiere de plazo cierto, se observará lo dispuesto en la parte final del artículo 2080.

El que contraviene una obligación de no hacer pagará daños y perjuicios por el sólo hecho de la contravención.

IV.I.IV. *Obligación de hacer con plazo pactado*

La mora comienza desde el momento en que se vence el plazo.

Artículo 1179. El día en que comienza la prescripción se cuenta siempre entero, aunque no lo sea; pero aquel en que la prescripción termina, debe ser completo.

Artículo 1178. Cuando la prescripción se cuente por días, se entenderán éstos de veinticuatro horas naturales, contadas de las veinticuatro a las veinticuatro.

IV.I.V. *Obligación de dar sin plazo pactado*

La mora se inicia cuando se interpela al deudor y transcurren 30 días.

Artículo 2080. Si no se ha fijado el tiempo en que deba hacerse el pago y se trata de obligaciones de dar, no podrá *el acreedor exigirlo sino* después de los treinta días siguientes a la interpelación que se haga, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un notario o ante dos testigos. *Tratándose de obligaciones de hacer, el pago debe efectuarse cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación.*

Artículo 2105. En las obligaciones de dar que tengan plazo fijo, se observará lo dispuesto de la fracción I del artículo anterior.

Si no tuvieran plazo cierto, se aplicará lo prevenido en el artículo 2080, parte primera.

IV.I.VI. *Obligación de dar con plazo pactado*

La mora comienza automáticamente al vencimiento del plazo.

IV.I.VII. *Imposibilidad de que haya mora en obligaciones de no hacer*

Acumulación de indemnización moratoria y compensatoria. Definitivamente es posible la acumulación.

¿Puede acumularse la indemnización con la ejecución forzosa de la obligación?

Supuesto: incumplimiento de una obligación.

Derecho de la víctima: exigir la ejecución forzosa o el pago de daños y perjuicios.

¿Se podrá exigir el cumplimiento forzoso más el pago de daños y perjuicios?

La indemnización compensatoria no puede acumularse con el cumplimiento forzoso pues tal indemnización sólo procede cuando es imposible cumplir la obligación.

El cumplimiento forzoso y la indemnización moratoria si puede acumularse, ya que si se comete el hecho ilícito de no cumplir oportunamente se puede cumplir después y dar además una indemnización moratoria por la conducta ilícita de demorarse en cumplir con aquello a que se está obligado.

Conclusión: es posible acumular las indemnizaciones compensatoria y moratoria.

IV.II. REGLAS PARA FIJAR LA INDEMNIZACIÓN

Al respecto podemos plantear dos hipótesis:

1. Atendiendo al objeto de la obligación que se incumple.
2. Atendiendo a la obligación que resulta de violar el deber.

Atendiendo al objeto podemos distinguir 3 supuestos: Obligaciones con objeto de dar (ya sea una cosa la cual se perdió o deterioró, ya sea dinero), de hacer o de no hacer.

A. Indemnización en los casos en que el objeto de la obligación consiste en dar una cosa.

1. Dar cosa que se pierde o deteriora, encontramos la solución en los siguientes artículos.

Artículo 2021. La pérdida de la cosa puede verificarse:

I. Pereciendo la cosa o quedando fuera del comercio;

II. Desapareciendo de modo que no se tengan noticias de ella o que aunque se tenga alguna, la cosa no se pueda recobrar.

Si la cosa se pierde por hecho ilícito de quien debía entregarla hay obligación de indemnizar.

Artículo 2017. En los casos en que la obligación de dar cosa cierto importe la traslación de la propiedad de esa cosa, y se pierde o deteriora en poder del deudor, se observarán las reglas siguientes:

I. Si la pérdida fue por culpa del deudor, éste responderá al acreedor por el valor de la cosa y por los daños y perjuicios;

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

Artículo 2112. Si la cosa se ha perdido, o ha sufrido un detrimento tan grave que, a juicio de peritos, no pueda emplearse en el uso a que naturalmente está destinada, el dueño debe ser indemnizado de todo el valor legítimo de ella.

Artículo 2116. Al fijar el valor y deterioro de una cosa, no se atenderá al precio estimativo o de afecto, a no ser que se pruebe que el responsable destruyó o deterioró la cosa con objeto de lastimar los sentimientos o afectos del dueño; el aumento que por estas causas se haga, se determinará conforme a lo dispuesto por el artículo 1916.

2. Cuando la obligación consiste en dar dinero:

No puede hablarse de una indemnización compensatoria pues el dinero es el bien fungible por excelencia, sin embargo si puede haber indemnización moratoria.⁵⁸

Artículo 2117. ...

Si la prestación consistiere en el pago de cierta cantidad de dinero, los daños y perjuicios que resulten de la falta de cumplimiento, no podrán exceder del interés legal, salvo convenio en contrario.

Artículo 2395. El interés legal es el nueve por ciento anual. El interés convencional es el que fijen los contratantes, y puede ser mayor o menor que el interés legal; pero cuando el interés sea tan desproporcionado que haga fundadamente creer que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor, a petición de éste el juez, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso, podrá reducir equitativamente el interés hasta el tipo legal.

B. Indemnización en los casos en que el objeto de la obligación consiste en hacer:

En este caso hay dos posibilidades, reguladas en los artículos 2027 y 2104

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

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

Artículo 2104. El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes:

I. Si la obligación fuere a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste;

II. Si la obligación no dependiere de plazo cierto, se observará lo dispuesto en la parte final del artículo 2080.

El que contraviene una obligación de no hacer pagará daños y perjuicios por el sólo hecho de la contravención.

C. Indemnización con objeto de no hacer

En estos casos se incurre en violación con la sólo conducta de hacer, pues lo ilícito es violar lo pactado y se pueden aplicar dos tipos de sanción:

a. Indemnizar por daños y perjuicios.

Artículo 2104 del Código Civil, segundo párrafo.

Artículo 2104. El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes:

I. Si la obligación fuere a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste;

II. Si la obligación no dependiere de plazo cierto, se observará lo dispuesto en la parte final del artículo 2080.

El que contraviene una obligación de no hacer pagará daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención.

b. Deshaciendo la obra

Artículo 2028 del Código Civil

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

V. CONVENIOS SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Los sujetos de la obligación pueden convenir respecto de la responsabilidad civil en 2 casos:

1. Para prefijarla
2. Para eliminarla

V.I. CONVENIOS PARA PREFIJAR LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Mejor conocido como cláusula penal.

Fundamento Legal: 2117 y 1840

Artículo 2117. La responsabilidad civil puede ser regulada por convenio de las partes, salvo aquellos casos en que la ley disponga expresamente otra cosa.

Si la prestación consistiere en el pago de cierta cantidad de dinero, los daños y perjuicios que resulten de la falta de cumplimiento, no podrán exceder del interés legal, salvo convenio en contrario.

Artículo 1840. Pueden los contratantes estipular cierta prestación como pena para el caso de que la obligación no se cumpla o no se cumpla de la manera convenida. Si tal estipulación se hace, no podrán reclamarse, además, daños y perjuicios.

V.II. BENEFICIOS DE LA CLÁUSULA PENAL

1. Se elimina la dificultad de demostrar daños y perjuicios.

Podría inclusive darse el caso de que no existan daños y perjuicios, basta con demostrar el incumplimiento de la obligación para que proceda la cláusula penal.

Artículo 1842. Al pedir la pena, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor podrá eximirse de satisfacerla, probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno.

2. No se tiene que probar que los daños y perjuicios son consecuencia de la conducta ilícita.

3. No hay necesidad de cuantificar los daños y perjuicios, pues estos ya se comprenden dentro de la cláusula penal.

V.II.I. *Características de la cláusula penal*

1. La cláusula penal es accesoria del contrato o declaración unilateral de la voluntad.

Es decir, la cláusula penal será válida, sólo si el acto principal también lo es, o sea, la cláusula penal no puede existir sin una obligación válida. Sin embargo la nulidad de la cláusula penal no implica la de la obligación principal.

V.II.II. *Consecuencias del carácter accesorio de la cláusula penal*

1. La cláusula penal no puede valer por sí misma. Necesita para su existencia de una obligación válida.

2. No puede exceder el monto de la obligación violada.

3. Si el hecho ilícito no implica el incumplimiento total de la obligación la cláusula penal se modifica en parte.

V.II.III. *No acumulación de la pena con el cumplimiento efectivo de la obligación*

Razón: La indemnización compensatoria no se puede acumular con el cumplimiento forzoso, ver art. 1846.

Artículo 1846. El acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación o el pago de la pena, pero no ambos; a menos que aparezca haber estipulado la pena por el simple retardo en el cumplimiento de la obligación, o porque ésta no se preste de la manera convenida.

V.II.IV. *Convenios para eliminar la responsabilidad civil*

Es conveniente de manera previa, revisar el concepto de Deber Jurídico y de Obligación.

Deber jurídico: Género Toda obligación es un deber, pero no todo deber es una obligación.

En sentido amplio: Necesidad de observar una conducta conforme a una norma de derecho.

Obligación: Especie: Vínculo jurídico en virtud del cual una persona llamada deudor queda constreñida para con otra llamada acreedor a una conducta de dar, hacer o no hacer.

Dos clases de cláusulas para eliminar la responsabilidad:

1. La que proviene de la violación de un deber jurídico stricto sensu.

2. La que proviene del incumplimiento de una obligación: ya sea un contrato o una Declaración unilateral de voluntad.

V.II.V. *Convenio para eliminar la responsabilidad civil proveniente de la violación de un deber jurídico*

En doctrina se discute que se pueda eliminar la responsabilidad derivada de la violación de un deber jurídico, sin embargo se dice que si la ley autoriza éstas cláusulas tratándose de responsabilidad proveniente de violar

una obligación previa y si la responsabilidad tiene la misma esencia por analogía, es posible eliminarla. Ejemplo violar una servidumbre de paso.

No aplica si el deber es impuesto en aras del interés Público.

V.II.VI. *Convenio para eliminar la responsabilidad civil proveniente de la violación de una obligación*

Es posible eliminar esta responsabilidad, desde luego sin que haya vicio de la voluntad. Fundamento artículos 6 y 2117:

Artículo 6. La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.

Artículo 2117. La responsabilidad civil puede ser regulada por convenio de las partes, salvo aquellos casos en que la ley disponga expresamente otra cosa.

Si la prestación consistiere en el pago de cierta cantidad de dinero, los daños y perjuicios que resulten de la falta de cumplimiento, no podrán exceder del interés legal, salvo convenio en contrario.

En caso de que se proceda con dolo, que es un vicio de la voluntad, no podrá eliminar esta responsabilidad. Artículo 2106

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

Artículo 1797. La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

V.II.VII. *Excluyentes de responsabilidad civil*

La obligación de no indemnizar no surge a cargo del agente del hecho perjudicial en los casos siguientes:

1. Cuando se ha convenido en que el causante del daño no indemnice.
2. Cuando el daño se debe fundamentalmente a la culpa grave de la víctima.
3. Cuando el hecho dañoso proviene de un acontecimiento ajeno a la voluntad de las partes e irresistible (Caso fortuito o fuerza mayor).
4. Por prescripción

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 inexcusable de la víctima.

Artículo 1913. Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos, vehículos automotores o sustancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

En todos los casos, el propietario de los mecanismos, instrumentos, aparatos, vehículos automotores o sustancias peligrosas, será responsable solidario de los daños causados.

V.II.VIII. *Cuando el hecho dañoso proviene de un acontecimiento ajeno a la voluntad de las partes e irresistible (caso fortuito o fuerza mayor)*

1. Cuando se ha convenido en que el causante del daño no indemnice. Esta causa ya quedó explicada anteriormente, sin embargo, es importante recalcar que este convenio, como en cualquier otro, el consentimiento deberá estar libre de vicios de la voluntad y cumplir con los demás requisitos de validez de los actos jurídicos pues de lo contrario sobrevendría la nulidad del pacto.

2. Cuando el daño se debe fundamentalmente a una culpa grave de la víctima:

Si el daño proviene de una falta grave o inexcusable de la víctima, esta no puede pretender ser indemnizada. El concurso de otra conducta en la producción del daño no basta para atribuir responsabilidad al agente cuando la causa principal generadora del perjuicio ha sido un torpe proceder del perjudicado, quien habrá incurrido en acciones que sólo las personas más descuidadas suelen cometer, obrando con culpa grave o inexcusable.

Manuel Bejarano Sánchez lo define de la siguiente manera: “Es un acontecimiento ajeno a la voluntad del deudor, impredecible, inevitable, o irresistible que le impide cumplir definitiva y totalmente la obligación asumida o le impone un retardo en el cumplimiento y que causa daños al acreedor.”

En la legislación francesa se distingue caso fortuito (acontecimientos naturales) y fuerza mayor (hechos del hombre)

En México son sinónimos.

Casos en que no obstante el caso fortuito se debe indemnizar

- a. Si el autor contribuyó al incumplimiento
- b. Cuando se acepta esa responsabilidad conforme al artículo 6 CCDF
- c. Cuando la ley lo impone

Artículo 812. El que posee por menos de un año, a título traslativo de dominio y con mala fe, siempre que no haya obtenido la posesión por un medio delictuoso, está obligado:

I. A responder de la pérdida o deterioro de la cosa sobrevenidos por su culpa, o por caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que pruebe que éstos se habrían causado aunque la cosa hubiere estado poseída por su dueño. No responde de la pérdida sobrevenida natural o inevitablemente por el sólo transcurso del tiempo.

Elementos

- a. Acontecimiento ajeno a la voluntad del deudor

Para que el acontecimiento provenga del hombre se requiere que quien lo emite sea una autoridad pública —aunque esto último no lo dice la ley—, —la ley no nos da una definición de caso fortuito o fuerza mayor—.

- b. Impredecible, inevitable y/o irresistible

El obstáculo debe hacer imposible de manera definitiva el cumplimiento de la obligación.

Un huracán

- c. Obstaculiza o impide el incumplimiento de una obligación

Debe tratarse de un obstáculo general, es decir, que el hecho constitutivo del obstáculo debe ser común a todas las personas de la localidad o del lugar en que la obligación o el deber hayan de observarse, en consecuencia no debe ser específico de las circunstancias personales del que está obligado

Este requisito no se exige tratándose de la obligación que se cumple por la ejecución de un hecho personal

- d. Que produzca una conducta dañosa
Que le genere un daño a una persona.

V.II.IX. *Por prescripción*

Manera de adquirir bienes o liberarse de obligaciones mediante el transcurso del tiempo, en determinadas circunstancias y bajo determinados requisitos

Artículo 1164. Prescribe en cinco años la obligación de dar cuentas. En igual término se prescriben las obligaciones líquidas que resulten de la rendición de

cuentas. En el primer caso la prescripción comienza a correr desde el día en que el obligado termina su administración; en el segundo caso, desde el día en que la liquidación es aprobada por los interesados o por sentencia que cause ejecutoria.

Durante el tiempo que no debió haber sido requerido por el deudor.

CONCORDANCIA SEXO-GENÉRICA

Hilda Pérez Carbajal y Campuzano



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar las causas por las cuales algunas personas se realizan un cambio radical en su cuerpo, mediante una cirugía de reasignación genital, a lo que se llama concordancia sexo-genérica. Con esta cirugía se logra cambiar el sexo de las personas que no tienen una identidad sexual definida, principalmente aquellas que se sienten atrapadas en un cuerpo distinto a su identidad sexual, definidas como transexuales. Quienes nacen con los genitales masculinos y no se sienten varones, se practican dicha cirugía con el objeto de eliminar esos genitales para crear los femeninos. De igual forma, las personas que nacen con los genitales femeninos, pueden practicarse la mencionada cirugía con el fin de implantarse los genitales masculinos.

Esta cirugía trae consecuencias jurídicas para las personas que logran practicársela, toda vez que están interesadas en rectificar su acta de nacimiento, con el objeto de cambiar no sólo su nombre de pila, sino también modificar el sexo del registrado.

Con base en la legislación vigente, quien se ha practicado la cirugía de reasignación genital, puede solicitar no sólo la rectificación de su acta de nacimiento, sino también la expedición de una nueva acta, quedando el acta primigenia en reserva, lo cual puede traer consigo graves problemas, como lo son evadir obligaciones, simulación o fraude por cambio de identidad.

Para comprender lo anterior, en esta investigación se analizan los conceptos de la sexualidad, esto es, la genética en el homosexualismo y la identidad sexual. Asimismo, se mencionan los antecedentes de la homosexualidad, así como las diversas clases de homosexualidad, como son el lesbianismo, el travestismo, la intersexualidad, la asexualidad y la transexualidad. Por último, se hace un análisis del marco jurídico que da fundamento a la rectifica-

ción del acta de nacimiento del interesado o bien la expedición del acta, así como las consecuencias de la concordancia sexo-genérica.

I. CONCEPTOS

I.I. GÉNERO Y SEXO

Una de las acepciones de la palabra sexo consiste en la característica biológica y anatómica del hombre y la mujer, en cambio el género hace referencia a los roles de masculino y femenino que la sociedad atribuye e impone a cada sexo. El primero está dado por la naturaleza; el segundo es aprendido.

Desde el inicio de la humanidad, tanto la reproducción, los roles asociados a ella y las diferencias anatómicas, esto es, los órganos sexuales, han sido elegidos como criterios para la categorización de la especie humana.¹

Al género lo podemos concebir como un esquema de los individuos, para detallar las características psicológicas, sociales y de comportamiento, consideradas como masculinas o femeninas.

En nuestra cultura occidental, este método de clasificación donde existen solamente dos géneros, son precisos y naturales. El género está indicado esencialmente por los genitales. No existe transferencia de un género a otro. Cada una de estas dos categorías se relaciona casi por completo con el género biológico de una persona.

Al sexo se le puede definir como el conjunto de órganos que intervienen en el concepto de género. En el caso de la identidad de género no hay duda que cada persona es lo que se siente, independientemente de los órganos sexuales que posee. En tal virtud, se puede hacer una conceptualización del sexo de la siguiente manera:

Sexo asignado o cultural: La designación social de una persona como niño o niña, esto es, lo que se denomina masculino o femenino.

Sexo psicológico: Hace referencia a cómo los individuos tienden a considerarse a sí mismos como varones o mujeres, y cómo lo manifiestan de una forma pública.

Sexualidad: Es el hecho de la actividad sexual de una persona.²

¹ S. J. KESSLER & W. MCKENNA, *Gender, An Ethnomethodological Approach*, The University of Chicago, 1985, p. 38

² Cfr. <http://www.imesex.edu.mx/publicaciones>

Por lo tanto, el género, rol social, o papel de género, es el conjunto de conductas atribuidas a los varones o a las mujeres. El sexo y género no necesariamente se identifican, aunque así suceda en la mayoría de los casos. El primero está dado por la biología y el segundo por las estructuras, valores y normas sociales.

I.II. ORIENTACIÓN SEXUAL

La orientación sexual es una atracción constante hacia otra persona en el plano emocional, romántico, sexual o afectivo. Existe en torno a una serie de formas diferentes de sexualidad, que abarca desde la homosexualidad exclusiva, hasta la heterosexualidad absoluta, e incluye diversas formas de bisexualidad. Las personas bisexuales pueden sentir una atracción sexual, emotiva y afectiva hacia una persona del mismo sexo y del sexo opuesto.³

La orientación sexual es diferente de la conducta sexual, porque la orientación sólo hace referencia a los sentimientos emocionales de la persona y a la imagen que tiene de sí misma, logrando o no expresar esta orientación a través de su comportamiento.

II. BREVES ANTECEDENTES DE LA HOMOSEXUALIDAD

II.I. PUEBLOS MESOPOTÁMICOS

Una de las leyes más antiguas contra la sodomía se encuentra contenida en las tablillas del tiempo del rey asirio Tiglath-Pilayer, hacia el siglo XII a.C. y en una de ellas eran sancionadas estas prácticas homosexuales con la castración.⁴

II.II. ANTIGUO EGIPTO

La civilización egipcia fue una de las más desarrolladas, constituyendo un modelo de cultura esotérica, no muy bien conocida debido a la destrucción de la biblioteca de Alejandría.

En los cultos religiosos, las prácticas sodomitas eran frecuentes. La homosexualidad e intersexualidad mítica aparece en Egipto en el Dios Haapi, divinidad del Nilo, que era macho y hembra al mismo tiempo.

³ Cfr. <http://www.amssac.org/>

⁴ Cfr. TORAL ATZIN, Xochil E, *Homosexualidad, causa de discriminación laboral y social*, México, Ed. Independiente, 2008, p. 47.

II.III. GRECIA

La naturaleza para los griegos es el fundamento de todo lo que existe, es armonía, amistad, equilibrio y va a ser lo divino, aquello por lo cual el hombre puede hablar de los dioses y a lo cual debe venerar. Para un griego culto del siglo V a.C. la vida sexual era totalmente masculina, y la mujer sólo formaba parte del esquema del hombre como madre de sus hijos y administradora de la casa. Las mujeres vivían separadas y estaban excluidas de todo lo referente a la cultura y los intereses del país. Las relaciones heterosexuales fueron consideradas como una experiencia poco honrosa, casi como una necesidad puramente biológica.

Se tenía como costumbre que cada hombre escogía para él un muchacho o joven, al cual, por medio de una diaria y solicitada asociación educacional, lo adiestraban en las virtudes masculinas.⁵

II.IV. ROMA

Roma sólo se ocupaba de las relaciones sexuales entre varones cuando éstas atentaban contra el orden social, por ejemplo: no existía nada más natural que sodomizar al joven esclavo, pero un ciudadano libre se deshonraba si se entregaba pasivamente a un varón.

Como consecuencia de las conquistas, las costumbres fueron cambiando y debido a la influencia de Oriente y a la de los demás pueblos incorporados al pueblo romano, se incrementó la poligamia y la homosexualidad que era considerada como un comportamiento más. Emperadores dejaban testimonio de su interés afectivo sexual por los varones, tales fueron, por ejemplo: Nerón, Adriano, Calígula y Julio César, dedicándose también a proporcionarse placer con sus esclavos, a los que más tarde torturaban.

II.V. EDAD MEDIA

La represión contra la homosexualidad se incrementó con Justiniano a mediados del siglo VI, el cual publicó un decreto que prohibía las relaciones sexuales entre los varones, estableciendo la pena de muerte para ellos.

En la Península Ibérica, se introdujo la represión de las relaciones sexuales entre homosexuales, ordenando que fueran quemados en la hoguera.

⁵ *Ibidem*, pp. 49-52.

Con la llegada de los árabes, en los territorios sometidos a su dominio preponderaba la tolerancia hacia la homosexualidad.⁶

II.VI. EDAD MODERNA

Al inicio de la Edad Moderna, la homosexualidad no sólo era considerada como pecado sino como delito, ya que el Estado se convirtió en defensor de la fe cristiana por lo que se consideraron como delito los pecados de la carne tales como la homosexualidad.

En Inglaterra en el siglo XIX, se conservó la pena máxima para los homosexuales, la cual duró hasta 1861, cuando fue promulgada el Acta de Delitos contra la persona, se disminuyeron las penas estableciéndose diez años de prisión o la cadena perpetua.⁷

III. CLASES DE SEXUALIDAD DISTINTAS DE LA HETEROSEXUALIDAD

III.I. HOMOSEXUALIDAD

En México, la actitud social hacia la homosexualidad es todavía de rechazo, pero poco a poco se ha ido logrando una tolerancia, aunque esto no implica que exista una aceptación en todos los ámbitos sociales.

El hombre que siempre ha sido heterosexual, tiende a relacionarse con ambos sexos de cierta manera que expresa abiertamente su orientación sexual, es decir, su preferencia hacia personas del género contrario. La mujer heterosexual tiene características, conductas y formas de hablar que reflejan no solamente su feminidad, sino también su heterosexualidad. En ambos casos, el sexo, género y orientación sexual tienden a coincidir y conllevan a una identidad relativamente estable. El homosexual en cambio, no se desplaza en el mundo con una identidad constante; sus actitudes, gestos, formas de relacionarse y actividades, cambian según sus circunstancias personales, toda vez que en su trabajo pueden aparentar ser heterosexuales, en su familia asexuales y únicamente con sus amigos se sienten con libertad de expresar su verdadera orientación y preferencia sexual.⁸

⁶ BENASAR, Bartolome, *El modelo sexual: la inquisición de Aragón y la represión de los pecados abominables*, Paris, Editorial Robert Laffant, 1984, p. 295.

⁷ TORAL ATZIN, Xochil E., *op. cit.*, p. 66.

⁸ CASTAÑEDA. Marina, *La experiencia homosexual; para entender la homosexualidad desde dentro y desde fuera*, México, Paidós, 2005, p. 22.

Se considera que hasta ahora no existe ninguna explicación exacta acerca de la verdadera causa de la homosexualidad, ya que hay teorías que pretenden explicarla, desde las psicoanalíticas hasta las hormonales, es decir, que existen diversos factores que actúan en combinación: genéticas, hormonales, sociales, culturales, familiares, por estilo o moda y personales.⁹

Se ha tratado de demostrar sin éxito que existen rasgos físicos en las personas que se han declarado homosexuales. Los científicos jamás han logrado comprobar tal hipótesis. No obstante lo anterior, lo que sí se ha comprobado es que no existe una morfología típica o radical en el homosexual o en la lesbiana.

Por otra parte, la homosexualidad biológica es la hormonal; dado que diversos investigadores han buscado combinaciones anormales de hormonas masculinas y femeninas en los homosexuales. Después de 1927 se descubrió que hombres y mujeres producen hormonas de ambos tipos, tanto femeninas como masculinas, de ahí que surja la hipótesis de la bisexualidad hormonal, de la cual la cantidad de los dos tipos determina la orientación sexual, en conjunto con los rasgos de personalidad y conducta. Esta teoría, que tampoco se ha podido comprobar convincentemente, se ha logrado difundir en la cultura popular, manifestando que la homosexualidad es una cuestión de hormonas.

III.I.I. *La genética en el homosexualismo*

La genética y la biología no son suficientes para explicar la homosexualidad, así como tampoco lo son los factores familiares, sociales y psicológicos.

De acuerdo con la teoría social, la homosexualidad es un fenómeno histórico, tanto en lo personal como en lo social. A partir del siglo XIX, se identificaron a ciertas personas como seres esencialmente diferentes por su comportamiento sexual a través de un estilo de vida, una comunidad y una sensibilidad cada vez más consciente de sí misma.

Actualmente, a partir de las reformas al Código Civil para el Distrito Federal, por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, del día 21 de diciembre de 2009, existe un crecimiento significativo, las personas homosexuales asumen su sexualidad en forma plena.

La identidad gay se traduce no sólo en orientación sexual, sino en gustos, modas y una manera de vivir, de pensar y de conducirse, es decir, una

⁹ CLIFFORD WRIGHT, *Endocrine Aspects of Homosexuality: A Preliminary Report*, (1935), Nueva York, Medical Record, no. 154, pp. 60-61; citado en KENEN, Stephanie H, *Who Counts When You're Counting Homosexuals? Hormones and Homosexuality in Mid-Twentieth Century America*, en Rosario (comp.), *Science and Homosexualities*, p. 201.

cultura que hoy en día se encuentra perfectamente definida y es reconocible como tal.

III.I.II. *La identidad homosexual*

Resulta necesario hacer una distinción entre orientación sexual e identidad sexual; la primera se refiere a que a través del sexo se experimenta el amor y el deseo, y la segunda al hecho de asumir plenamente esa orientación. La orientación se da desde la infancia; en cambio la identidad no puede darse antes de la adolescencia y no suele desarrollarse plenamente antes de la edad adulta.

Sigmund Freud, Gustav Carl Jung y Allen M. Omoto, señalan que los homosexuales desde edad temprana (3 o 4 años) se sintieron diferentes a los demás niños. Describen esta sensación como haber sido más sensibles, con mayor facilidad para llorar, haberse sentido lastimados más fácilmente, haber tenido un mayor interés en lo estético y haber sido menos agresivos que los demás niños de su edad. Estas diferencias hacen que los niños se sientan como intrusos en relación con sus compañeros y con frecuencia también con sus familias. De esta forma, muchos homosexuales, tanto hombres como mujeres, se han esforzado por tener experiencias heterosexuales para negar su homosexualidad, o bien para probarla. Este tipo de exploración es muy común y forma parte de la construcción de la identidad homosexual.¹⁰

III.II. LESBIANISMO

El homosexualismo debe entenderse como la preferencia sexual para personas de su mismo género, tanto para varones como para mujeres con dichas preferencias.

En el diccionario de La Real Academia de la Lengua Española se define al lesbianismo como “homosexualidad femenina” y lesbiana como “mujer homosexual”, lo que conlleva a entender que es un calificativo exclusivo para las mujeres con preferencias sexuales dirigidas a su mismo género.¹¹

III.III. TRAVESTISMO

El travestismo consiste en llevar ropa del género opuesto. Se encuentra en diferentes personalidades: en los niños, en los transexuales, en ciertos homosexuales y sobre todo en los travestis.

¹⁰ CASTAÑEDA, Marina. *op. cit.*, pp. 74-75.

¹¹ *Cfr.* <http://lema.rae.es/drae/>

El travestismo y el transexualismo se han confundido con frecuencia debido a su indumentaria que les es común. A diferencia del transexual, el travesti tiene una identidad de género masculino o femenino según sea el caso, ha pasado por un periodo donde reconoce plenamente su sexo y en general no pide una transformación sexual.

Existen en contra de la homosexualidad masculina o femenina y del travestismo, las conductas de homofobia, que consisten ante todo en un prejuicio en contra de las personas por el solo hecho de ser o tener conductas homosexuales, o bien relacionadas con la homosexualidad.¹²

La homofobia es un tipo de discriminación que se encuentra prohibida en el artículo primero párrafo quinto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el que se prevé lo siguiente:

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 sexuales, 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.

Asimismo, en los artículos 1 y 9 de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, se señala:

Artículo 1. Las disposiciones de esta Ley son de orden público y de interés social. El objeto de la misma es prevenir y eliminar todas las formas de discriminación que se ejerzan contra cualquier persona en los términos del Artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como promover la igualdad de oportunidades y de trato. Para los efectos de esta ley se entenderá por:

I. II...

III. Discriminación: Para los efectos de esta ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que, por acción u omisión, con intención o sin ella, no sea objetiva, racional ni proporcional y tenga por objeto o resultado obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades, cuando se base en uno o más de los siguientes motivos: el origen étnico o nacional, el color de piel, la cultura, el sexo, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, económica, de salud o jurídica, la religión, la apariencia física, las características genéticas, la situación migratoria, el embarazo, la lengua, las opiniones, las preferencias sexuales, la identidad o filiación política,

¹² SOBERON, Guillermo; FEINHOLZ Dafna, *Homofobia y salud*, México, Secretaría de Salud, 2007, p. 29.

el estado civil, la situación familiar, las responsabilidades familiares, el idioma, los antecedentes penales o cualquier otro motivo;...

También se entenderá como discriminación la homofobia, misoginia, cualquier manifestación de xenofobia, segregación racial, antisemitismo, así como la discriminación racial y otras formas conexas de intolerancia;

Artículo 9. Con base en lo establecido en el artículo primero constitucional y el artículo 1, párrafo segundo, fracción III de esta Ley se consideran como discriminación, entre otras:

I. XXVII...

XXVIII. Realizar o promover violencia física, sexual, o psicológica...

Las conductas homofóbicas tienen como objeto conservar en la marginación a los homosexuales. Tienen su origen en la ignorancia, el prejuicio y la intolerancia. En resumen, la homofobia es una actitud agresiva y hostil en relación con los homosexuales, sean estos hombres o mujeres. Junto con la xenofobia y el racismo constituye una manifestación arbitraria, prejuiciosa y proyectiva que consiste en señalar al otro como inferior o como anormal.

III.IV. INTERSEXUALIDAD

La intersexualidad se define como una condición natural en la que una persona presenta una discrepancia entre su sexo cromosómico (XX/XY), sus genitales (vagina y pene) y sus gónadas (ovarios o testículos), presentando características propias de ambos sexos.¹³

De acuerdo con la genetista Susana Kofman Alfaro, “la diferenciación sexual es un proceso genético que ocurre en todos los individuos”.¹⁴ Cuando se presenta una mezcla de caracteres femeninos y masculinos, se habla de intersexualidad. Esto no siempre se detecta en el momento del nacimiento, al observar los genitales. A veces, se pone de manifiesto con el crecimiento y la llegada de la pubertad. Pero, a diferencia de los transexuales, siempre es claramente observable.

Dentro de la intersexualidad está el hermafroditismo, que es un trastorno genético ocurrido por algún defecto en uno o varios genes en relación con la diferenciación sexual normal, lo que provoca que en los individuos no se pueda definir con certeza si sus genitales son femeninos o masculinos.

¹³ GRANADOS, Gabriela, *Intersexualidad, variables genéticas, entre lo masculino y lo femenino*, México, Revista QUO, 2014, p. 60.

¹⁴ *Idem*.

Puede presentarse en distintas formas: un pene pequeño o un clítoris grande, la existencia de una gónada descendida y otra en la cavidad abdominal, al momento del nacimiento. En ocasiones, se pone de manifiesto con el crecimiento y la llegada de la pubertad. Pero, a diferencia de los transexuales, siempre es claramente observable, físicamente o mediante alguna prueba médica, lo que clínicamente se conoce como genitales ambiguos, ya que no tienen la apariencia de uno u otro sexo.¹⁵

En los Estados Unidos de América, existe un protocolo diseñado para los recién nacidos que tienen alguna de estas deficiencias genéticas, consistente en reunir equipos multidisciplinarios para su atención médica, psicológica, genética, endocrinológica y quirúrgica para cuando estos bebés lleguen a la mayoría de edad y puedan decidir sobre su reconstrucción y asignación legal de su sexo.

Otros países optan por reasignar al bebé, adecuando su anatomía al de una niña en función de que la cirugía de corrección genital es más fácil, sin embargo, cuando aparecen los caracteres sexuales secundarios y no son coincidentes resulta más problemático para la persona. Existen casos críticos en que los infantes que nacen con genitales ambiguos, son sometidos a una cirugía para asignarles un determinado sexo y así viven en sus primeros años de vida, pero al llegar a la pubertad descubren que el sexo que les fue asignado no coincide con su identidad de género y ahí se presenta claramente una disforia, que como consecuencia genera la necesidad de la reasignación sexual también llamada, en estos casos, cirugía de normalización.¹⁶

III.V. ASEXUALIDAD

La persona asexual no siente atracción sexual hacia otras personas. La asexualidad no es lo mismo que el celibato. El celibato es una decisión de abstenerse de la intimidad sexual, mientras que la asexualidad es una orientación que consiste en la falta de atracción sexual. La comunidad asexual es bastante diversa, y cada persona asexual tiene diferentes maneras de sentir las relaciones, la atracción, y la excitación física. Los asexuales tienen las mismas necesidades emocionales que cualquier otra persona, e igual que en la comunidad sexual, satisfacen esas necesidades con un grupo de amigos

¹⁵ KOFMAN S, *op. cit.*, p. 7.

¹⁶ TORNIELLI, Ramiro, [Ramiro tornielli], (25 de julio de 2013), Intersexuales (hermafroditas) – La Ciencia del Género-National Geographic 1/3, [Archivo de video]. Recuperado de: <http://www.youtube.com/watch?v=21R-QATd-6c> (Consultado por última vez el 15 de marzo de 2017).

íntimos o buscan a alguien con quien formar una pareja estable con o sin tener sexo.¹⁷

III.VI. TRANSEXUALIDAD

El concepto de transexualidad es un concepto moderno que el endocrinólogo norteamericano Harry Benjamín creó en los años cincuenta y que se popularizó a partir de principios de los sesenta. Es a partir de la configuración de los Estados modernos (finales del siglo XVIII y principios del XIX) cuando se limitó la posibilidad de elección del sexo para las personas dudosas. Al mismo tiempo adquirió importancia la idea de que a cada uno le corresponde la identidad sexual primera.¹⁸

El transexual se siente atrapado en un cuerpo que no pertenece al individuo con su sentir, es decir, que pertenece al sexo opuesto con independencia de la preferencia sexual.

La transexualidad es la necesidad irreversible de pertenecer al sexo contrario al legalmente establecido, o sea al de nacimiento, ratificado por los genitales, y asumir el correspondiente rol, es decir, el contrario del esperado y recurrir, si es necesario, a un tratamiento hormonal y quirúrgico encaminado a corregir esta discordancia entre la psique y el cuerpo.

Se debe entender por transexual masculino a quien, siendo biológicamente mujer, se siente hombre y socialmente adopta el rol masculino, mientras que por transexual femenino a quien siendo biológicamente hombre, se siente mujer y socialmente adopta el rol femenino. Esto es en tanto se encuentre en el proceso de cambio o ya lo haya efectuado.¹⁹

La cirugía de reasignación genital en transexuales de hombre a mujer (H a M) puede ser una solución para adecuar el cuerpo del transexual a su sentimiento y convicción de pertenecer al sexo contrario. Esta cirugía puede comprender diversas cirugías feminizantes estéticas, como aumento de mamas y de reconstrucción vaginal y de vulva con clitoroplastia; mejora de la voz y resección de la prominencia tiroidea.

La cirugía de resignación del sexo en transexuales de mujer a hombre (M a H) pueden comprender procesos masculinizantes como mastectomía, subcutánea, histerectomía y ovariectomía (con ginecólogo); alargamiento de

¹⁷ <http://www.asexuality.org/sp/información-general>

¹⁸ NIETO, José Antonio, *Transexualidad, Transgenerismo y Cultura Antropológica, Identidad y Género*, Madrid, Talasa Ediciones, 1983, pp. 40-41.

¹⁹ *Ibidem*.

la uretra y vaginectomía (con urólogo); faloplastía radial de antebrazo (cirujano plástico); reconstrucción de escroto con implante de prótesis testicular e implante de una prótesis eréctil, así como operaciones masculinizantes (estéticas).

Los transexuales de mujer a hombre tienen una ventaja de responder mejor a la terapia hormonal del sexo opuesto.²⁰

IV. MARCO JURÍDICO

IV.I. FUNDAMENTOS DE DERECHO

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo primero, se prevé:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los Derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

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

Como se observa, se establece en forma imperativa que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la citada Carta Magna y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte sin hacer distinción de género.

En el artículo 2º del Código Civil para el Distrito Federal, se estipula textualmente:

Artículo 2. La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer. A ninguna persona por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, idioma, religión, ideología, orientación sexual, identidad de género, expresión de rol de género, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, carácter físico, discapacidad o estado de salud, se le podrán negar un servicio o prestación a la que tenga derecho, ni restringir el ejercicio de sus derechos cualquiera que sea la naturaleza de estos.

²⁰ BECERRA FERNÁNDEZ, Antonio, *Transexualidad. La búsqueda de una identidad*, Madrid, Ediciones Díaz de Santos, 2003, pp. 65-66.

En este precepto legal, se aclara que los hombres y las mujeres son iguales ante la ley, y no se puede hacer distinción por razón de sexo, orientación sexual, identidad de género, expresión de rol de género, entre otros, pero es dable establecer que va enfocada a proteger a los individuos que viven en la Ciudad de México, sin importar el género.

Por otra parte, el texto anterior del artículo 135 del Código Civil Federal y del Código Civil para el Distrito Federal era el siguiente:

Artículo 135. Ha lugar a pedir la rectificación:

- I. Por falsedad, cuando se alegue que el suceso registrado no paso;
- II. Por enmienda, cuando se solicite variar algún nombre u otra circunstancia, sea esencial o accidental.

Posteriormente, con fecha 10 de octubre de 2008, el citado artículo se modificó de la siguiente forma:

Artículo 135. Ha lugar a pedir la rectificación:

- I. Por falsedad, cuando se alegue que el suceso registrado no paso; y
- II. Por enmienda, cuando se solicite variar algún nombre u otro dato esencial que afecte el estado civil, la filiación, la nacionalidad, el sexo y la identidad de la persona.

Con esta modificación se contemplaba la rectificación del acta de nacimiento cuando existiera alguno o algunos de los supuestos normativos señalados, pero en especial a la posibilidad de variar el sexo. Este fue el fundamento legal para las personas transexuales fundaran su demanda en contra del Director del Registro Civil, a fin de que se modificara el acta de su acta de nacimiento. En tal virtud, el juez de lo familiar ordenaba en la sentencia respectiva, la rectificación de la citada acta mediante una anotación marginal, en la que se anotaba el nombre propuesto por el transexual, anotando el nuevo sexo del registrado.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos se pronunció indicando que no era suficiente dicha modificación en el acta de nacimiento primigenia, y que lo adecuado era emitir una nueva acta con los datos correctos y corregidos, ya que de lo contrario se violarían los derechos humanos y sus garantías individuales de dichas personas.

Asimismo, se adicionó el artículo 135 bis que es del tenor siguiente:

Artículo 135 Bis. Pueden pedir el levantamiento de una nueva acta de nacimiento por reasignación de concordancia sexo-genérica, previa la anotación correspondiente en su acta de nacimiento primigenia, las personas que requieran el reconocimiento de su identidad de género.

Se entenderá por identidad de género la convicción personal de pertenecer al género masculino o femenino, es inmodificable, involuntaria y puede ser distinta al sexo original.

La reasignación para la concordancia sexo-genérica es el proceso de intervención profesional mediante el cual la persona obtiene concordancia entre los aspectos corporales y su identidad de género, que puede incluir, parcial o totalmente: entrenamiento de expresión de rol de género, administración de hormonas, psicoterapia de apoyo o las intervenciones quirúrgicas que haya requerido en su proceso; y que tendrá como consecuencia, mediante resolución judicial, una identidad jurídica de hombre o mujer, según corresponda.

Se entenderá por expresión de rol de género, el conjunto de manifestaciones relacionadas con la vestimenta, la expresión corporal o verbal y el comportamiento. Los derechos y obligaciones contraídas con anterioridad a la reasignación para la concordancia sexo-genérica no se modifican ni extinguen con la nueva identidad jurídica de la persona.

En este precepto legal se contempla la expedición de una nueva acta de nacimiento cuando se solicita para la concordancia sexo-genérica, y en el tercer párrafo del citado artículo se señala que la reasignación para la concordancia sexo-genérica es el proceso de intervención profesional mediante la cual la persona obtiene concordancia entre los aspectos corporales y su identidad de género, que puede incluir, parcial o totalmente.

En relación con la reasignación para concordancia sexo-genérica, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolvió en el Amparo Directo Civil 6/2008 que se debía borrar del acta de nacimiento impugnada la anotación marginal que contenía el nombre y el sexo que tenía el solicitante del amparo antes de modificarlos legalmente, por lo que se concedió el amparo a efecto de que el Registro Civil del Distrito Federal emitiera una nueva acta sin anotaciones marginales y que sólo el interesado podía tener acceso al acta original o mediante mandato judicial o ministerial.

Por último, en decreto publicado el 5 de Febrero de 2015 en la Gaceta Oficial, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, reformó y adicionó diversas disposiciones del Código Civil y del Código de Procedimientos Civiles, reformando los artículos 35, 134, 135, 135 Bis, 137, 138 y 138 Bis, y se adicionaron los artículos 135 Ter, 135 Quater y 135 Quintus del Código Civil, quedando como sigue:

Artículo 35. En el Distrito Federal estará a cargo de las y los Jueces del Registro Civil autorizar los actos del estado civil de las y los mexicanos y extranjeros en el Distrito Federal, al realizarse el hecho o el acto de que se trate, y extender las actas relativas a:

...IX. Levantamiento de una nueva acta de nacimiento para el reconocimiento de identidad de género, previa la anotación correspondiente al acta de nacimiento primigenia.

Artículo 134. La rectificación de un acta del estado civil no puede hacerse sino ante el Juez del Registro Civil...

Artículo 135. Ha lugar a pedir la rectificación:

...III. Por enmienda, cuando se solicite variar algún nombre u otro dato esencial que afecte el estado civil, la filiación, la nacionalidad, el sexo y la identidad de la persona.

Artículo 135 Bis.

Pueden pedir el levantamiento de una nueva acta de nacimiento para el reconocimiento de la identidad de género, previa la anotación correspondiente en su acta de nacimiento primigenia, las personas que requieran el reconocimiento de su identidad de género.

El reconocimiento respectivo se llevará a cabo ante las instancias y las autoridades correspondientes del Registro Civil del Distrito Federal cumpliendo todas las formalidades que exige el Reglamento del Registro Civil del Distrito Federal.

Se entenderá por identidad de género la convicción personal e interna, tal como cada persona se percibe así misma, la cual puede corresponder o no, al sexo asignado en el acta primigenia. En ningún caso será requisito acreditar intervención quirúrgica alguna, terapias u otro diagnóstico y/o procedimiento para el reconocimiento de la identidad de género.

Los efectos de la nueva acta de nacimiento para identidad de género realizados, serán oponibles a terceros desde de su levantamiento.

Los derechos y obligaciones contraídas con anterioridad al proceso administrativo para el reconocimiento de identidad de género y a la expedición de la nueva acta, no se modificarán ni se extinguen con la nueva identidad jurídica de la persona; incluidos los provenientes de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados, los que se mantendrán inmodificables.”

Artículo 135 Ter.

Para realizar el levantamiento de una nueva acta de nacimiento para el reconocimiento de identidad de género, las personas interesadas deberán presentar:

I. Solicitud debidamente requisitada;

II. Copia certificada del acta de nacimiento primigenia para efecto de que se haga la reserva correspondiente;

III. Original y copia fotostática de su identificación oficial, y

IV. Comprobante de domicilio.

El levantamiento se realizará en el Juzgado Central, se procederá de inmediato a hacer la anotación y la reserva correspondiente; si se hiciera en un

Juzgado distinto, se dará aviso mediante escrito al Juzgado en que se encuentre el acta de nacimiento primigenia para los mismos efectos anteriormente señalados.

El acta de nacimiento primigenia quedará reservada y no se publicará ni expedirá constancia alguna, salvo mandamiento judicial o petición ministerial.

Una vez cumpliendo el trámite se enviarán los oficios con la información, en calidad de reservada, a la Secretaría de Gobernación, Secretaría de Finanzas, Secretaría de Educación Pública, Secretaría de Salud, Secretaría de Relaciones Exteriores, Instituto Nacional Electoral, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Procuraduría General de la República, Centro Nacional de Información del Sistema Nacional y al Consejo de la Judicatura Federal, para los efectos legales procedentes.

Artículo 135 Quater.

Además de lo señalado en el artículo anterior, para el levantamiento del acta correspondiente, se deberá cumplir con los siguientes requisitos:

- I. Ser de nacionalidad mexicana;
- II. Tener al menos 18 años de edad cumplidos.
- III. Desahogar en el Juzgado Central del Registro Civil, la comparecencia que se detalla en el reglamento y manual de Procedimientos del Registro Civil. Así como manifestar lo siguiente:
- IV. El nombre completo y los datos registrales asentados en el acta primigenia;
- V. El nombre solicitado sin apellidos y, en su caso, el género solicitado.

Artículo 135 Quidam.

Existirá un consejo integrado por la Secretaría de Desarrollo Social, la Secretaría de Gobierno, la Consejería Jurídica y de Servicios Legales, todas del Distrito Federal. El Consejo para Prevenir y Eliminar la Discriminación de la Ciudad de México, y el Mecanismo de Seguimiento y Evaluación del Programa de los Derechos Humanos del Distrito Federal.

El Consejo será el encargado de garantizar los derechos humanos en el desahogo del procedimiento administrativo de reconocimiento de identidad de género presidido por la Consejería Jurídica y de Servicios Legales del Distrito Federal y sesionará a convocatoria de esta misma.

Artículo 137. El trámite de rectificación de acta seguirá en la forma que establezca el Reglamento del Registro Civil del Distrito Federal.

De la transcripción de los preceptos legales anteriores, se desprende que en la actualidad ya no es necesario que la persona que quiera realizar el levantamiento de una nueva acta de nacimiento para el reconocimiento de identidad de género, tramite un juicio ante el juez de lo familiar, toda vez que con el sólo hecho de acudir ante el juez de registro civil, manifestando su convicción personal e interna de no corresponder al sexo asignado en el

acta primigenia, sin que para ello se tenga que acreditar que existió una intervención quirúrgica, terapias u otro diagnóstico o algún procedimiento para el reconocimiento de la identidad de género. Con esta reforma existe el peligro de que se dé una suplantación de persona con el objeto de evadir a la justicia o bien para no cumplir con alguna obligación familiar o pecuniaria.

Las citadas reformas al Código Civil, se complementan con las reformas al Reglamento del Registro Civil del Distrito Federal, también del 5 de febrero del 2015, en las que se reforma la fracción XII del artículo 2º, la fracción XV del artículo 13, el Apartado De las Actas de Nacimiento por Reasignación Sexo Genérica del capítulo VI, el artículo 69 Bis, 96, 97, 98, 98 Bis, 99 y 100; y se adicionan las fracciones XXX, XXXI y XXXII al artículo 2º, la fracción VIII al artículo 11, la fracción IX bis al artículo 12, el artículo 50 Ter, el Apartado De las Actas Nacimiento derivadas del Procedimiento Administrativo de Identidad de Género al Capítulo VI con los artículos 69 Ter y 69 Quater, la fracción IV al artículo 98 del Reglamento del Registro Civil del Distrito Federal, estipulándose en el 2º en su fracción XXX, el mismo concepto respecto a la Identidad de género, señalada en el tercer párrafo del artículo 135 Bis del Código Civil.

Así mismo, en el Capítulo VI del Reglamento de referencia, relativo a las actas de nacimiento derivadas del juicio especial por reasignación para la concordancia sexo-genérica, en el artículo 69 Bis, se estipula en forma contradictoria a lo que se establece en los artículos 35 y 135 Bis. del Código Civil, que la autorización de la expedición de una acta de nacimiento por reasignación sexo-genérica, debe hacerse *en cumplimiento a la resolución judicial en la que se ordene un nuevo registro*, e incluso en las fracciones II y III del citado artículo 69 Bis. se indica que debe exhibirse el oficio emitido por el órgano jurisdiccional que ordene la inscripción y la sentencia debidamente ejecutoriada que ordene el registro de una nueva acta de nacimiento por reasignación sexogenérica.

Por otra parte, se establece en los artículos 69 Ter. y el artículo 69 Quater, un procedimiento administrativo de identidad de género, para la expedición de las actas de nacimiento, en el cual los interesados deben comparecer personalmente en la Oficina Central del Registro Civil y acreditar fehacientemente ser de nacionalidad mexicana, mayor de dieciocho años y habitante de la Ciudad de México; y previa revisión y cotejo de los documentos, en caso de estar cubiertos todos los requisitos señalados, tendrá verificativo una comparecencia de la persona solicitante, ante el personal designado del Registro Civil, en la cual manifieste bajo protesta de decir verdad que es su convicción personal interna, percibirse con un género diferente al que aparece en su acta de nacimiento primigenia, por lo que solicita el levantamiento

de una nueva acta en la que éste sea modificado y, en consecuencia, también su nombre.

Con motivo de esa comparecencia, la autoridad emitirá un acuerdo por el cual se tendrá por presentada a la persona, por hechas las manifestaciones que hace valer acordando en su caso de conformidad a lo solicitado y la autoridad de inmediato ordenará hacer la anotación y la reserva correspondiente si la persona es originaria de la Ciudad de México; si el acta se alojara en juzgado distinto al Central, se dará aviso mediante oficio al juzgado en que se encuentre el acta de nacimiento primigenia para los efectos anteriormente señalados, y ésta quedará reservada y no se publicará ni expedirá constancia alguna, salvo mandamiento judicial o petición ministerial.

Se prevé que para el caso de que el acta primigenia sea de otra entidad federativa, la persona solicitante deberá recoger en la Oficina Central, a los cinco días hábiles posteriores al levantamiento de la nueva acta, el oficio de notificación a la autoridad homóloga del Estado de origen, quedando bajo su responsabilidad la entrega del oficio a dicha autoridad, quien realizará las anotaciones correspondientes de conformidad con su legislación, debiéndose enviar los oficios con la información, en calidad de reservada, a la Secretaría de Gobernación, Secretaría de Finanzas, Secretaría de Educación Pública, Secretaría de Salud, Secretaría de Relaciones Exteriores, Instituto Nacional Electoral, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Procuraduría General de la República, Centro Nacional de Información del Sistema Nacional y al Consejo de la Judicatura Federal, para los efectos legales procedentes.

V. CONCLUSIONES

PRIMERA. Es importante distinguir la transexualidad de la homosexualidad pues son completamente diferentes. En la transexualidad la persona siente que no coincide su aspecto físico con el aspecto psicológico, en cambio, en la homosexualidad la persona está conforme con su anatomía, pero tiene una orientación sexual hacia su mismo sexo. Todavía se considera que la orientación sexual adecuada de las personas es la que se mantiene entre relaciones heterosexuales, lo que implica de alguna forma una discriminación para las personas que no son heterosexuales.

SEGUNDA. Las personas travestis no necesariamente son homosexuales, en general están de acuerdo con su sexo biológico pero que sienten placer por vestirse acorde con el sexo contrario al sexo de nacimiento, y no desean realizar una modificación en su cuerpo por medio de la reasignación de

concordancia sexo-genérica. Los transexuales son personas respecto de las cuales no concuerda su anatomía con su psique, por lo que es en este caso en el que se llevan a cabo las cirugías de concordancia sexo-genérica. Por otra parte, las personas transgénero, son aquellas que a pesar de no sentirse bien con su sexo original, no desean una modificación física al mismo.

TERCERA. En el artículo 498 BIS, fracción III, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se establece que se debe anexar a la demanda para la rectificación del acta de nacimiento el dictamen médico que determine que es una persona que se encuentra sujeta al proceso de reasignación para la concordancia sexo-genérica con un mínimo de cinco meses, mientras que en los artículos 69 Ter. y 69 Quater, del Reglamento de Registro Civil, se contempla un procedimiento administrativo de identidad de género para la expedición de las actas de nacimiento, en el cual los interesados únicamente deben comparecer personalmente a la Oficina Central del Registro Civil, acreditando todos los requisitos, ante el personal designado del Registro Civil. En esta comparecencia, la persona interesada bajo protesta de decir verdad, sólo debe expresar su convicción interna de percibirse con un género diferente al que aparece en su acta de nacimiento primigenia, solicitando el levantamiento de una nueva acta en la que su sexo sea modificado y, en consecuencia, también su nombre. Lo anterior implica el peligro de una simulación o fraude por cambio de identidad, por lo que considero que el acta de nacimiento con su anotación marginal no debe quedar reservada, dado que se estaría limitando la función principal del Registro Civil, que es la de brindar publicidad a los hechos y actos que se inscriben en el mismo.

ENUMERACIÓN DE LAS PRINCIPALES OBLIGACIONES DEL NOTARIO EN MATERIA FISCAL FEDERAL

Heriberto Castillo Villanueva¹



I. OBLIGACIONES DEL NOTARIO PREVISTAS EN LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA

A) Obligaciones del notario relacionadas con la exención del Impuesto Sobre la Renta (en lo sucesivo ISR) por la enajenación de la casa habitación del contribuyente.

Al efecto, el artículo 93 fracción XIX, inciso a) de la LISR dispone lo siguiente:

Artículo 93. No se pagará el impuesto sobre la renta por la obtención de los siguientes ingresos:

...

XIX. Los derivados de la enajenación de:

a) La casa habitación del contribuyente, siempre que el monto de la contraprestación obtenida no exceda de setecientas mil unidades de inversión y la transmisión se formalice ante fedatario público. Por el excedente se determinará la ganancia y se calcularán el impuesto anual y el pago provisional en los términos del Capítulo IV de este Título, considerando las deducciones en la proporción que resulte de dividir el excedente entre el monto de la contraprestación obtenida. El cálculo y entero del impuesto que corresponda al pago provisional se realizará por el fedatario público conforme a dicho Capítulo.

La exención prevista en este inciso será aplicable siempre que durante los tres años inmediatos anteriores a la fecha de enajenación de que se trate el contribuyente no hubiere enajenado otra casa habitación por la que hubiera obtenido la exención prevista en este inciso y manifieste, bajo protesta de decir verdad, dichas circunstancias ante el fedatario público ante quien se protocolice la operación.

¹ Notario Público 69 de la Ciudad de México.

El fedatario público deberá consultar al Servicio de Administración Tributaria a través de la página de Internet de dicho órgano desconcentrado y de conformidad con las reglas de carácter general que al efecto emita este último, si previamente el contribuyente ha enajenado alguna casa habitación durante los cinco años anteriores a la fecha de la enajenación de que se trate, por la que hubiera obtenido la exención prevista en este inciso y dará aviso al citado órgano desconcentrado de dicha enajenación, indicando el monto de la contraprestación y, en su caso, del impuesto retenido.

Consideraciones:

1. Para que proceda la exención también se debe cumplir con todo lo que disponen los artículos 154 y 155 del reglamento de la Ley del Impuesto Sobre la Renta (en lo sucesivo RISR), que al efecto dicen:

Artículo 154. Para efectos del artículo 93, fracción XIX, inciso a) de la Ley, se considera que la casa habitación del contribuyente comprende además la superficie del terreno que no exceda de tres veces el área cubierta por las construcciones que integran la casa habitación.

Artículo 155. Para efectos del artículo 93, fracción XIX, inciso a) de la Ley, los contribuyentes deberán acreditar ante el fedatario público que formalice la operación, que el inmueble objeto de la operación es la casa habitación del contribuyente, con cualquiera de los documentos comprobatorios que se mencionan a continuación, siempre que el domicilio consignado en dicha documentación coincida plenamente o, en su caso, con alguno de los elementos fundamentales del domicilio del bien inmueble enajenado utilizados en el instrumento correspondiente y el fedatario público haga constar esta situación cuando formalice la operación:

- I. La credencial para votar, expedida por el Instituto Nacional Electoral;
- II. Los comprobantes fiscales de los pagos efectuados por la prestación de los servicios de energía eléctrica o de telefonía fija, o;
- III. Los estados de cuenta que proporcionan las instituciones que componen el sistema financiero o por casas comerciales o de tarjetas de crédito no bancarias.

La documentación a que se refieren las fracciones anteriores, deberá estar a nombre del contribuyente, de su cónyuge o de sus ascendientes o descendientes en línea recta.

2. Se exime al notario de consultar la página de internet del SAT, hasta que se habilite el sistema para la consulta de enajenación de casa habitación, según lo dispone el artículo décimo segundo transitorio de la RMF.

3. El aviso por parte del notario por la enajenación de la casa habitación del contribuyente se da mediante el uso del programa electrónico “DeclaraNOT”,

contenido en el portal del SAT, según lo dispone el último párrafo de la regla 3.15.6. de la RMF.

4. Para que proceda la exención del impuesto por la enajenación de la casa habitación de los extranjeros, se debe cumplir además con lo que dispone la regla 3.11.5 de la RMF.

B) Verificar la calidad de ejidatario o comunero mediante los certificados o títulos correspondientes, en la primera enajenación de derechos parcelarios, de las parcelas sobre las que se hubiera adoptado el dominio pleno o de los derechos comuneros, para no calcular y enterar el ISR.

Al efecto el artículo 93 de la LISR dispone lo siguiente:

Artículo 93. No se pagará el impuesto sobre la renta por la obtención de los siguientes ingresos:

...

XXVIII. Los que deriven de la enajenación de derechos parcelarios, de las parcelas sobre las que hubiera adoptado el dominio pleno o de los derechos comuneros, siempre y cuando sea la primera transmisión que se efectúe por los ejidatarios o comuneros y la misma se realice en los términos de la legislación de la materia.

La enajenación a que se refiere esta fracción deberá realizarse ante fedatario público, y el enajenante deberá acreditar que es titular de dichos derechos parcelarios o comuneros, así como su calidad de ejidatario o comunero mediante los certificados o los títulos correspondientes a que se refiere la Ley Agraria.

En caso de no acreditar la calidad de ejidatario o comunero conforme a lo establecido en el párrafo anterior, o que no se trate de la primera transmisión que se efectúe por los ejidatarios o comuneros, el fedatario público calculará y enterará el impuesto en los términos de este Título.

C) Calcular, enterar e informar del ISR por enajenación de bienes inmuebles realizada por personas físicas y excepcionalmente de algunas personas morales del título III de la LISR.

Al efecto, los artículos 126 y 127 de la LISR en su parte conducente mencionan lo siguiente:

Artículo 126. Los contribuyentes que obtengan ingresos por la enajenación de bienes inmuebles, efectuarán pago provisional por cada operación, aplicando la tarifa que se determine conforme al siguiente párrafo a la cantidad que se obtenga de dividir la ganancia entre el número de años transcurridos entre la fecha de adquisición y la de enajenación, sin exceder de 20 años. El resultado que se obtenga conforme a este párrafo se multiplicará por el mismo número

de años en que se dividió la ganancia, siendo el resultado el impuesto que corresponda al pago provisional.

La tarifa aplicable para el cálculo de los pagos provisionales que se deban efectuar en los términos de este artículo, se determinará tomando como base la tarifa del artículo 96 de esta Ley, sumando las cantidades correspondientes a las columnas relativas al límite inferior, límite superior y cuota fija, que en los términos de dicho artículo resulten para cada uno de los meses del año en que se efectúe la enajenación y que correspondan al mismo renglón identificado por el por ciento para aplicarse sobre el excedente del límite inferior. Tratándose de los meses del mismo año, posteriores a aquél en que se efectúe la enajenación, la tarifa mensual que se considerará para los efectos de este párrafo, será igual a la del mes en que se efectúe la enajenación. Las autoridades fiscales mensualmente realizarán las operaciones aritméticas previstas en este párrafo para calcular la tarifa aplicable en dicho mes, la cual publicará en el Diario Oficial de la Federación.

En operaciones consignadas en escrituras públicas, el pago provisional se hará mediante declaración que se presentará dentro de los quince días siguientes a aquél en que se firme la escritura o minuta. Los notarios, corredores, jueces y demás fedatarios, que por disposición legal tengan funciones notariales, calcularán el impuesto bajo su responsabilidad y lo enterarán en las oficinas autorizadas; así mismo deberán proporcionar al contribuyente que efectúe la operación correspondiente, conforme a las reglas de carácter general que emita el Servicio de Administración Tributaria, la información relativa a la determinación de dicho cálculo y deberá expedir comprobante fiscal, en el que conste la operación, así como el impuesto retenido que fue enterado. Dichos fedatarios, dentro los quince días siguientes a aquel en el que se firme la escritura o minuta, en el mes de febrero de cada año, deberán presentar ante las oficinas autorizadas, la información que al efecto establezca el Código Fiscal de la Federación respecto de las operaciones realizadas en el ejercicio inmediato anterior.

... Los contribuyentes que obtengan ingresos por la cesión de derechos de certificados de participación inmobiliaria no amortizables o de certificados de vivienda o de derechos de fideicomitente o fideicomisario, que recaigan sobre bienes inmuebles, deberán calcular y enterar el pago provisional de acuerdo con lo establecido en los dos primeros párrafos de este artículo.

Las personas morales a que se refiere el Título III de esta Ley, a excepción de las mencionadas en el artículo 86 de la misma y de aquellas autorizadas para percibir donativos deducibles en los términos de los artículos 27, fracción I y 151, fracción III, de la presente Ley, que enajenen bienes inmuebles, efectuarán pagos provisionales en los términos de este artículo, los cuales tendrán el carácter de pago definitivo.

Artículo 127. Con independencia de lo dispuesto en el artículo 126 de esta Ley, los contribuyentes que enajenen terrenos, construcciones o terrenos y

construcciones, efectuarán un pago por cada operación, aplicando la tasa del 5% sobre la ganancia obtenida en los términos de este Capítulo, el cual se enterará mediante declaración que presentarán ante las oficinas autorizadas de la entidad federativa en la cual se encuentre ubicado el inmueble de que se trate.

El impuesto que se pague en los términos del párrafo anterior será acreditable contra el pago provisional que se efectúe por la misma operación en los términos del artículo 126 de esta Ley. Cuando el pago a que se refiere este artículo exceda del pago provisional determinado conforme al citado precepto, únicamente se enterará el impuesto que resulte conforme al citado artículo 126 de esta Ley a la entidad federativa de que se trate.

En el caso de operaciones consignadas en escrituras públicas, los notarios, corredores, jueces y demás fedatarios, que por disposición legal tengan funciones notariales, calcularán el pago a que se refiere este artículo bajo su responsabilidad y lo enterarán en las oficinas autorizadas a que se refiere el mismo en el mismo plazo señalado en el tercer párrafo del artículo 126 de esta Ley, y deberá expedir comprobante fiscal, en el que conste el monto de la operación, así como el impuesto retenido que fue enterado.

Los contribuyentes que ejerzan la opción a que se refiere el último párrafo del artículo 120 de esta Ley, aplicarán la tasa del 5% sobre la ganancia que se determine de conformidad con dicho párrafo en el ejercicio de que se trate, la cual se enterará mediante declaración que presentarán ante la entidad federativa en las mismas fechas de pago establecidas en el artículo 150 de esta Ley.

El pago efectuado conforme a este artículo será acreditable contra el impuesto del ejercicio.”

Comentarios:

1. El notario debe enterar el impuesto en términos de lo que disponen las reglas 3.15.6. y 2.8.5.1 de la RMF, lo que en la práctica se conoce como pago referenciado, por cada una de las operaciones dentro de los 15 días siguientes a la fecha en que se firma la escritura.

2. El entero del impuesto que corresponde a la entidad federativa, el notario lo debe realizar en las oficinas autorizadas por las mencionadas entidades federativas donde se ubique el inmueble enajenado a través de las formas oficiales que éstas publiquen en sus órganos oficiales de difusión, o a través de las aplicaciones o medios electrónicos que dispongan las entidades federativas, según lo dispone la regla 3.15.8. de la RMF.

3. El notario informa, a través del “DeclaranOT”, por cada una de las operaciones dentro de los 15 días siguientes a la fecha en que se firma la escritura, según la regla 3.15.6. de la RMF.

4. El notario debe proporcionar al enajenante, persona física, la información relativa a la determinación del cálculo del ISR por enajenación, cumpliendo con todo lo que dispone la regla 3.15.5. de la RMF.

5. El notario también debe expedir el comprobante fiscal (digital por internet), en el que conste la operación, así como el impuesto (ISR por enajenación de personas físicas) retenido que fue enterado, mediante el certificado fiscal digital por internet (en lo sucesivo CFDI) de retenciones, en términos de lo que dispone la regla 2.7.5.4 de la RMF (anexo 20).

6. El notario deberá calcular y, en su caso, enterar el impuesto que corresponda, aun en el supuesto de enajenaciones de inmuebles consignadas en escritura pública en las que la firma de la escritura se hubiese realizado por un juez en rebeldía del enajenante, según lo dispone el artículo 214 del RISR.

7. El notario queda relevado de la obligación de efectuar el cálculo y entero del impuesto a que se refiere el artículo 126 de la LISR, cuando la enajenación del inmueble se realice por una persona física dedicada a actividades empresariales y ésta declare que el inmueble forma parte del activo de la empresa y exhiba copia sellada o copia del acuse de recibo electrónico con sello digital de la declaración correspondiente al último año de calendario para el pago del impuesto. Tratándose del primer año del calendario, deberá presentarse copia de la constancia de la inscripción en el RFC o, en su defecto, de la solicitud de inscripción en el citado registro, de la cédula de identificación fiscal o acuse único de inscripción en el Registro Federal de Contribuyentes, según lo dispone el artículo 212 del RISR.

D) Calcular, enterar e informar del ISR por adquisición de bienes inmuebles de personas físicas, cuando el valor de avalúo exceda en un más del 10% de la contraprestación pactada, o en el caso de donaciones no exentas.

Al efecto, los artículos 130 (fracciones I y IV) y 132 de la LISR disponen lo siguiente:

Artículo 130. Se consideran ingresos por adquisición de bienes:

I. La donación

...

...

IV. Los supuestos señalados en los artículos 125, 160 y 161 de esta Ley:

...

Tratándose de las fracciones I a III de este artículo, el ingreso será igual al valor de avalúo practicado por persona autorizada por las autoridades fiscales. En el supuesto señalado en la fracción IV de este mismo artículo, se considerará ingreso el total de la diferencia mencionada en el artículo 125 de la presente Ley.

Artículo 132. Los contribuyentes que obtengan ingresos de los señalados en este Capítulo, cubrirán, como pago provisional a cuenta del impuesto anual, el

monto que resulte de aplicar la tasa del 20% sobre el ingreso percibido, sin deducción alguna. El pago provisional se hará mediante declaración que presentarán ante las oficinas autorizadas dentro de los 15 días siguientes a la obtención del ingreso. Tratándose del supuesto a que se refiere la fracción IV del artículo 130 de esta Ley, el plazo se contará a partir de la notificación que efectúen las autoridades fiscales.

En operaciones consignadas en escritura pública en las que el valor del bien de que se trate se determine mediante avalúo, el pago provisional se hará mediante declaración que se presentará dentro de los quince días siguientes a la fecha en que se firme la escritura o minuta. Los notarios, corredores, jueces y demás fedatarios, que por disposición legal tengan funciones notariales, calcularán el impuesto bajo su responsabilidad y lo enterarán mediante la citada declaración en las oficinas autorizadas y deberán expedir comprobante fiscal, en el que conste el monto de la operación, así como el impuesto retenido que fue enterado. Dichos fedatarios, dentro de los quince días siguientes a aquél en que se firme la escritura o minuta a más tardar el día 15 de febrero de cada año, deberán presentar ante las oficinas autorizadas, la información que al efecto establezca el Código Fiscal de la Federación respecto de las operaciones realizadas en el ejercicio inmediato anterior.

Comentarios:

1. El notario debe enterar el impuesto en términos de lo que disponen las reglas 3.15.6. y 2.8.5.1 de la RMF, lo que en la práctica se conoce como pago referenciado, por cada una de las operaciones, dentro de los 15 días siguientes a la fecha en que se firma la escritura.

2. El notario informa, a través del “DeclaraNOT”, por cada una de las operaciones dentro de los 15 días siguientes a la fecha en que se firma la escritura, según la regla 3.15.6. de la RMF.

3. El notario también debe expedir el comprobante fiscal (digital por internet), en el que conste el monto de la operación, así como el impuesto (ISR por adquisición de personas físicas) retenido que fue enterado, mediante el CFDI de retenciones, en términos de lo que dispone la regla 2.7.5.4 de la RMF (anexo 20).

4. Respecto de este impuesto es importante tener presente lo que menciona el artículo 217 del RISR, mismo que reitera que cuando el valor del avalúo exceda en más de 10% de la contraprestación pactada, el notario deberá calcular el pago provisional que corresponda al adquirente, salvo los casos previstos en el propio artículo. En este último supuesto el notario deberá señalar en la propia escritura las razones por las cuales no efectuó dicho cálculo.

E) Calcular, hacer constar en la escritura, enterar e informar del ISR por enajenación de bienes inmuebles de residentes en el extranjero

Al efecto, el artículo 160 de la LISR en su parte conducente dice lo que es del tenor literal siguiente:

Artículo 160. En los ingresos por enajenación de bienes inmuebles, se considerará que la fuente de riqueza se ubica en territorio nacional cuando en el país se encuentren dichos bienes.

El impuesto se determinará aplicando la tasa del 25% sobre el total del ingreso obtenido, sin deducción alguna, debiendo efectuar la retención el adquirente si éste es residente en el país o residente en el extranjero con establecimiento permanente en el país; de lo contrario, el contribuyente enterará el impuesto correspondiente mediante declaración que presentará ante las oficinas autorizadas dentro de los quince días siguientes a la obtención del ingreso.

Los contribuyentes que tengan representantes en el país que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 174 de esta Ley, y siempre que la enajenación se consigne en escritura pública o se trate de certificados de participación inmobiliaria no amortizables, podrán optar por aplicar sobre la ganancia obtenida, la tasa máxima para aplicarse sobre el excedente del límite inferior que establece la tarifa contenida en el artículo 152 de la presente Ley; para estos efectos, la ganancia se determinará en los términos del Capítulo IV del Título IV de esta Ley, sin deducir las pérdidas a que se refiere el último párrafo del artículo 121 de la misma. Cuando la enajenación se consigne en escritura pública el representante deberá comunicar al fedatario que extienda la escritura, las deducciones a que tiene derecho su representado. Si se trata de certificados de participación inmobiliaria no amortizables, el representante calculará el impuesto que resulte y lo enterará mediante declaración en la oficina autorizada que corresponda a su domicilio dentro de los quince días siguientes a la obtención del ingreso. Los notarios, jueces, corredores y demás fedatarios, que por disposición legal tengan funciones notariales, calcularán el impuesto bajo su responsabilidad, lo harán constar en la escritura y lo enterarán mediante declaración en las oficinas autorizadas que correspondan a su domicilio, dentro de los quince días siguientes a la fecha en que se firma la escritura. En los casos a que se refiere este párrafo se presentará declaración por todas las enajenaciones aun cuando no haya impuesto a enterar. Dichos fedatarios, dentro de los quince días siguientes a aquél en que se firme la escritura o minuta, deberán presentar ante las oficinas autorizadas, la información que al efecto establezca el Código Fiscal de la Federación respecto de las operaciones realizadas en el ejercicio inmediato anterior.

En las enajenaciones que se consignent en escritura pública no se requerirá representante en el país para ejercer la opción a que se refiere el párrafo anterior.

Comentarios:

1. El notario debe enterar el impuesto en términos de lo que disponen las reglas 3.15.6. y 2.8.5.1 de la RMF, lo que en la práctica se conoce como pago referenciado, por cada una de las operaciones, dentro de los 15 días siguientes a la fecha en que se firma la escritura.

2. El notario informa, a través del “DeclaraNOT”, por cada una de las operaciones dentro de los 15 días siguientes a la fecha en que se firma la escritura, según la regla 3.15.6. de la RMF.

II. OBLIGACIONES DEL NOTARIO PREVISTAS EN LA LEY DEL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO

Calcular y enterar el IVA cuando se enajenen construcciones no habitacionales, por regla general de personas físicas.

Al efecto el Artículo 33 de la LIVA menciona lo siguiente:

Artículo 33. Cuando se enajene un bien o se preste un servicio en forma accidental, por los que se deba pagar impuesto en los términos de esta Ley, el contribuyente lo pagará mediante declaración que presentará en las oficinas autorizadas, dentro de los 15 días siguientes a aquél en el que obtenga la contraprestación, sin que contra dicho pago se acepte acreditamiento. En las importaciones ocasionales el pago se hará como lo establece el artículo 28 de esta Ley. En estos casos no formulará declaración mensual ni llevará contabilidad; pero deberá expedir los comprobantes fiscales a que se refiere la fracción III del artículo 32 de esta Ley y conservarlos durante el plazo a que se refiere el artículo 30, tercer párrafo del Código Fiscal de la Federación.

Tratándose de enajenación de inmuebles por la que se deba pagar el impuesto en los términos de esta Ley, consignada en escritura pública, los notarios, corredores, jueces y demás fedatarios que por disposición legal tengan funciones notariales, calcularán el impuesto bajo su responsabilidad y lo enterarán dentro de los quince días siguientes a la fecha en que se firme la escritura, en la oficina autorizada que corresponda a su domicilio; asimismo, expedirán un comprobante fiscal en el que conste el monto de la operación y el impuesto retenido. Lo dispuesto en este párrafo no es aplicable en el caso a que se refiere el artículo 1o.-A, fracción I de esta Ley.

Comentarios:

1. Es importante recordar que el IVA se causa por la enajenación de construcciones no habitacionales, de tal forma que se encuentran exentos el suelo y las construcciones destinadas o utilizadas para casa habitación (ver al efecto el artículo 9 fracciones I y II de la LIVA).

2. El notario deberá enterar el IVA cuando el enajenante sea persona física (de manera excepcional también de personas morales) y se realice dicha enajenación en forma accidental. No se considera una enajenación accidental, cuando el enajenante deba presentar declaraciones mensuales de este impuesto y exhiba al notario copia sellada de las últimas declaraciones de pago mensual. Tratándose de contribuyentes que hayan iniciado actividades en un plazo menor a 3 meses anteriores a la fecha en que se firme la escritura pública que ampara la operación, deberá presentarse copia sellada de la última declaración de pago mensual o copia del aviso de inscripción al RFC, según corresponda, en términos de lo que dispone el artículo 78 del reglamento de la LIVA.

3. El notario debe enterar el impuesto en términos de lo que disponen las reglas 3.15.6. y 2.8.5.1 de la RMF, lo que en la práctica se conoce como pago referenciado, por cada una de las operaciones dentro de los 15 días siguientes a la fecha en que se firma la escritura.

4. El notario informa, a través del “DeclaraNOT”, por cada una de las operaciones dentro de los 15 días siguientes a la fecha en que se firma la escritura, según la regla 3.15.6. de la RMF.

5. El notario también debe expedir el comprobante fiscal (digital por internet), en el que conste el monto de la operación y el impuesto retenido, mediante el CFDI de retenciones, en términos de lo que dispone la regla 2.7.5.4 de la RMF (anexo 20).

III. OBLIGACIONES DEL NOTARIO PREVISTAS EN EL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN

Al efecto, el artículo 27 del CFF dispone lo siguiente:

Artículo 27...

Los fedatarios públicos exigirán a los otorgantes de las escrituras públicas en que se haga constar actas constitutivas, de fusión, escisión o de liquidación de personas morales, que comprueben dentro del mes siguiente a la firma que han presentado solicitud de inscripción, o aviso de liquidación o de cancelación, según sea el caso, en el registro federal de contribuyentes, de la persona moral de que se trate, debiendo asentar en su protocolo la fecha de su presentación; en caso contrario, el fedatario deberá informar de dicha omisión al Servicio de Administración Tributaria dentro del mes siguiente a la autorización de la escritura.

Asimismo, los fedatarios públicos deberán asentar en las escrituras públicas en que hagan constar actas constitutivas y demás actas de asamblea de personas morales cuyos socios o accionistas y sus representantes legales deban solicitar

su inscripción en el registro federal de contribuyentes, la clave correspondiente a cada socio o accionista y representante legal o, en su caso, verificar que dicha clave aparezca en los documentos señalados. Para ello, se cerciorarán de que dicha clave concuerde con la cédula respectiva.

Cuando de conformidad con las disposiciones fiscales los notarios, corredores, jueces y demás fedatarios deban presentar la información relativa a las operaciones consignadas en escrituras públicas celebradas ante ellos, respecto de las operaciones realizadas en el mes inmediato anterior, dicha información deberá ser presentada a más tardar el día 17 del mes siguiente ante el Servicio de Administración Tributaria de conformidad con las reglas de carácter general que al efecto emita dicho órgano.

La declaración informativa a que se refiere el párrafo anterior deberá contener, al menos, la información necesaria para identificar a los contratantes, a las sociedades que se constituyan, el número de escritura pública que le corresponda a cada operación y la fecha de firma de la citada escritura, el valor de avalúo de cada bien enajenado, el monto de la contraprestación pactada y de los impuestos que en los términos de las disposiciones fiscales correspondieron a las operaciones manifestadas.

A) Obligación del notario de exigir la solicitud de inscripción o aviso de liquidación o de cancelación en el RFC de las personas morales, o en su caso, informar al SAT de tal omisión (séptimo párrafo del artículo 27 del CFF).

Comentario:

Con relación a este tema, el reglamento del CFF (en lo sucesivo RCFF), en su artículo 23 señala que las personas morales residentes en México presentarán su solicitud de inscripción en el registro federal de contribuyentes en el momento en que se firme su acta o documento constitutivo, a través del notario que protocolice el instrumento constitutivo de que se trate, incluyendo los casos en que se constituyan sociedades con motivo de la fusión o escisión de personas morales.

Es importante hacer notar que sólo aquellos notarios que se encuentren incorporados al “Esquema de inscripción en el RFC a través de fedatario público por medios remotos”, podrán inscribir a las personas morales que se constituyan ante su fe, en términos de lo que señala la regla 2.4.14. de la RMF.

Por otra parte, el artículo 27 del RCFF menciona que para los efectos del artículo 27, séptimo párrafo del CFF, cuando las leyes estatales establezcan que la firma y autorización de la escritura pública se realizan en el mismo momento, los contribuyentes contarán con un mes, a partir de que se firme y autorice dicha escritura, para comprobar ante el notario que han presen-

tado la solicitud de inscripción o el aviso de liquidación o de cancelación de la persona moral de que se trate, en el registro federal de contribuyentes.

En caso de que los contribuyentes no cumplan con lo establecido en el párrafo anterior, el notario deberá informar de dicha omisión al Servicio de Administración Tributaria, a más tardar el día hábil siguiente a aquél en el que concluya el plazo establecido en el párrafo antes mencionado.

El informe mencionado en el párrafo anterior se debe realizar a través del programa electrónico denominado “DeclaNOT”, en términos de lo que señala la regla 2.4.10. de la RMF.

B) Asentar, o en su caso, verificar la clave del RFC de los socios y de representantes legales, y en ambos casos cerciorarse de que la clave concuerde con la cédula de identificación fiscal o la constancia de registro fiscal, en la constitución de la persona moral o en la protocolización de las actas de asambleas (octavo párrafo del artículo 27 del CFF).

Comentarios:

1. El RCFF, en su artículo 28 señala que para los efectos del 27, octavo párrafo del Código, considera que los notarios ante quienes se constituyan o se protocolicen actas de asamblea de personas morales cuyos socios o accionistas deban solicitar su inscripción en el registro federal de contribuyentes, asentaron la clave del registro federal de contribuyentes correspondiente a cada socio o accionista cuando:

a) Agreguen al apéndice del acta o de la escritura pública de que se trate copia de la cédula de identificación fiscal o de la constancia de registro fiscal emitida por el Servicio de Administración Tributaria;

b) Se cercioren de que la copia de la cédula de identificación fiscal o de la constancia de registro fiscal, obra en otra acta o escritura pública otorgada anteriormente ante el mismo notario e indiquen esta circunstancia, o

c) Asienten en el acta o escritura pública de que se trate, la clave del registro federal de contribuyentes contenida en la cédula de identificación fiscal o en la constancia de registro fiscal proporcionada por los socios o accionistas cuya copia obre en su poder o, tratándose de socios o accionistas residentes en el extranjero, hagan constar en el acta o escritura pública la declaración bajo protesta de decir verdad del delegado que concurra a la protocolización de la misma, que la persona moral o el asociante, residente en México presentará la relación a que se refiere el artículo 27, cuarto párrafo del CFF, a más tardar el 31 de marzo del año siguiente.

Se considera que se cumple con lo dispuesto en las fracciones anteriores cuando los notarios soliciten la clave del registro federal de contribuyentes,

la cédula de identificación fiscal o la constancia de registro fiscal emitida por el Servicio de Administración Tributaria y no les sea proporcionada, siempre que den aviso a dicho órgano desconcentrado de esta circunstancia y asienten en su protocolo el hecho de haber formulado la citada solicitud sin que ésta haya sido atendida.

Se considera que los notarios verificaron que la clave del registro federal de contribuyentes de socios o accionistas de personas morales aparece en las escrituras públicas o actas mencionadas en el primer párrafo de este artículo, cuando se encuentre transcrita en la propia acta que se protocoliza, obre agregada al apéndice de la misma, o bien, le sea proporcionada al notario por el delegado que concurra a su protocolización y se asiente en la escritura correspondiente.

Tratándose de la constitución de personas morales con fines no lucrativos a que se refiere el Título III de la Ley del Impuesto sobre la Renta o de la protocolización de actas de asamblea de dichas personas, el notario deberá asentar dicha circunstancia en las actas correspondientes, así como señalar el objeto social de las mismas.

2. El aviso de no exhibición de la clave del RFC, por lo que se refiere a socios o accionistas, el notario lo debe realizar a través del “DeclaraNOT”, en términos de lo que menciona la regla 2.4.11. de la RMF.

3. El notario también cumple con lo mencionado en el encabezado de este apartado, cuando él mismo inscribe en el RFC al socio o al representante legal, según lo dispone la regla 2.4.12. de la RMF.

4. Por otra parte, la regla 2.4.5. de la RMF señala que para los efectos del artículo 27 del CFF, las personas morales que cuenten con socios, accionistas o asociados residentes en el extranjero que no están obligados a solicitar su inscripción en el RFC, al solicitar su inscripción a dicho registro, consignarán para cada uno de los residentes en el extranjero la clave en el RFC genérico: EXT990101N11 y/o EXTF900101N11, para personas morales y físicas respectivamente.

5. Es importante hacer notar que con motivo de las reformas al CFF publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 2016, que entró en vigor a partir del 1 de enero del 2017, se modificó el texto del artículo 27, en su octavo párrafo, del CFF, con la finalidad de incluir a los representantes legales.

Con motivo de dicha reforma, el notario tiene la obligación de asentar o verificar y cerciorarse del RFC de los representantes legales en la constitución de personas morales y en la protocolización de las actas de asamblea.

Debemos estar atentos a la reglamentación que se dé con motivo de dicha reforma, ya que hasta donde tengo información, dicho requisito (RFC

de los representantes legales) únicamente será exigible cuando el representante legal interactúe con el SAT, no respecto de cualquier representante.

C) Presentar información de diversas operaciones consignadas en escritura pública (noveno y décimo párrafos del artículo 27 del CFF).

Comentario:

En términos de lo que dispone la regla 3.15.6. de la RMF, la información se deberá presentar por cada una de las operaciones consignadas en escritura pública en las que intervenga el notario, dentro de los 15 días siguientes a la fecha en que se firme la escritura pública respectiva, en clara contradicción con lo que dispone el noveno párrafo del artículo 27 del CFF, que señala que debe ser mensual, sin embargo en la práctica la información se presenta en términos de los mencionado por la regla 3.15.6. de la RMF, esto es, por cada una de las operaciones.

D) Artículo 29 del CFF – obligación de expedir comprobantes fiscales mediante documentos digitales (CFDI), entre otros, por las retenciones de ISR e IVA que hace el notario

Al efecto el artículo 29 en su primer párrafo dispone lo siguiente:

Artículo 29. Cuando las leyes fiscales establezcan la obligación de expedir comprobantes fiscales por los actos o actividades que realicen, por los ingresos que se perciban o por las retenciones de contribuciones que efectúen, los contribuyentes deberán emitirlos mediante documentos digitales a través de la página de Internet del Servicio de Administración Tributaria. Las personas que adquieran bienes, disfruten de su uso o goce temporal, reciban servicios o aquéllas a las que les hubieren retenido contribuciones deberán solicitar el comprobante fiscal digital por Internet respectivo.

Los contribuyentes a que se refiere el párrafo anterior deberán cumplir con las obligaciones siguientes...

Comentario:

Para expedir el comprobante fiscal (digital por internet) en el que conste el impuesto retenido, el notario debe observar lo señalado en la regla 2.7.5.4 de la RMF (anexo 20).

IV. OBLIGACIONES DERIVADAS DE LA RESOLUCIÓN MISCELÁNEA FISCAL 2017

1. Expedir a los adquirentes de inmuebles el recibo de honorarios respectivo, incorporando a dicho comprobante el complemento que al efecto

publique el SAT en su página de internet (en términos de lo que dispone la regla 2.7.1.23. de la RMF).

2. Expedir a los que utilicen inmuebles en los cuales se alojen instalaciones de infraestructura sobre la superficie o enterradas, de las industrias petrolera o eléctrica, a fin de que construyan, operen, inspeccionen y den mantenimiento a dichas instalaciones, a cambio de una contraprestación, el recibo de honorarios respectivo, incorporando a dicho comprobante el complemento que al efecto publique el SAT en su página de internet (en términos de lo que dispone la regla 2.7.1.23. de la RMF).

3. Retener y enterar el 20% del monto total de la operación realizada por concepto de ISR a aquellas personas físicas que otorguen el uso, goce o afectación de un terreno, bien o derecho, incluyendo derechos reales, ejidales o comunales, así como la retención y entero del IVA respectivo, respecto de inmuebles en los cuales se alojen instalaciones de infraestructura sobre la superficie o enterradas de las industrias petrolera o eléctrica, a fin de que construyan, operen, inspeccionen y den mantenimiento a dichas instalaciones (siempre y cuando el notario haya sido expensado para tal efecto, en términos de lo que dispone la regla 2.7.1.23. de la RMF).

Respecto a las obligaciones anteriores, la regla 2.7.1.23. de la RMF dice lo siguiente:

CFDI en operaciones traslativas de dominio de bienes inmuebles celebradas ante notario.

2.7.1.23. Para los efectos de los artículos 29 y 29-A del CFF, en aquellas operaciones traslativas de dominio de bienes inmuebles celebradas ante notarios públicos, los adquirentes de dichos bienes comprobarán el costo de adquisición para los efectos de deducibilidad y acreditamiento, con el CFDI que dichos notarios expidan por los ingresos que perciban, siempre y cuando los notarios incorporen a dichos comprobantes el correspondiente complemento por cada inmueble enajenado, que al efecto publique el SAT en su portal.

El CFDI a que se refiere el párrafo anterior, también servirá para comprobar los gastos por concepto de indemnización o contraprestación que deriven de actos jurídicos que se celebren ante notarios públicos, mediante los cuales un propietario o titular de terrenos, bienes o derechos, incluyendo derechos reales, ejidales o comunales permita a otra persona física o moral, el uso, goce, o afectación de los mismos, en el cual se alojen instalaciones de infraestructura sobre la superficie o enterradas, de las industrias petrolera o eléctrica, a fin de que construyan, operen, inspeccionen y den mantenimiento a dichas instalaciones.

Cuando no se proporcione la información de cualquiera de los datos requeridos en el complemento, los adquirentes o las personas físicas o morales a que se refiere esta regla, no podrán deducir o acreditar el costo del bien o el gasto que realicen, con base en el CFDI que el notario expida.

No deberá expedirse el complemento a que se refiere esta regla, en los siguientes casos:

I. Tratándose de transmisiones de propiedad, cuando se realicen:

a) Por causa de muerte.

b) A título gratuito.

c) En las que el enajenante sea una persona moral.

d) En las que, en el mismo texto del instrumento que contenga la adquisición, se haga constar el convenio y aceptación de las partes de que será el propio enajenante quien expida el CFDI, por el importe total del precio o contraprestación convenidos o por el ingreso que, en su caso, corresponda por ley por la adquisición de que se trate.

e) En las que los enajenantes de dichos bienes sean personas físicas y éstas tributen en términos del Capítulo II del Título IV de la Ley del ISR; y el inmueble forme parte del activo de la persona física.

f) Derivadas de adjudicaciones administrativas, judiciales o fiduciarias, formalización de contratos privados traslativos de dominio a título oneroso; así como todas aquellas transmisiones en las que el instrumento público no sea por sí mismo comprobante del costo de adquisición.

II. Tratándose de indemnización o contraprestación que deriven de actos jurídicos que se celebren ante notarios públicos, mediante los cuales un propietario o titular de terrenos, bienes o derechos, incluyendo derechos reales, ejidales o comunales permita a otra persona física o moral, el uso, goce, o afectación de los mismos, en el cual se alojen instalaciones de infraestructura sobre la superficie o enterradas, de las industrias petrolera o eléctrica, a fin de que construyan, operen, inspeccionen y den mantenimiento a dichas instalaciones en los casos en que:

a) El receptor del ingreso sea persona física y expida directamente el comprobante fiscal.

b) En el mismo texto del instrumento se haga constar el convenio y aceptación de las partes de que será el propio receptor del ingreso quien expida el CFDI, por el importe del ingreso.

c) Ninguna de las partes haya entregado al notario público, el monto total de las retenciones establecidas en el último párrafo de esta regla.

Para los efectos de la presente regla, en los casos en que las disposiciones de la legislación común que regulan la actuación de los notarios, permitan la asociación entre varios de ellos, la sociedad civil que se constituya al respecto para tales fines podrá emitir el CFDI por las operaciones a que se refieren los párrafos primero y segundo de esta regla, siempre que en éste se señale en el elemento "Concepto", atributo "Descripción", el nombre y la clave en el RFC del notario que emitió o autorizó en definitiva el instrumento público notarial en donde conste la operación y además en dicho CFDI se incorpore el complemento a que se refieren los párrafos mencionados, expedidos por dichas sociedades.

Para los efectos del segundo párrafo de esta regla, las partes del contrato deberán entregar a los notarios que expidan el CFDI a que se refiere la misma,

inmediatamente después de la firma de la escritura el 20% del monto total de la operación realizada por concepto del ISR y el total del IVA que se traslade en la misma, dichos notarios deberán efectuar la retención y entero de dichas cantidades, teniendo la retención del ISR el carácter de pago definitivo. Los notarios deberán enterar los impuestos retenidos en el Servicio de Declaraciones y Pagos, seleccionando “ISR otras retenciones” e “IVA retenciones”, a más tardar en los quince días siguientes a la firma de la escritura.

CFE 29, 29-A, RMF 2017 2.4.3.

V. Obligaciones del notario pendientes de cumplir respecto del ejercicio 2016 (presentación de declaraciones mediante el programa electrónico denominado “DeclaraNOT”).

Comentario:

Con motivo de la entrada en vigor de la nueva versión del sistema denominado “DeclaraNOT”, a partir del 1 de febrero de 2016, no se pudieron enviar algunas declaraciones informativas por errores o inconsistencias del propio sistema, o, en su caso, las declaraciones enviadas fueron rechazadas.

En razón de lo anterior y con la finalidad de que el notario pudiera enviar las mencionadas declaraciones, se expidió el artículo décimo tercero transitorio de la RMF 2017.

De conformidad por lo dispuesto en el artículo décimo tercero transitorio de la RMF 2017, los notarios tendrán por cumplida en tiempo la obligación de presentar las declaraciones informativas correspondientes al ejercicio fiscal 2016, siempre que a más tardar el 28 de febrero de 2017 hayan cumplido con la presentación de dichas declaraciones.

En mi opinión, dicho beneficio aplica respecto a todos los anexos (5) del “DeclaraNOT”, inclusive los avisos de las actividades vulnerables, con fundamento en el artículo 24 de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, así como en el artículo 17 del reglamento de dicha ley y en los criterios generales emitidos por la UIF de la SHCP (dichos criterios mencionan que en la presentación del “DeclaraNOT” se deberán observar los plazos utilizados en las disposiciones fiscales).

EL DERECHO DE FAMILIA EN EL CÓDIGO CIVIL DE LA CIUDAD DE MÉXICO

Joel Chirino Castillo



I. INTRODUCCIÓN

Francesco Messineo señala que “la familia en sentido estricto es el conjunto de dos o más individuos que viven ligados entre sí por un vínculo colectivo, recíproco e indivisible, de matrimonio, de parentesco o de afinidad, familia en sentido naturalístico y que constituyen un todo unitario”. Es “una institución jurídica”. En efecto, “la familia es, ante todo, una institución social, que la ética, la costumbre y la religión tratan de disciplinar cada cual por su cuenta e independientemente de lo que dispone el ordenamiento jurídico”.

Para Marcel Planiol, la familia es “el conjunto de personas que están unidas por el matrimonio o por la filiación, y también, pero excepcionalmente por la adopción”. Esta misma palabra, dice el autor en un sentido más limitado, designa también a los miembros de la familia que viven bajo un mismo techo, sujetos a la dirección y con los recursos del jefe de la casa.

En este sentido, la fuente de la familia se encuentra en el matrimonio, la filiación y la adopción, considerando que los miembros que conforman una familia son los cónyuges, parientes por consanguinidad, o parientes por afinidad.

George Ripert la define como el “conjunto de personas que están unidas por el matrimonio o por la filiación, o también, aunque excepcionalmente, por la adopción.”(pág. 3444)

Las normas jurídicas de la organización de la familia son consideradas de orden público porque la fuerza de la familia es indispensable al estado, y por esa razón se ha preocupado por que no disminuya el número de matrimonios, y en algunos casos el Estado estimula el matrimonio y los nacimientos.

La composición de la familia se integra por el parentesco en línea directa o colateral, pero la ley limita el parentesco al restringir los rangos. El parentesco por afinidad se incorpora en la familia por el matrimonio.

Por efectos de la familia se dan las obligaciones y los derechos como son los alimentos, educación o la sucesión hereditaria.

Antecedentes legislativos. El 25 de mayo del año 2000 fue publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal la adición del título cuarto Bis, en el que se decretan las reglas que se refieren a la familia. Disposiciones jurídicas de orden público e interés social.

Estas reglas se refieren a las relaciones jurídicas de la familia, sus deberes y obligaciones de los integrantes, entre ellos los principios de consideración, solidaridad y respeto recíprocos en el desarrollo de las relaciones familiares:

Título Cuarto Bis
De la Familia

Capítulo Único

Artículo 138-Ter. Las disposiciones que se refieran a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad.

Artículo 138-Quáter. Las relaciones jurídicas familiares constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de la familia.

Artículo 138-Quintus. Las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato.

Artículo 138-Sextus. Es deber de los miembros de la familia observar entre ellos consideración, solidaridad y respeto recíprocos en el desarrollo de las relaciones familiares.

G. O. D. F. 25-May-00

Considerando los anteriores conceptos, la célula social más importante es la familia, por lo que ésta incide en los fines políticos y sociales del Estado.

El Estado promueve la celebración de los matrimonios para lograr una mayor estabilidad en la armonía social; de ahí que el legislador, en su carácter de autoridad pública, determine la edad para contraer matrimonio y asegure la procreación saludable de la especie.

El requisito de los exámenes prenupciales (en el que actualmente se ha descuidado ese requisito) se encamina al logro de una población saludable. Por otra parte, se busca que la población aumente a través de los nacimientos, ya sea mediante limitaciones o estímulos de acuerdo a las necesidades del Estado, simplificando las formalidades y los impedimentos o agravando estos.

El matrimonio se constituye en el vínculo de unión de la formación y desarrollo de la familia, por lo cual el Estado regula las normas jurídicas que regulan los deberes, derechos y obligaciones de los miembros de la familia con el fin de su preservación, desde el orden constitucional como en los códigos civiles.

Las normas jurídicas que se relacionan con la familia y los sujetos que la integran tienen tendencias distintas; algunas tienen fundamento en la doctrina cristiana, pero otras se apartan de ella bajo las tendencias del individualismo, autonomía de la voluntad y, en la actualidad, de los derechos humanos, que son una moda legislativa. En el caso de estos últimos, la deficiente interpretación distorsiona la esencia de ellos por actitudes, en muchos casos, personalistas, sexistas o de conciencia de los juzgadores por encima de las instituciones y aun de los fines políticos y sociales del propio gobierno.

La tendencia legislativa en el Código Civil del Distrito Federal evidencia una tendencia material de los fines del matrimonio y de las relaciones de familia, bajo una razón individualista, de equidad de género y de los derechos humanos. Aunque en aparente contradicción se han adicionado al Código Civil las concepciones de la familia, la fuente fundamental de ella que es el matrimonio por su celebración, estas reglas resultan contradictorias por la facilidad de su disolución.

De acuerdo con el artículo 130 constitucional, independientemente de que se haya eliminado el concepto del matrimonio como un contrato civil, resulta evidente que el matrimonio es un acto jurídico contractual solemne, dado el imperativo de otorgarse ante el juez del Registro Civil, quien declara la existencia del matrimonio. Sin embargo, con la reforma de este artículo que elimina la acepción gramatical jurídica de que el matrimonio es un contrato civil, a la vez este precepto atribuye personalidad jurídica a las iglesias y a las agrupaciones religiosas, una vez que obtengan su registro. Por tal circunstancia, los matrimonios religiosos producen efectos jurídicos, en todo caso con equivalencia al concubinato.

La inaplicabilidad de las reglas del derecho común a las relaciones jurídicas del matrimonio, ha motivado que se niegue a ese acto jurídico su carácter contractual, sustentando la idea de que el matrimonio deba considerarse

como una institución fundada por los cónyuges que acuerdan llevar una vida común porque constituyen un hogar y crean una familia, es decir, se constituye una institución con fines precisos. Sin embargo, cabe destacar que la connotación gramatical “institución” está considerada como el establecimiento o fundación de una cosa. Por tal motivo, para que esta figura tenga una connotación jurídica, deberá precisarse el fin de la institución, ya se refiera a la familia o al matrimonio. Pero en ambos casos sería menester señalar la fuente generadora de esa institución: la ley o el contrato.

La figura contractualista sostenida en el derecho mexicano, como se ha señalado, tenía su fundamento en la Constitución y se reglamentaba en el artículo 146 del Código Civil, mismo que fue reformado mediante la publicación en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 29 de diciembre del 2009, cuyo texto actual es el siguiente:

Artículo 146. Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código”.

G.O.D.F. 29-Dic-09

A la vez se ha reglamentado una figura jurídica paralela al matrimonio que es el concubinato, pero con reglas distintas para ambos casos.

Por ejemplo, para la celebración del matrimonio destacan los siguientes requisitos:

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 deberá contener su huella digital. La voluntad deberá confirmarse y verificarse ante la autoridad del Registro Civil.

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, que es un requisito previo a la celebración del matrimonio, el tramitar y obtener un certificado expedido por el propio registro, para hacer constar, si alguno de ellos se encuentra inscrito en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos, así como

tomar el curso prenupcial impartido por el Gobierno del Distrito Federal a través de la Dirección General del Registro Civil.

Los cursos prenupciales serán impartidos por el personal profesional capacitado que determine el Director General del Registro Civil. Estos cursos versarán sobre temas como la prevención de la violencia familiar, salud sexual y reproductiva, planificación familiar, el respeto a la equidad de género, relaciones de pareja, fines del matrimonio, derechos y obligaciones de los conyuges, el régimen patrimonial en las capitulaciones matrimoniales, entre otros aspectos.

G.O.D.F. 29-Jul-10

G.O.CDMX 13-Jul-16

G.O.D.F. 13-Ene-04

G.O.D.F. 28-Jul-14

Con relación al penúltimo párrafo del texto transcrito, el propio legislador adiciona al Código Civil un capítulo cuarto correspondiente al registro de deudores alimentarios morosos:

Capítulo IV

Del Registro de Deudores Alimentarios Morosos

Artículo 323-Octavus. En el Registro de Deudores Alimentarios Morosos se harán las inscripciones a que se refiere el artículo (sic) 309 del presente Código. Dicho registro contendrá:

I. Nombre, apellidos, Registro Federal de Contribuyentes y Calve Unica del Registro de Población del deudor alimentario moroso;

II. Nombre del acreedor o acreedores alimentarios;

III. Datos del acta que acrediten el vínculo entre deudor y acreedor alimentario, en su caso;

IV. Número de pagos incumplidos y monto del adeudo alimentario;

V. Órgano jurisdiccional que ordena el registro; y

VI. Datos del expediente o causa jurisdiccional de la que deriva su inscripción.

G.O.D.F. 18-Ago-11

G.O.D.F. 28-Jul-14

(Artículo reubicado en el decreto del 09 de mayo de 2014.)

Los requisitos para contraer matrimonio resultan gravosos comparados con los del concubinato, ya que éste tiene mayor facilidad para su constitución, pero en ambas figuras se equiparan en sus derechos con la diferencia de que la disolución del matrimonio requiere de un procedimiento administrativo o judicial para disolverlo, en cambio el concubinato se disuelve sin mayor trámite.

El Código Civil, al hacer referencia al concubinato, señala las siguientes reglas:

Capítulo XI

Del concubinato

Artículo 291-Bis. Las concubinas y los concubinarios tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, hayan vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo.

No es necesario el transcurso del periodo mencionado cuando, reunidos los demás requerimientos, tengan un hijo en común.

Si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito, en ninguna se reputara concubinato. Quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro, una indemnización por daños y perjuicios.

Los Jueces del Registro Civil podrán recibir declaraciones con relación a existencia o cesación de concubinato, existencia o cesación de cohabitación y otros hechos relativos a relaciones de pareja que no constituyan modificaciones al estado civil, y que las personas deseen hacer constar, ante el referido Juez del Registro Civil.

Los Jueces del Registro Civil harán constar por escrito y en los formatos que al efecto se aprueben, las declaraciones emitidas por las personas que acudan a formular las mismas. Estos formatos serán conservados por la Dirección General del Registro Civil, y se podrán expedir constancias de las mismas, las cuales solo acreditan el hecho de la comparecencia y de haber emitido las declaraciones en ella contenidas. Las constancias emitidas por la Dirección General del Registro Civil en los términos del presente artículo no constituyen modificación del estado civil de las personas, circunstancia que se asentara en los formatos respectivos.

En caso de que, mediante las declaraciones se pretenda hacer constar actos que pudieran constituir un ilícito o modificación al estado civil de las personas, el juez del Registro Civil podrá negar el servicio, fundando y motivando su negativa.

G.O.D.F. 31-Oct-14

G.O.D.F. 29-Dic-09

Capítulo VI

De la sucesión de los concubinos

Artículo 1635. La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge,

siempre que reúnan los requisitos a que se refiere el Capítulo XI del Título Quinto del Libro Primero de este Código.

G.O.D.F. 25-May-00

Está demostrado que la unión libre y el concubinato disminuyen la natalidad. Por regla general, la unión libre, aun en la figura del concubinato, tiende a combatirse para salvaguardar el matrimonio, aunque el legislador ha otorgado protección a los hijos habidos en él. El legislador de la Ciudad de México, con las reformas y adiciones al Código Civil, facilita la constitución del concubinato sobre el matrimonio, en contradicción con la política social del Estado para proteger al matrimonio. Actualmente el Código Civil de la Ciudad de México, en cuanto a las consecuencias jurídicas, equipara el matrimonio con el concubinato.

Al día de hoy, el matrimonio se celebra entre dos personas sin distinción de sexo, en cambio, en el concubinato sólo lo constituyen la mujer y el hombre, lo que permite por tendencias de cualquier naturaleza optar por el concubinato por sobre el matrimonio.

II. LA FAMILIA Y SUS EFECTOS JURÍDICOS

En una concepción filosófica, Jean Dabin sostiene que la familia es el grupo que tiene por misión la perpetuación de la especie humana, y que esencialmente se compone del hombre y la mujer ligados con los lazos de una unión regular y estable, así como los hijos nacidos de esta unión. Señala además que el parentesco es ajeno a lo que hace el oficio propio de la familia.

El autor sostiene “que la familia es donación continua, en que los hijos no son más que destinatarios y beneficiados gratuitos, que la familia no puede ser constitutiva de una sociedad, ya que la sociedad sólo está formada por los cónyuges y por tal motivo la familia no puede declararse persona moral ni tampoco puede poseer personalidad jurídica, siendo imposible distinguir en el matrimonio tres personas: El marido, la mujer y la persona moral de su unión.”

Los miembros de la familia deben, además, gozar de una igualdad jurídica, de tal modo que ninguno de ellos pueda atentar contra ella o disolverla sin consentimiento de los demás miembros, sin que deba considerarse que los hijos viven bajo una constante donación, como lo sostiene Jean Dabin, ya que la obligación alimentaria y la educación no son actos de liberalidad, sino obligaciones jurídicas para quienes decidieron la procreación; máxime que la propia Constitución, al establecer la igualdad jurídica de las

personas, señala el derecho que tiene cada una de ellas para decidir de manera libre y responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. Entonces, no puede hablarse ni de una liberalidad constante ni de un deber, sino de una obligación jurídica, dado que la gestación es el producto del libre albedrío tutelado por una norma jurídica que decreta la igualdad de las personas para decidir sobre el número de hijos que deseen tener. Pero una vez que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los eventos declarados en el Código Civil.

Aunque la unión libre y el concubinato se regulen en el Código Civil, no pueden permanecer como instituciones perennes sino transitorias, es decir, el ideal social es que la familia sea producto del matrimonio y sólo por excepción se constituya a través del concubinato y la unión libre.

La tendencia actual iniciada hace aproximadamente veinte años ha cambiado sustancialmente las reglas del matrimonio desde su connotación gramatical. Por ejemplo, el texto anterior del artículo 148 se refería al hombre y a la mujer como sujetos jurídicos del matrimonio por lo que se refería también al hombre y a la mujer o al marido y la mujer.

En la actualidad, como se ha señalado, el artículo 146 del Código Civil determina que “matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el juez del registro civil y con las formalidades que estipule el presente código”.

Se ha adicionado un título cuarto Bis., de la familia, en cuatro artículos. Fueron derogadas y adicionadas diversas disposiciones sobre los requisitos para contraer matrimonio así como de los derechos y obligaciones de él.

Se derogan además las causales del divorcio, y en cierto modo se legaliza el repudio de un cónyuge a otro, y se llega al grado de ignorar los principios que sustentan la temporalidad del matrimonio para bien de los hijos y de la política social del estado, bajo el pretexto de que con las causales se violaban los derechos humanos, al grado que la autoridad judicial consideró que ellas violaban los derechos humanos de los cónyuges que no querían continuar con el matrimonio.

Se adiciona un capítulo de violencia familia así como un registro de deudores alimentarios morosos.

Con la reforma al artículo 146 publicada en la Gaceta del Gobierno del Distrito Federal el 29 de diciembre de 2009, se regula el matrimonio de parejas del mismo sexo, por lo que se derogaron las acepciones jurídicas “hombre y mujer” y “marido y mujer”. Sin embargo, en el artículo 1635, que trata sobre la relación de los concubinos, continúa el concepto jurídico de la concubina y el concubinario.

La tendencia sexista de las reformas en materia de familia del Código Civil de la Ciudad de México tiene un efecto notorio en la organización familiar.

Por una parte, por adición del título cuarto Bis., de la familia, atribuye a estas reglas el carácter de orden público e interés social para tutelar los derechos de la familia y así proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros basados en el respeto a su dignidad, y que estas relaciones jurídicas familiares las constituyan por el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de la familia vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato. A su vez, por efecto de las mismas reformas, el parentesco puede ser por consanguinidad, afinidad y civil. El parentesco de afinidad se adquiere por matrimonio o concubinato, entre los cónyuges y sus respectivos parientes consanguíneos. Anteriormente, el parentesco por afinidad se contraía por el matrimonio entre el varón y los parientes de la mujer, y entre la mujer y los parientes del varón. Actualmente, las reglas del parentesco están reguladas conforme a los siguientes artículos:

TÍTULO SEXTO

Del parentesco, de los alimentos y de la violencia familiar

Capítulo I

Del parentesco

Artículo 292. La ley solo reconoce como parentesco los de consanguinidad, afinidad y civil.

Artículo 293. El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.

También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida.

En el caso de la adopción, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.

Artículo 294. El parentesco de afinidad, es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre los cónyuges y sus respectivos parientes consanguíneos.

Artículo 295. El parentesco civil es el que nace de la adopción, en los términos del artículo 410-D.

G.O.D.F. 29-Dic-09

III. CONSIDERACIONES FINALES

La familia y el parentesco nacen por el matrimonio. Haciendo un estudio comparativo, en números redondos, en el año de 1993 se celebraron en la Ciudad de México 57,000 matrimonios; en cambio, en el año 2015 se celebraron 33,000, es decir, de 1993 a 2015 se han reducido gradualmente hasta un 50% de los matrimonios, lo que deja entrever que los jóvenes ya no quieren casarse. ¿Será más fácil la unión libre o el concubinato?

Por otra parte, en el año de 1993 se promovieron 6,000 divorcios, y en el 2015, 12,000. Es notorio el incremento de los divorcios por la facilidad jurídica actual para extinguir el matrimonio (¿será por la facilidad del repudio?).

Si se toma en consideración que en el año 2015 se celebraron 33,000 matrimonios, y en ese mismo año hubo 12,000 divorcios, la subsistencia de matrimonios es del 30%.

Los fines político-sociales del matrimonio que son esencia de la política del Estado, resultan inaplicables porque la realidad social es totalmente diferente. En la actualidad se han reducido, en número, los matrimonios civiles y se ha incrementado en un 100% el número de divorcios.

De seguir esas tendencias que han materializado las relaciones de familia, sería grave la disminución, de hecho, del matrimonio y consecuentemente de la familia como unidad social.

Con el debilitamiento del matrimonio entre hombre y mujer disminuye la natalidad, también disminuye la importancia social del mismo con el nuevo registro del concubinato y la irregularidad de la unión. La unión libre por su naturaleza es inestable de hecho, las obligaciones que acuerdan entre ellos resultan potestativas, es decir, no son propiamente obligaciones.

Las relaciones entre cónyuges las relaciones entre cónyuges, progenitores e hijos y en general entre parientes, se sustentan por el afecto, por el sentido del honor, por el impulso altruista entre ellos, por el deber de conducta y el espíritu de solidaridad entre sus miembros antes que por el ordenamiento jurídico.

El Estado ve en la familia un núcleo político embrionario en el que predomina el interés general, más que el interés de los individuos, o sea el interés superior del grupo familiar. El Estado encuentra en ellos los futuros ciudadanos, por lo que el derecho de familia es de orden público e interés social. Las reglas, los derechos de familia son absolutos, indisponibles, irrenunciables, imprescriptibles, y no son susceptibles de estimación pecuniaria; por esta razón las normas de la familia son imperativas y de orden público. La disyuntiva es el interés individual por el interés social.

EVOLUCIÓN DE LA NOCIÓN RESPONSABILIDAD CIVIL

Raquel Sandra Contreras López



INTRODUCCIÓN

Indudablemente, la noción relativa a la responsabilidad civil subjetiva tuvo su origen en el derecho romano, a través del hecho ilícito y la culpa aquilleana. La responsabilidad civil objetiva tuvo su más histórico antecedente en el enriquecimiento ilegítimo, si bien no se le reconoció con tal naturaleza. Posteriormente, a partir de la regulación en el Código Civil francés de 1804, los códigos civiles nacionales y extranjeros, que recibieron esa herencia jurídica directa o indirectamente, entre los que se encuentra el Código Civil mexicano de 1870, y los demás que le siguieron en orden de publicación, no procedieron a sistematizar las diversas clases de hechos ilícitos como un solo género, sino como hipótesis distintas; de ahí que como consecuencia de su violación, actualmente se siga haciendo regulación en la mayoría de los códigos civiles mexicanos de la responsabilidad contractual y extracontractual.

El tema central de este artículo es destacar la evolución que ha tenido la noción de la responsabilidad civil a partir de propuestas como la del maestro Ernesto Gutiérrez y González, que la considera como una unidad jurídica a efecto de clasificarla en subjetiva y en objetiva. Es así que la teoría unitaria de la responsabilidad civil, propuesta por Gutiérrez y González, se contemple actualmente en los códigos civiles de Tlaxcala (1976), Quintana Roo (1980), Puebla (1985) y Jalisco (1995).

Pero este breve estudio también tiene la finalidad de destacar la importancia de sistematizar la noción mencionada, a efecto de que la regulación que se haga de la misma sea en el campo del derecho positivo civil, y no como sucede en la actualidad con la responsabilidad patrimonial del Estado mexicano, que se regula en una ley de carácter administrativo, y las controversias que se suscitan al efecto se resuelven por tribunales administrativos,

no sólo en relación con controversias en las que se demanda por la víctima del detrimento patrimonial una indemnización por el daño económico que impacta su patrimonio, sino incluso cuando se demanda por el particular el daño moral que un servidor público administrativo al servicio del Estado mexicano le causó con su conducta irregular.

I. ORIGEN DE LA CLASIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, EN CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL Y SU REGULACIÓN EN LOS CÓDIGOS CIVILES DE 2000

Sección I. Corrientes dualista, monista e intermedias que han sistematizado la materia de los hechos ilícitos

La regulación de la responsabilidad civil, en los códigos civiles del año 2000, se hace sobre la idea tradicional de clasificarla en contractual y extracontractual, como se hiciera en el Código Civil francés de 1804, y se replicará luego en el Código Civil español, y de éste al Código Civil mexicano. Sin embargo, esta manera de sistematizar las diversas fuentes de la responsabilidad civil se conserva en la mayoría de códigos civiles de origen romano canónico, si bien en algunos de ellos se ha cambiado dicho sistema como sucedió en los códigos civiles mexicanos, como en el de Tlaxcala desde el año 1976, en el de Quintana Roo en 1980, en el de Puebla en 1985 y en el de Jalisco en 1995, como también se llevó a cabo en el Código Civil argentino a partir del 1 de agosto de 2015, cuando entró en vigor su nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.¹

Respecto al origen de la clasificación de la responsabilidad civil, en contractual y en extracontractual, el autor argentino Atilio Aníbal Alterini,² en su obra “Derecho de las Obligaciones”, comenta lo siguiente: “*Génesis*. El origen de la responsabilidad contractual es una obligación preexistente que es incumplida; el de la responsabilidad extracontractual, es la violación de un mero deber no obligacional”.

¹ Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, Presidencia de la Nación. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Ordenamiento, aprobado por la Ley con número de Registro 26.994, sancionada el 1 de octubre de 2014, promulgada según, Decreto 1795/2014, el 7 del mismo mes y año, y vigente a partir del 1 de agosto de 2015. La versión de la anterior Ley, en la página electrónica: www.saij.gob.ar

² ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José; LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de Obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996. Apartado 365, p. 153.

A fin de cuentas, el Código Civil Federal mexicano, como el de la mayoría de los códigos civiles mexicanos, como el propio Código Civil argentino, son legislaciones civiles que se vieron influenciadas de manera directa o indirecta —como fue el caso, del primer Código Civil mexicano de carácter federal, publicado en 1870—, por el Código Civil francés de 1804; ello explica el origen dual de la forma como se regula en ellos el tema de la responsabilidad civil, esto es, a través de una doble fuente: una fundada en el hecho ilícito, y por lo mismo en la noción de culpa, y la otra en el incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Pero el anterior sistema dualista, como lo hace notar Jorge Bustamante Alsina,³ en su obra “Teoría Integral de la Responsabilidad Civil”, no le resulta extraño a la doctrina francesa, pues el mismo se inició en el año 1884, apareció la obra titulada “De la Responsabilité et de la Garantie” de Charles Sainctelette, quien, en opinión del primero de los citados, fue el autor de la tesis dualista de la responsabilidad civil, y sostuvo para tal efecto la necesidad de reservar la expresión responsabilidad para aquella que tiene carácter delictual, y en cuanto a la que emerge del contrato la llamó “garantía”. De tal manera, agrega Bustamante Alsina,⁴ que el punto de partida de la tesis dualista se halla en la afirmación de una oposición radical entre el contrato y la ley, presentados por Sainctelette como las dos únicas fuentes de las obligaciones, por lo que estas dos fuentes no pueden dejar de implicar dos regímenes totalmente distintos, de modo que la responsabilidad tiene por función asegurar el respeto de las leyes, obra de la voluntad pública; la garantía, tiene por fin asegurar el respeto de los contratos, obra de las voluntades privadas.

Bustamante⁵ sigue diciendo en la obra que, en verdad, ha sido tradicional el estudio de los órdenes de responsabilidades, más si se toma en cuenta el impulso que se dio a esta tesis de la dualidad a través del Código Civil francés, en el cual la responsabilidad contractual se encuentra regulada entre los contratos (artículos 1146 a 1155), y la responsabilidad delictual y cuasidelictual son objeto de un capítulo especial (artículos 1362 a 1386).

Sigue agregando el autor argentino⁶ que el anterior sistema dualista se siguió hasta finales del siglo XIX, por la mayoría de la doctrina francesa; sin

³ BUSTAMANTE ALSINA Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Abelot-Perrot, 1997. Consúltese en la página electrónica: <https://es.scribd.com/doc/99807920/Teoria-General-de-la-Responsabilidad-Civil-Bustamante-Alsina>, apartado 154. p. 93. (Última revisión: 14 de marzo de 2017).

⁴ *Idem*.

⁵ *Ibidem*, apartado 195 Bis, pp. 93 y 94.

⁶ *Ibidem*, p. 94.

embargo, la misma fue refutada a partir de la publicación, en 1886, del trabajo de A. F. Lefebvre, y poco después, en 1892, por otro autor Jean Grandmoui In, quien combatió a fondo la tesis dualista en su fundamento al señalar que la ley y el contrato, y por lo tanto, las obligaciones que de ellos nacen, no tienen una esencia diferente. Por lo tanto, se insiste, señala Bustamante Alsina, en el hecho de que la obligación inicial nacida del contrato se extingue por la pérdida o imposibilidad del objeto por culpa del deudor, y que la obligación de pagar daños y perjuicios no es, por lo tanto, la obligación primitiva nacida del contrato, sino una obligación nueva nacida de la ley.⁷

⁷ Jorge Bustamante Alsina dice no estar de acuerdo con el fundamento de la tesis monista, considerando que, en su opinión, primero gira alrededor de la noción de culpa, y segundo, por identificar o subsumir la cuestión, de la responsabilidad contractual en la responsabilidad de fuente delictual, de donde resulta que los efectos de aquella deben regirse por los principios de ésta, dejando de lado las normas del Código Civil, que expresamente atribuyen consecuencias distintas al deber de reparar cuando el daño es el resultado de una infracción contractual. Por ello, la posición doctrinaria seguida por Bustamante Alsina, la funda no en la idea de culpa, sino en la *noción de daño*, por ser señalada por el autor en cita, como el elemento esencial que une a ambas hipótesis, y sin la cual no resultaría procedente la propia responsabilidad civil. *Cfr.* La obra ya citada, “Teoría General de la Responsabilidad Civil”, del autor en comentario, en sus páginas 97 y siguientes.

Sin embargo, considero que, si bien el autor argentino tiene razón en cuanto que el daño es un elemento esencial para que se origine un supuesto de responsabilidad civil, tenga razón, en cuanto a que la sistematización de los hechos ilícitos no se encuentre a su vez fundada en una idea de culpa, y por lo mismo dé origen a supuestos de responsabilidad civil subjetiva, ya que el hecho de ser la culpa el fundamento de ambas hipótesis, no implica de manera necesaria que las consecuencias jurídicas, en lo relativo a su indemnización, tengan que ser, en uno y otro supuesto, iguales, esto es, la forma de indemnizar el ilícito que se deriva de violentar un deber jurídico en sentido estricto, o bien, de una declaración unilateral de la voluntad, son de una determinada naturaleza, al no provenir de un acuerdo previo de voluntades. En cambio, será diferente la forma de indemnizar cuanto el ilícito provenga de incumplir un contrato; por lo tanto, las consecuencias jurídicas no serán las mismas, ya que, en uno y otro caso, la forma de indemnizarse ambos supuestos variará tomando en cuenta la naturaleza jurídica de la hipótesis normativa violentada de manera ilícita. Si bien coincido con Bustamante Alsina en el sentido de ser la noción de daño un elemento de esencial para que proceda la responsabilidad generada en una conducta ilícita, también resulta necesario considerar la conducta ilícita o culposa, e igual sucede con la responsabilidad civil objetiva, en la que, si bien el daño es uno de los elementos esenciales para que proceda la indemnización de éste, es necesario que exista una conducta lícita considerada por el legislador, como fuente de responsabilidad civil objetiva, ya sea con motivo del ejercicio de un derecho subjetivo, con el que se ha originado un detrimento patrimonial, como en los supuestos contemplados en el derecho civil mexicano, a través del derecho real de servidumbre o en la búsqueda de un tesoro por parte del nudo propietario, en el bien usufructuado, o en el su-

Hubo también, como hace notar Bustamante Alsina,⁸ una corriente intermedia para dar sistematización a la materia de la responsabilidad civil. Así, señala el autor que, hacia 1930, varios pensadores ensayaron una síntesis en las tesis opuestas, dualista y monista. Sin embargo, se pronunciaron en favor del principio dualista de la responsabilidad, no considerándolo tan importante, pero sí concediéndole la relevancia que le dieron los autores de la doctrina clásica, formulada sobre la dualidad fundamental del sistema de la responsabilidad civil.

Sección II. Regulación del hecho ilícito en los códigos civiles para el Distrito Federal, ahora de la Ciudad de México, y el Federal, del año 2000, conforme al sistema del Código civil francés, en consecuencia, la regulación de la responsabilidad civil en contractual y extracontractual.

De tal manera, con la innegable influencia del Código Civil francés en los códigos civiles de origen romano canónico (entre ellos, el Código Civil en materia común para el Distrito Federal y de aplicación en toda la República en materia federal, conocido más como Código Civil de 1928, influencia que se conservó en los Códigos civiles de 2000, y consecuentemente, en la mayoría de los códigos civiles mexicanos actuales, excepto, como ya apunté antes, en los códigos de Tlaxcala, Quintana Roo, Puebla y Jalisco), en el sistema jurídico civil mexicano se regula la responsabilidad civil en con-

puesto de partición de herencia, como también en materia de contrato de mandato, etc., sin que medie ello, repito, una conducta culposa, ya sea intencional o negligente, o bien cuando el daño o detrimento patrimonial tiene su fuente en el empleo de mecanismos en sí mismos, peligrosos por la velocidad que desarrollen o por la fuerza explosiva de sus gases, o, finalmente, por una conducta errónea o de buena fe en la que se hace entrega de una prestación que no debió haberse entregado, por no existir un deber jurídico *lato sensu* que así lo hubiese impuesto a la persona que hizo la entrega indebida. La noción de daño ha sido considerada tan importante, tanto en la doctrina argentina como en la española, que ha dado origen a la teoría de daños. Sin embargo, considero que con que ello se pone la atención sólo en uno de los varios elementos que dan base para el planteamiento de la teoría, el que para ser sistemático y, por lo mismo, científico, debiera contemplar todos los elementos en su conjunto, y partir de una teoría unitaria de la responsabilidad civil, como en su momento, hace ya muchos años, fuera visualizada en la doctrina y en el derecho positivo mexicano, por su autor Ernesto Gutiérrez y González, primero, a través de su obra cumbre "Derecho de las Obligaciones", y luego a través de su participación en los proyectos de códigos civiles de Tlaxcala(1976), Quintana Roo(1980), Puebla(1985), y finalmente, en el Código Civil de Jalisco, en cuya Comisión Redactora del mismo, el autor en cita no interviniera de manera directa sino indirecta, al haber inspirado a los integrantes de la Comisión Redactora de dicho ordenamiento civil.

⁸ BUSTAMANTE ALSINAM Jorge, *op. cit.*, p. 93.

tractual y en extracontractual, siguiendo el sistema dualista del Código Civil francés. Lo anterior, conforme al planteamiento siguiente:

A. La responsabilidad civil extracontractual, derivada del hecho ilícito de contrariarse un deber jurídico en *stricto sensu*, y por extensión de sus normas a los que se generan por la violación de una declaración unilateral de voluntad, hipótesis que se regula en el Código Civil de la Ciudad de México, y el Federal, publicado en el año 2000, en su Libro Cuarto, “De las obligaciones”; Primera Parte, “De las obligaciones en general”, título rimero, “Fuentes de las obligaciones”; Capítulo V, “De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos”, en los artículos del 1910 al 1934.

Por lo tanto, el hecho ilícito de violentar un deber jurídico en sentido estricto o una declaración unilateral de la voluntad, se regula como una fuente más de las obligaciones, en este supuesto de carácter indemnizatorio, y, precisamente por ello, ese Capítulo V, de ambos códigos civiles, se denomina “De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos”. Inclusive, hoy en día, por falta de una debida sistematización de la responsabilidad civil, se regula en el artículo 1913 uno de los supuestos de la responsabilidad civil objetiva, por riesgo creado.

B. En cambio, el hecho ilícito que se realiza por violar el contenido de un acto contractual, se regula en los códigos sustantivos antes citados, no como una fuente obligacional en sí, sino como parte de los efectos de las obligaciones. Explico lo anterior.

En el Libro Cuarto «De las Obligaciones», Primera parte, «De las obligaciones en general», título cuarto, se refiere a los «Efectos de las Obligaciones», las cuales se producen entre las partes, como se establece en una sección I, titulada precisamente como «Efectos de las obligaciones entre las partes»; y luego como una Subsección sin número, se regula por el legislador lo relativo al «incumplimiento de las obligaciones», y les destina dos capítulos, a saber: Capítulo I titulado «Consecuencias del incumplimiento de las obligaciones», y el Capítulo II «De la evicción y saneamiento». Todo esto en sus artículos del 2104 al 2184. En total suman 80 artículos.

De ahí que, en los códigos civiles de 2000, en el artículo 2104, cuando en materia contractual se deja de realizar una conducta o prestación de dar, hacer o no hacer, se disponga lo siguiente:

Artículo 2104. El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes:

I. Si la obligación fuere a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste;

II. Si la obligación no dependiere de plazo cierto, se observará lo dispuesto en la parte final del artículo 2080.

El que contraviene una obligación de no hacer pagará daños y perjuicios por el sólo hecho de la contravención.

Si la prestación consiste en una conducta de dar cosa, el legislador establece en el artículo 2107 del ordenamiento sustantivo en cita que: “Artículo 2107. La responsabilidad de que se trata en este Título, además de importar la devolución de la cosa o su precio, o la de entrambos, en su caso, importará la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios.”

De lo anterior se desprende que en la regulación que se hace en los ordenamientos civiles antes citados y en la mayoría de los códigos civiles mexicanos, a excepción de los correspondientes a las entidades federativas de Tlaxcala, Quintana Roo, Puebla y Jalisco⁹ en materia de incumplimiento de un contrato, dicha hipótesis se regula como una más de las consecuencias de las obligaciones convencionales, y no como otro supuesto de hecho ilícito, éste como fuente autónoma de las obligaciones, regulada en el Capítulo V, titulado De las obligaciones que nacen de los actos¹⁰ ilícitos.

Inclusive, como ya apunté antes, por una deficiente sistematización de la responsabilidad civil, las reglas de los hechos ilícitos contempladas en los

⁹ Los Códigos civiles, en los que sí se regula la responsabilidad civil de manera sistemática, son aquellos en los que el Maestro Gutiérrez y González intervino como parte de la Comisión Redactora de los que luego fueron los códigos civiles de Tlaxcala, en 1976, Quintana Roo, en 1980, y Puebla, en 1985; y también, se contiene en el Código civil de Jalisco, en 1995, aunque el autor no intervino en la Comisión Redactora de este Ordenamiento civil, pero, al decir del autor en mención, varias de las personas que integraron dicha Comisión, fueron sus alumnos en la Maestría de Derecho Civil, que impartió en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de dicha Entidad Federativa. Cfr. la obra de Ernesto Gutiérrez y González, *Derecho de las Obligaciones*. Vigésima Primera Edición, Editorial Porrúa, México, D.F., 2015. Apartados 561 al 821.

¹⁰ Téngase presente en este punto, que, de conformidad con la tesis francesa del hecho jurídico en sentido amplio, se han sistematizado los Códigos civiles de 1870, 1884, 1928 y los actuales del año 2000, por lo que, el tema de los hechos ilícitos, conforme a la tesis francesa son considerados “hechos jurídicos en sentido estricto, por conductas del ser humano ilícitas”, y no como “actos jurídicos”, los que sí son regulados como tales, en la sistematización que de los mismos, se lleva a cabo, en la tesis alemana del hecho jurídico en sentido amplio. Cfr. el apartado 9 y siguientes, así, como su cuadro sinóptico, de mi cuarta obra titulada *La Responsabilidad Civil y un atisbo a la patrimonial del Estado mexicano*, la cual, se encuentra en trabajo de edición, y próximamente, a publicarse por Editorial Porrúa, como también, la tercera obra de Raquel Sandra Contreras López, titulada *Derecho Civil. Derecho de Personas y Teoría Integral del Acto Jurídico*, publicada por Editorial Porrúa, en 2016, en la Ciudad de México, en sus apartados del 150 al 172.

ordenamientos civiles en mención, que van de los artículos 1910 a 1934, le resultan aplicables al supuesto del detrimento patrimonial pecuniario o moral originado sin mediar una conducta culposa por intención o por negligencia, esto es, a la llamada responsabilidad civil objetiva por riesgo creado, considerando que la misma se encuentra deficientemente ubicada en el artículo 1913 de dichos ordenamientos.

De lo anterior se evidencia, como ya antes cité, la falta de sistematización que tiene el Código Civil Federal, así como el Código Civil de la Ciudad de México, como la mayoría de códigos civiles mexicanos —con las excepciones que antes anoté, líneas arriba—, al regular la materia de hechos ilícitos y, consecuentemente, la responsabilidad civil subjetiva, ya provenga ésta de violentarse culpablemente, un deber jurídico en sentido estricto o una obligación en sentido amplio, en cualquiera de sus tres especies, como también se evidencia la falta de un trato científico de la responsabilidad civil objetiva, en cualesquiera también de sus tres especies: por conducta permitida por el legislador con la que se puede generar un detrimento patrimonial; la originada por un riesgo creado, o bien a través de una conducta errónea o de buena fe.

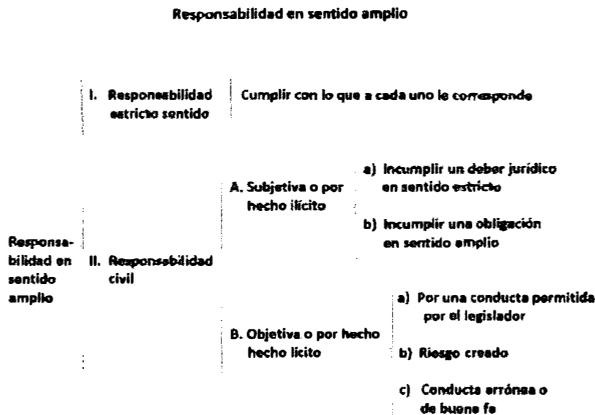
II. DIVERSAS ESPECIES DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Sección I. Responsabilidad *lato sensu*: En un sentido coloquial de la palabra y la responsabilidad civil, y sus diversas especies. Cuadro sinóptico

La palabra responsabilidad viene del verbo responder, y este verbo del vocablo latino *respondere* y su supino *responsum*. Al idioma español pasó esa idea latina en su segundo significado como: “Deuda. Obligación de separar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal”.¹¹

Pero, así como existe una responsabilidad en sentido restringido o coloquial, también existe otra en sentido jurídico la llamada responsabilidad civil. A estos y otros temas más me refiero en este capítulo, conforme al cuadro sinóptico siguiente:

¹¹ “Responsabilidad”, Def. 2e, *Diccionario de la Lengua Española*, Impreso, 1992.



Subsección A. Responsabilidad en un sentido restringido o en sentido coloquial de la palabra

Esta clase de responsabilidad en realidad tiene un significado coloquial, que implica cumplir con lo prometido o con lo que a cada persona le corresponde, y por ello, como consecuencia de la misma, no da origen a un detrimento patrimonial, ni tampoco existe necesidad de indemnizar nada ni a nadie.

Esta responsabilidad **implica que el destinatario del deber jurídico en sentido amplio, ya sea través de un deber jurídico en sentido estricto o de una obligación en sentido amplio, lo cumple de manera voluntaria conforme a lo dispuesto en la ley o con lo que ha prometido**, esto es, aquella **responsabilidad** que asume la persona de observar por su propia voluntad los preceptos contenidos en la ley, verbigracia, la persona que respeta la propiedad privada porque está convencida de que debe respetarla; el que celebra y cumple un contrato, porque está consciente de que debe cumplirlo; el que hace una declaración unilateral de voluntad y la cumple porque sabe que si ofreció algo debe cumplir conforme a lo que ofertó o aquel que sabe que debe indemnizar el detrimento patrimonial, que produjo con su conducta lícita o ilícita, generadora de responsabilidad civil.

Es esta persona **RESPONSABLE**, de la que se escucha decir que es “muy responsable de sus actos o conductas en general”.

A esta responsabilidad, en que se cumple voluntariamente, no se le da ese calificativo “civil”, el cual se reserva únicamente para aquella responsabilidad que se deriva de un detrimento patrimonial, ya sea que se origine

SUBJETIVAMENTE EN UNA CONDUCTA CULPOSA O CONDUCTA ILÍCITA o en una DETERMINACIÓN OBJETIVA DE LA LEY, QUE DETERMINA QUE CIERTAS CONDUCTAS LÍCITAS SON FUENTE DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

Así, en el artículo 2117 de los Códigos civiles de 2000, en su primera parte, al referirse a esta responsabilidad civil, se determina que “La responsabilidad civil puede ser regulada por convenio de las partes...”

En cuanto a los diversos significados del vocablo “responsabilidad”, en un sentido amplio y restringido del término, esto es, en un sentido coloquial de la palabra, y en su sentido jurídico, esto es, como una “responsabilidad civil”, el autor argentino Alterini¹² tiene una idea muy semejante de lo antes expresado, al opinar que:

346. *Sentidos del vocablo responsabilidad.*—La *responsabilidad* puede ser entendida en distintos sentidos:

(1) En una concepción amplia, se puede entender por responsable a todo el que debe cumplir. El vendedor de un cajón de vino, por ejemplo, es responsable *para* hacer efectiva su entrega al comprador y, obviamente, por no hacerla efectiva en caso de incumplimiento. Se abarca así la conducta debida, y la sanción por no adecuarse a ella.

(2) O es dable calificar como responsable al deudor que no ha cumplido y está sujeto a las acciones del acreedor. Al no haber acatado a la *deuda*, esto es, al comportamiento debido como prestación, el acreedor tiene derecho a ejecutarlo *forzadamente*, obtener la ejecución por otro a su costa, o reclamarle indemnización. Este es el tramo de la *responsabilidad* analizado a partir del número 25, que implica la actuación de mecanismos legales para que el acreedor se satisfaga de una u otra manera, en defecto de cumplimiento espontáneo por parte del deudor,

(3) O, en sentido estricto, se dice responsable a quien, por no haber cumplido, se le reclama indemnización. Esta es la acepción que comúnmente se da al concepto, en cuanto concierne al deber de reparar el daño jurídicamente atribuible causado por el incumplimiento.

Alterini¹³ enseguida agrega, con relación al significado que tiene la noción “responsabilidad”, que se clasifica en sentido jurídico del término, esto es, “civil”, que:

347.—Cuando se toman en cuenta los significados (2) y (3), la responsabilidad tiene alcances de *sanción*, desde que se entiende por tal la consecuencia de

¹² ALTERINI, Atilio Aníbal, *op. cit.*, apartado 346, p. 144.

¹³ *Ibidem*, apartado 347, p. 145.

índole jurídica que corresponde a la infracción de un deber (BUSTAMANTE ALSINA); tal consecuencia significa un disvalor (sic) para quien es pasible de ella y, en Derecho civil, el catálogo de sanciones es bien amplio (se sanciona al padre que incumple sus deberes con la pérdida de la patria potestad; al cónyuge transgresor con el divorcio; a quien causa un daño, con la indemnización). Ver número 350.

En tal alcance, la responsabilidad enlaza el deber de reparar frente a otro sujeto. Un criterio (Josserand) entiende, sin embargo, que en realidad la responsabilidad implica una *distribución de daños*, de manera que aquel que deba cargar definitivamente con el daño, aunque sea la propia víctima (sic), ha de ser calificado como responsable. Pero —en palabras de los MAZEAUD— la noción de responsabilidad, hasta etimológicamente (responsable es el que responde), se conecta con la idea de reparación, que tiene el sentido de que el perjuicio es padecido por alguien que es su autor y no por la víctima misma. A lo cual no obsta, por cierto, que no todos los daños sean reparables, y que no siempre el autor sea solvente como para satisfacer efectivamente a la víctima. No por ello dejará de ser responsable.”

Las anteriores ideas de Josserand son las que han dado origen en la doctrina civil a la llamada teoría de daños, pero ello es sólo referir el sistema de la responsabilidad civil a la consecuencia que se origina a través de una conducta lícita o ilícita, que genera un detrimento patrimonial. Por otra parte, la posibilidad o contingencia de que se produzca un daño o un perjuicio o ambos, derivados de una conducta lícita, ha dado base a la teoría del riesgo. Sin embargo, y por consiguiente, a la responsabilidad civil objetiva, tanto una como la otra, son sólo una parte del fenómeno de la responsabilidad civil, de la cual parten tanto la responsabilidad civil subjetiva, como la objetiva.

Subsección B. Responsabilidad “civil” y sus diversas especies.

El presupuesto *sine qua non*, para la existencia de la responsabilidad civil, es la actualización de una conducta lícita o ilícita que genera un detrimento patrimonial, que conforme a la ley resulta necesario serle indemnizado a la víctima del mismo. Por ello, dependiendo del carácter ilícito o lícito de la conducta que originó el detrimento patrimonial, dará lugar a un supuesto de responsabilidad civil subjetiva, o bien a uno de responsabilidad civil objetiva respectivamente.

Ya se vio en el capítulo I el origen de la clasificación de la responsabilidad civil, en contractual y extracontractual, y por qué tiene un fundamento histórico y no científico, por lo que resulta necesario desecharla al ser la misma una fuente de contradicciones en la explicación doctrinal que se

haga de ella, como en su aplicación en el derecho positivo, debiéndose sustituir por la clasificación de ella, en responsabilidad civil subjetiva, fundada en un hecho o conducta ilícita o culposa por intención o en negligencia; y en responsabilidad civil objetiva, cuyo origen es una conducta o hecho lícito que genera un detrimento patrimonial, y que el legislador señala como fuente de responsabilidad civil, como lo propone Ernesto Gutiérrez y González.

Ahora bien, la responsabilidad civil subjetiva también presenta a su vez otra subclasificación: en solidaria y subsidiaria. Lo anterior atendiendo a la pluralidad de sujetos activos o pasivos o de ambos en la obligación indemnizatoria, o bien a cuando ante la imposibilidad que tiene el primer obligado para cumplir con lo que le corresponde, debe cumplir un segundo obligado.

a. *Responsabilidad “civil” subjetiva y objetiva. Su concepto.*

En este apartado hago referencia a la segunda especie de la responsabilidad en un sentido amplio, relativa a la llamada en el ámbito jurídico como “responsabilidad civil”, la que puede provenir de dos fuentes distintas, de una conducta o hecho ilícito o de una conducta o hecho lícito. Así, se tiene a:

a) La responsabilidad “civil” generada por un HECHO ILÍCITO cometido por la persona que debiera cumplir un deber jurídico en sentido estricto o una obligación en sentido amplio, y a la que se le designa como *responsabilidad civil SUBJETIVA*, pues reposa en una idea de culpa, ya sea intencional o negligente; la culpa siempre tiene por fundamento lo subjetivo, y por lo mismo una razón contingente de quien incumple una determinada conducta.

b) La responsabilidad civil generada por un HECHO LÍCITO, que genera un detrimento patrimonial y que tiene como origen la determinación del propio legislador para considerar que cierto supuesto contenido en la ley resulta ser fuente de responsabilidad civil objetiva, por lo que presume la licitud de la conducta de quien da origen al detrimento patrimonial, y por ello se le designa como responsabilidad civil OBJETIVA, pues sólo se atiende para que se le declare como tal la determinación OBJETIVA de la ley, la cual deberá contenerse en ella, de manera expresa, la necesidad de ser indemnizada, si se comprueba por la víctima del detrimento patrimonial que se actualizó la hipótesis contenida en la ley, y que con motivo de ello se le causó un detrimento patrimonial.

Tomando en cuenta las dos especies de responsabilidad civil, el autor Gutiérrez y González¹⁴ propone un concepto en sentido amplio de la misma en los términos siguientes:

¹⁴ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, México, Editorial Porrúa, 2015, apartado 561.

“RESPONSABILIDAD CIVIL ES LA NECESIDAD IMPUESTA POR LA LEY A UNA PERSONA QUE CON UNA CONDUCTA LÍCITA O ILÍCITA GENERÓ UN DAÑO PATRIMONIAL A OTRA (DAÑO O PERJUICIO) QUE CONSISTE EN VOLVER LAS COSAS AL ESTADO QUE TENÍAN ANTES DE LA CONDUCTA DAÑOSA, Y DE NO SER POSIBLE, EN EL PAGO DE DAÑOS Y PERJUICIOS.”

Retomando el concepto del autor en cita, considero que la responsabilidad civil, en sentido amplio o lato sensu, se puede también, conceptualizar como: **LA NECESIDAD JURÍDICA IMPUESTA POR LA LEY EN UN TIEMPO Y LUGAR DETERMINADOS, A AQUELLA PERSONA QUE CON SU CONDUCTA LÍCITA O ILÍCITA, LE GENERÓ A OTRA PERSONA UN DETRIMENTO PATRIMONIAL (PECUNIARIO O MORAL), CONSISTENTE EN VOLVER LAS COSAS AL ESTADO QUE TENÍAN ÉSTAS, ANTES DE LA ACCIÓN U OMISIÓN GENERADORA DE RESPONSABILIDAD CIVIL, Y DE NO SER POSIBLE ELLO, EN EL PAGO DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CORRESPONDIENTES.**

El autor español Enrique Morera Guajardo,¹⁵ con relación a la internacionalización del comercio marítimo, considera que el mismo tiende hacia la uniformidad de la normatividad marítima a través de los usos del ramo y de la regulación general de los contratos, en el que predomina **la responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba**, por la cual el transportista deberá probar que no tuvo culpa en la pérdida total o parcial de la mercancía o en los daños (averías) de la misma.

Pareciera a simple vista que este sistema de **responsabilidad civil subjetiva con inversión de la carga de la prueba**, es extraño al sistema del derecho civil mexicano; sin embargo, sería una conclusión equívoca al no tenerse en cuenta la hipótesis contemplada en el artículo 1929 de los códigos civiles de 2000, el que se encuentra ubicado en el capítulo denominado “De los actos ilícitos”, supuesto que, por otra parte, ha sido regulado en el sistema jurídico español, a través de la labor jurisprudencial,¹⁶ como un supuesto de responsabilidad civil objetiva, por el riesgo que entraña el poseer un animal con ciertas características de peligrosidad.

Como vengo diciendo, en el artículo 1929 de los códigos civiles de 2000 se da la inversión de la carga de la prueba cuando el detrimento patrimonial

¹⁵ MORERA GUAJARDO, Enrique. *Responsabilidad. Concepto jurídico y sus singularidades*, Barcelona, Editorial Ariel, 2010, pp. 50 y 51.

¹⁶ Cfr. en mi obra ya citada, *La Responsabilidad Civil y un atisbo a la patrimonial del Estado mexicano*, apartado 157, los supuestos de responsabilidad civil objetiva, en Derecho mexicano y español.

lo origine un animal bajo el cuidado y responsabilidad de su propietario, es así que se establece que:

Artículo 1929. El dueño de un animal pagará el daño causado por éste, si no probare alguna de estas circunstancias:

- I. Que lo guardaba y vigilaba con el cuidado necesario;
- II. Que el animal fue provocado;
- III. Que hubo imprudencia por parte del ofendido;
- IV. Que el hecho resulte de caso fortuito o de fuerza mayor.

Pero, también, al decir del autor español en cita, en materia de responsabilidad civil objetiva, se da una clase de subespecie en lo concerniente a la *responsabilidad por producto o actividad no especialmente de riesgo o peligrosa*, por lo que la responsabilidad civil objetiva absoluta por riesgo creado se matiza en lo que se ha dado en llamar *responsabilidad estricta relativa*, en la que se presume la responsabilidad objetiva matizada a cargo del productor, cuando se den ciertas circunstancias previstas relativas a que el sujeto productor, en principio responsable, pueda eximirse de la obligación indemnizatoria si llegare a probar que cumplió con el estándar de conducta exigible.¹⁷

¹⁷ Cfr. la obra citada. *Responsabilidad. Concepto jurídico y sus singularidades*, de Enrique Morera Guajardo, en pie de página 45, En la Comunidad europea, surgió en el año de 1993, el denominado *European Group on Tort Law*, por iniciativa del catedrático de la Universidad de Tilburg (Países Bajos) Jaap Spier, quien reunió un grupo de trabajo para analizar las cuestiones referentes al Derecho de daños a nivel comparativo de legislaciones. Se publicaron los resultados entre 1996 y 1998. El grupo de trabajo continuó sus estudios con el proyecto de redactar los “Principios del Derecho de Daños Europeo”, como base de un futuro Derecho de Daños Europeo. En mayo de 2005 el *European Group on Tort Law*, presentó en Viena sus Principios de Derecho Europeo de la responsabilidad civil, en cuyo numeral 4:202. Responsabilidad de la empresa, señala que: (1) La persona que se dedica de modo permanente a una actividad empresarial con fines económicos o profesionales y que emplea auxiliares o equipamiento técnico es responsable de todo el daño causado por un defecto de tal empresa o de lo que en ella se produzca, a no ser que pruebe que ha cumplido con el estándar de conducta exigible. (2) “Defecto” es toda desviación con respecto a los estándares que son razonablemente exigibles a la empresa o a sus productos o servicios.” El autor en cita, con relación de los anteriores Principios, agrega que: “De este modo, y a pesar de que lo transcrito no es derecho positivo y simplemente pretende ser una guía doctrinal, se hace recaer sobre quien ha generado el daño, para exonerar su responsabilidad, la obligación de demostrar que ha actuado, no ya sin culpa, sino con toda la diligencia debida. Como se puede apreciar, se trata prácticamente de imponer al sujeto causante del daño una prueba diabólica o cuasi diabólica por la extrema dificultad que implica tener que probar la realización de la innúmera actividad que rodea previamente cualquier suceso dañoso. En conclusión, si bien conceptualmente se puede hablar de que una inversión de la carga probatoria permite

Existen otras clases o tipos de responsabilidad civil subjetiva en los que se atiende a otros criterios, como al supuesto de que exista pluralidad de acreedores o deudores o de ambos. A ello me refiero enseguida.

b) *Especies de la responsabilidad civil subjetiva. Solidaria y subsidiaria o directa e indirecta, respectivamente*

Ahora bien, para otras clasificaciones de la responsabilidad civil subjetiva se atiende no al origen del detrimento patrimonial, sino a la forma en cómo las partes en un convenio o en una situación jurídica determinada cumplen las obligaciones indemnizatorias a su cargo, cuando el sujeto activo o pasivo o ambos son múltiples, o bien de si el primer obligado se ve en la imposibilidad jurídica de cumplir por lo que le corresponderá al segundo de los obligados. Así, se tiene a la responsabilidad solidaria y a la subsidiaria.

a') *Responsabilidad civil solidaria o directa*

La responsabilidad solidaria o directa es tal al quedar los sujetos deudores obligados en común por el cumplimiento de las obligaciones a su cargo; esta clase de responsabilidad civil con sujetos múltiples puede tener su origen en la voluntad de las partes contratantes, o bien en la ley. En el supuesto de que la solidaridad tenga su fuente en la voluntad de los contratantes, el legislador civil determina que la misma no se presume, sino que debe constar expresamente, porque en caso contrario se presumirá que el cumplimiento de ellas se hará de manera mancomunada. En los códigos civiles de 2000, en su artículo 1988, se determina que:

Artículo 1988. La solidaridad no se presume; resulta de la ley o de la voluntad de las partes.

El autor español Enrique Morera Guajardo,¹⁸ respecto a esta clase de responsabilidad civil, distingue entre responsabilidad civil directa e indirecta, a la que también denomina principal y subsidiaria. Con relación a las clasificaciones anteriores, opina lo siguiente:

La responsabilidad directa es aquella que recae directamente en el autor de la acción u omisión perjudicial, es decir, se impone a la persona causante del daño y es siempre una responsabilidad por hechos propios.

exonerar la obligación de resarcimiento, vía la demostración de la inexistencia de culpa, atenuándose la concepción objetivista de responsabilidad como estricta relativa, lo cierto es que en el terreno práctico y de su consideración por los tribunales tal distinción apenas se sostiene.² MORERA GUAJARDO, Enrique, *op. cit.*, pp. 46 y 47.

¹⁸ *Ibidem*, apartado 3.4.1., p. 120.

A *sensu contrario* (sic) la responsabilidad indirecta se produce cuando se obliga al resarcimiento del dolo a una persona que no es el agente productor de hecho u omisión dañosa. Tal como se desarrolló en líneas anteriores, podrán ser eventualmente responsables indirectos: los padres de familia por las actuaciones de sus hijos, los empresarios por las actuaciones de sus dependientes y, en general, todas aquellas personas que tengan a su cargo al causante o causantes del daño.”

A diferencia de la solidaridad voluntaria, en otras ocasiones, es el propio legislador el que impone un cumplimiento solidario de la posible responsabilidad civil, cuando la misma se origine en el incumplimiento de un deber jurídico en sentido estricto o de una obligación en sentido amplio, al existir pluralidad en los sujetos que se encuentran en la necesidad de observar un contenido normativo.

Como ejemplo de una obligación indemnizatoria de carácter solidario, originada en el hecho ilícito de incumplir un deber jurídico en sentido estricto, se tiene en lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 323, en el que se prevé que:

Artículo 323. En casos de separación o de abandono de los cónyuges, el que no haya dado lugar a ese hecho podrá solicitar al juez de lo familiar que obligue al otro a seguir contribuyendo con los gastos del hogar durante la separación, en la proporción en que lo venía haciendo hasta antes de ésta; así como también, satisfaga los adeudos contraídos en los términos del Artículo 322. Si dicha proporción no se pudiera determinar, el juez de lo familiar fijará la suma mensual correspondiente y dictará las medidas necesarias para asegurar su entrega y el pago de lo que ha dejado de cubrir desde la separación.

Toda persona a quien, por su cargo, corresponda proporcionar informes sobre la capacidad económica de los deudores alimentarios, está obligada a suministrar los datos exactos que le solicite el Juez de lo Familiar; de no hacerlo, será sancionada en los términos establecidos en el Código de Procedimientos Civiles y **responderá solidariamente con los obligados directos de los daños y perjuicios que cause al acreedor alimentista por sus omisiones o informes falsos.**

Las personas que se resistan a acatar las órdenes judiciales de descuento, o auxilien al deudor a ocultar o simular sus bienes, o a eludir el cumplimiento de las obligaciones alimentarias, son responsables en los términos del párrafo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto por otros ordenamientos legales.

El deudor alimentario deberá informar de inmediato al Juez de lo Familiar y al acreedor alimentista cualquier cambio de empleo, la denominación o razón social de su nueva fuente de trabajo, la ubicación de ésta y el puesto o cargo que desempeñará, a efecto de que continúe cumpliendo con la pensión alimenticia decretada y no incurrir en alguna responsabilidad.

De la norma en cita se desprende la figura que yo denomino el “chismo-so”, por disposición del legislador, quien de no hacer lo que dispone a su cargo, éste será responsable solidario con los obligados directos de proporcionar alimentos.

Otro supuesto se tiene en materia de la tutela cuando existen varios tutores en el ejercicio de la misma, conforme a lo dispuesto en el artículo 530 de los ordenamientos civiles en cita, en el que se dispone que:

Artículo 530. Si fueren dos los tutores, la garantía será dada por partes iguales, salvo que acuerden otra cosa. *Los tutores responderán solidariamente ante el incapaz.* El Juez responde subsidiariamente con el tutor, de los daños y perjuicios que sufra el incapacitado por no haber exigido que se caucione el manejo de la tutela.

En materia de gestión de negocios, cuando exista una pluralidad en los gestores, todos ellos serán solidariamente responsables con el dueño del asunto del detrimento patrimonial que le pudieran causar a éste, en los términos del artículo 1901, en el que se dispone que:

Artículo 1901. Si el gestor delegare en otra persona todos o algunos de los deberes de su cargo; responderá de los actos del delegado, sin perjuicio de la obligación directa de éste para con el propietario del negocio.

La responsabilidad de los gestores, cuando fueren dos o más, será solidaria.

En el ámbito de los hechos ilícitos, se establece en el artículo 1917 de los códigos civiles de 2000 que aquellas personas que hayan causado en común un detrimento patrimonial a otra persona, serán solidariamente responsables para con ella conforme a lo siguiente:

Artículo 1917. Las personas que han causado en común un daño, son responsables solidariamente hacia la víctima por la reparación a que están obligadas de acuerdo con las disposiciones de este Capítulo.

En el supuesto de la prestación de dar una cosa por varios obligados, cada uno de ellos responderá en forma proporcional, excepto cuando cada uno de ellos se hubiere obligado solidariamente, de acuerdo a la regla contenida en materia de obligaciones solidarias prevista en el artículo 1988, y también conforme a la fracción I, del artículo 2026, en el que se dispone que:

Artículo 2026. Si fueren varios los obligados a prestar la misma cosa, cada uno de ellos responderá, proporcionalmente, exceptuándose en los casos siguientes:

I. Cuando cada uno de ellos se hubiere obligado solidariamente;

Otros supuestos de responsabilidad solidaria el legislador civil los prevé con motivo del incumplimiento de una obligación convencional en los contratos de arrendamiento, comodato, mandato, prestación de servicios profesionales y de sociedad civil. A los anteriores supuestos me refiero enseguida.

En materia de arrendamiento, el legislador civil establece una responsabilidad solidaria, entre el subarrendador y el subarrendatario a favor del arrendador, cuando el arrendatario subarriende o ceda los derechos que tenga en tal carácter sin la autorización del aquél, conforme a lo dispuesto en el artículo 2480, en el que se prevé que:

Artículo 2480. El arrendatario no puede subarrendar la cosa arrendada en todo, ni en parte, ni ceder sus derechos sin consentimiento del arrendador; si lo hiciere, responderá solidariamente con el subarrendatario, de los daños y perjuicios.

En el contrato gratuito de comodato, cuando fueren varios los comodatarios, estos son solidariamente responsables para con el comodante de las obligaciones derivadas del contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 2510, en el que se dispone:

Artículo 2510. Siendo dos o más los comodatarios, están sujetos solidariamente a las mismas obligaciones.

En el contrato de mandato, cuando varias personas encomendaren a varios mandatarios la realización de un asunto, aunque sea en un solo acto, estos sólo serán responsables para con los mandantes si se hubieren obligado en forma expresa a ello, de conformidad con lo previsto en el artículo 2573 en el que se dispone que:

Artículo 2573. Si se confiere un mandato a diversas personas respecto de un mismo negocio, aunque sea en un sólo acto, no quedarán solidariamente obligados si no se convino así expresamente.

Pero, en sentido contrario, si fueren varios los mandantes los que nombraren a un solo mandatario para la realización de un asunto común, todos ellos serán responsables solidariamente para con el mandatario del pago de las prestaciones derivadas del contrato, de acuerdo a lo previsto en el artículo 2580 de los Códigos civiles de 2000 en el que prevé que:

Artículo 2580. Si muchas personas hubiesen nombrado a un solo mandatario para algún negocio común, le quedan obligadas solidariamente para todos los efectos del mandato.

El criterio que el legislador sigue en el contrato de mandato, se aplica en el de prestación de servicios profesionales, en el que se determina en el artículo 2611, de los ordenamientos civiles antes citados, que si varias personas encomendaren la atención de un asunto a un profesor o profesional, todas ellas serán responsablemente solidarias del pago de sus honorarios profesionales, conforme a lo siguiente:

Artículo 2611. Si varias personas encomendaren un negocio, todas ellas serán solidariamente responsables de los honorarios del profesor y de los anticipos que hubiere hecho.

En cambio, si fueren varios 54 uno podrá cobrar los servicios que en forma individual hubieren prestado a los clientes, conforme a lo previsto en el artículo 2612, siguiente, el que se dispone:

Artículo 2612. Cuando varios profesores en la misma ciencia presten sus servicios en un negocio o asunto, podrán cobrar los servicios que individualmente haya prestado cada uno.

En el contrato de sociedad civil, los socios administradores son responsables subsidiarios de las obligaciones sociales, pero, entre ellos, son responsables solidarios del cumplimiento de las mismas hasta el monto de su aportación salvo prueba en contrario, de acuerdo a lo previsto en el artículo 2704 de los códigos civiles de 2000, en el que dispone:

Artículo 2704. Las obligaciones sociales estarán garantizadas subsidiariamente por la responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios que administren; los demás socios, salvo convenio en contrario, sólo estarán obligados con su aportación.

Y este tema, de la responsabilidad civil solidaria o cargo de varios responsables, el autor español Enrique Morera Guajardo,¹⁹ hace notar la distinción que existe en el derecho español, *entre la responsabilidad civil objetiva absoluta que se predica respecto a las “actividades peligrosas”, y la responsabilidad civil objetiva “estricta relativa” que matiza a la primera*, al no implicar una actividad especialmente de riesgo o peligrosa, en la que el sujeto responsable pudiera, en algunos casos, ser eximido de la responsabilidad indemnizatoria, y la cual da a su vez oportunidad para resaltar en el sistema jurídico español, la actualización de un supuesto de *responsabilidad civil objetiva de carácter solidario*, al señalar lo siguiente:

¹⁹ MORERA GUAJARDO, Enrique, *op. cit.*, p. 45.

“La responsabilidad del productor de los bienes defectuosos y del distribuidor de los mismos es solidaria frente a los perjudicados, debiendo, en principio, ser probados por el consumidor los defectos, el daño y la relación de causalidad entre ambos, bien frente al productor o bien frente al distribuidor del producto defectuoso —cuando éste haya suministrado el producto a sabiendas de la existencia del defecto—, pudiendo éste en cualquier caso repetir y regresar la acción de responsabilidad contra el productor.

Los daños a los que dicha Ley da cobertura son tanto los personales, incluida la muerte o lesiones corporales, como los materiales, siempre que éstos(sic) afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados, pudiendo el productor exonerar su responsabilidad probando:

- Que no había puesto en circulación el producto;
- Que el defecto no existía en el momento en el que se puso en circulación;
- Que el producto no fue fabricado para la venta o cualquier forma de distribución;
- Que el defecto se debe al cumplimiento de normas imperativas;
- Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía anticipar la existencia del defecto.

Este último supuesto, no podrá ser invocado cuando los productos de los que se trate sean medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano y, en cualquier caso, serán ineficaces frente al perjudicado las cláusulas de exoneración o de limitación de la responsabilidad civil prevista en la referida Ley.²⁰

Cabe destacar la habilitación de la Ley para que el Gobierno, previa audiencia de los interesados y de las asociaciones de consumidores y usuarios, decrete la obligación de contratación de un seguro de responsabilidad civil a cargo de los productores de un específico producto que cubra total o parcialmente los daños consistentes en muerte, intoxicación y lesiones personales. Como se indicaba el imparable progreso de la concepción objetiva de la responsabilidad, si bien en su noción atenuada (estricta relativa), incide no sólo en el ámbito productivo sino que incluso alcanza al de prestación de servicios.

²⁰ La ley a la que el autor Morera Guajardo hace mención en la obra que ahora se cita, se titula Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias en desarrollo del artículo 51.1 y 2 de la Constitución, que de acuerdo a la mencionada cita he de concluir que se refiere a la española, agregando el autor español que la misma viene a ser una obligada transposición y adecuación al derecho positivo español, de la Directiva 85/374 del 5 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, *ob. cit.*, Apartado 2.1.3., p. 44.

Así, en el artículo 4:202 (“Responsabilidad de las empresas”) de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (European Group on Tort Law), se quiebra abiertamente el principio general de que quien sufre el daño y reclama, debe probar la culpa del demandado, invirtiéndose, de este modo, y como se ha señalado, el tradicional fundamento sobre la carga probatoria.

Es necesario resaltar que esta clase de responsabilidad civil, en el sistema jurídico mexicano, *sigue considerándose de naturaleza subjetiva al encontrarse la prueba de la conducta ilícita a cargo de la víctima del hecho ilícito*.

Esta clase de responsabilidad civil contemplada como “objetiva” en el derecho civil español, por las referencias del autor Morera Guajardo, es considerada de naturaleza subjetiva en el ámbito del derecho civil mexicano, pero también a la misma se le considera con un carácter solidario, bajo el principio que establece que serán responsables de manera solidaria aquellas personas físicas o morales —denominadas “jurídicas”, en el sistema jurídico europeo—, cuando en común hubiesen causado un detrimento patrimonial a otra persona. Sin embargo, aun siendo evidente el avance de la responsabilidad civil objetiva en el sistema jurídico europeo, la misma puede verse atenuada con la inversión de la carga de la carga, considerando para ello que la víctima del mismo está en la necesidad de probar los defectos del producto, y no tan solo el daño que sufrió y la relación de causalidad entre ambos, que por otra parte vienen a ser también los presupuestos indispensables para la llamada responsabilidad patrimonial del Estado mexicano, la que surge a partir del detrimento patrimonial originado a un particular con motivo de la conducta irregular por acción u omisión de un empleado o servidor público administrativo al servicio del Estado mexicano, que deberá ser probada por la víctima del detrimento patrimonial.

A lo anterior me vuelvo a referir en el capítulo III de este artículo, concerniente a la responsabilidad civil objetiva en donde hago un análisis, por demás breve, sólo para atisbar la naturaleza jurídica de la llamada —por los doctrinarios de origen nacional y extranjero, como también por el derecho positivo administrativo—, responsabilidad patrimonial del Estado mexicano.

b’) Responsabilidad civil subsidiaria o indirecta

La responsabilidad subsidiaria es aquella de la que se responde en un segundo lugar, esto es de manera indirecta cuando el obligado principal no pueda responder de la indemnización respectiva, verbigracia, porque se encuentre en estado de incapacidad o de insolvencia, y un supuesto de ella se contiene precisamente en el artículo 2704 antes transcrito, en el que se prevé, por el legislador civil, que en caso de que la persona moral no pueda

responder del cumplimiento de las obligaciones sociales, lo hagan de manera solidaria los socios administradores.

Con relación a la responsabilidad subsidiaria o indirecta, el autor español Morera Guajardo²¹ opina que:

La responsabilidad principal es aquella que es exigible en primer término. Por contraste, la responsabilidad subsidiaria es aquella que surge por defecto.

Es decir, una persona responde en defecto del principal obligado a responder cuando el deber impuesto al que es responsable principal: no le sea exigible por su condición (por ejemplo, esté incapacitado), o no lo cumpla, o no lo pueda cumplir.

La generación de un daño constituye el presupuesto necesario para que entre en juego la responsabilidad de aquellas personas que están obligadas a responder en defectos de otras.

En principio el tercero perjudicado ha de dirigirse primero contra el causante material del daño u 'obligado principal', y si éste no repara el perjuicio que con su conducta haya ocasionado —como sería el caso de que no indemnizara económicamente los daños causados por encontrarse en un situación de insolvencia total o parcial— el perjudicado podrá dirigirse contra el responsable subsidiario o 'segundo obligado'.

Otro supuesto de responsabilidad subsidiaria es el contemplado en materia de accesión a cargo del dueño del terreno en el que se edificó, planto o sembró sin mala intención de quien lo hizo; ello cuando éste no tenga bienes suficientes para pagarle al dueño de los bienes muebles agregados al terreno, o bien cuando lo edificado, sembrado o plantado beneficie al dueño del mismo conforme al artículo 906, también, de los códigos civiles de 2000, en el que se dispone que:

Artículo 906. Si los materiales, plantas o semillas pertenecen a un tercero que no ha procedido de mala fe, el dueño del terreno es responsable subsidiariamente del valor de aquellos objetos, siempre que concurren las dos circunstancias siguientes:

I. Que el que de mala fe empleó materiales, plantas o semillas, no tenga bienes con qué responder de su valor;

II. Que lo edificado, plantado o sembrado aproveche al dueño.

Otro supuesto más de responsabilidad subsidiaria se tiene en el artículo 530, del Código Civil para el Distrito Federal, en el que el legislador civil establece una responsabilidad solidaria a cargo de los tutores cuando estos

²¹ MORERA GUAJARDO, *op. cit.*, apartado 3.4.2., p. 120.

sean dos respecto de la garantía que deben de otorgar a partes iguales, a efecto de garantizar su debido desempeño, por lo que el juez que conozca del asunto será responsable subsidiario con el tutor o tutores de los daños y perjuicios que se le pudieran causar al incapacitado, por no haberles exigido que garantizaran el ejercicio de la tutela. Lo anterior, conforme a los términos siguientes:

Artículo 530. Si fueren dos los tutores, la garantía será dada por partes iguales, salvo que acuerden otra cosa. Los tutores responderán solidariamente ante el incapaz. *El Juez responde subsidiariamente con el tutor, de los daños y perjuicios que sufra el incapacitado por no haber exigido que se caucione el manejo de la tutela.*

Por último, el legatario, al ser un sucesor a título particular, no tendrá más cargas que le imponga el testador y sólo responderá subsidiariamente a los herederos por el cumplimiento de las mismas, conforme a lo previsto en el artículo 1285, que prevé que:

Artículo 1285. El legatario adquiere a título particular y no tiene más cargas que las que expresamente le imponga el testador, sin perjuicio de su responsabilidad subsidiaria con los herederos.

En cuanto a la responsabilidad civil subjetiva, en el ámbito de la doctrina española, el autor Enrique Morera Guajardo,²² con motivo de la prestación de servicios electrónicos, respecto del llamado *blogger*, la subclasifica en:

La responsabilidad puede ser *directa* del prestador del servicio por infracción de las normas legales que rigen específicamente su actuación o *subsidiaria* cuando el medio técnico del que es responsable es utilizado por tercero.

Imaginemos un prestador de servicios (*blogger*) con un blog o foro abierto a noticias y comentarios en el cual se vierten presuntas calumnias o injurias o amenazas, y por tanto, objeto de posible responsabilidad penal.

En principio, el responsable penal sería el autor de los comentarios, *siendo el blogger responsable civil subsidiario por permitir la publicación*, salvo que probase, en una auténtica *probatio diabólica*, que:

- No tenía conocimiento de que la información fuese ilícita o perjudicase a terceros.
- Si la tenía, actuó con diligencia para retirar o impedir el acceso a la información perjudicial.

²² *Ibidem*, p. 117.

Subsección C. Responsabilidad civil subjetiva o generada en un hecho ilícito. Concepto.

Como ya quedó anotado en los apartados anteriores, la esencia del hecho ilícito en cualquiera de sus especies es: La conducta culposa, ya sea ésta intencional, o bien originada en una conducta negligente.

Enseguida, procedo a hacer el análisis del concepto de responsabilidad civil subjetiva, en lo general, sin hacer distinción de cuando la misma proviene de violar un deber jurídico en sentido estricto o una obligación en sentido amplio, en cualquiera de sus tres subespecies, ya sea a través de una obligación en sentido estricto originada en una declaración unilateral de la voluntad o en una obligación convencional derivada de un contrato o, finalmente, en una obligación indemnizatoria, ya provenga ésta de una conducta, ilícita o lícita, que ha generado un detrimento patrimonial, lo anterior considerándose que elemento común en cada una de las hipótesis de hecho ilícito es la culpa, ya sea ésta intencional o negligente.

En el Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1871,²³ en su artículo 301, se dispuso: “La responsabilidad civil proveniente de un hecho u omisión contrarios a una ley penal, consiste en la obligación que el responsable tiene de hacer: I. La restitución; II. La reparación; III. La indemnización; IV. El pago de gastos judiciales.”

Bonasi, autor citado por el Maestro Gutiérrez y González, dice que esta responsabilidad ha sido definida como la obligación de soportar la reacción que el ordenamiento jurídico vincula al hecho dañoso.²⁴

Mazeaud afirma que la responsabilidad es una sanción que consiste en la obligación para quien ha causado un daño a otro, de reparar ese daño.²⁵ Como apunta el mismo Maestro Gutiérrez y González,²⁶ este concepto es inexacto por amplio.

Por otra parte, Kelsen,²⁷ al hacer la distinción entre responsabilidad y obligación, afirma que:

²³ Al tema de la responsabilidad civil, originada a través de un ilícito penal, y de las diversas formas de indemnizarla, me refiero en la Parte Segunda de mi obra, titulada *La Responsabilidad Civil, y un atisbo a la patrimonial del Estado mexicano*.

²⁴ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *op. cit.*, apartado 562.

²⁵ MAZEAUD, Henri y León, y J. *Lecciones de Derecho civil*. Vol. I. Parte Primera. No. 342., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959. p. 505.

²⁶ *Idem*.

²⁷ KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1977, p. 93.

También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Más adelante, el autor alemán²⁸ agrega al respecto que: “La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada.”

La opinión de Kelsen,²⁹ respecto a la distinción entre responsabilidad y obligación, uno de los fundamentos de su teoría pura, contempla otra de las fuentes de la responsabilidad civil, cuando la misma no se origina en la conducta del propio obligado, sino en la conducta de una persona incapaz por minoría de edad o por una declaración de interdicción que se encuentra bajo su cuidado conforme a la determinación de la ley o, finalmente, cuando el detrimento proviene de una cosa o animal que el obligado posee.

Para el autor Ricardo Treviño García,³⁰ la responsabilidad civil:

...es la obligación que se impone a una persona de reparar al daño que ha causado a otra, por su falta o por la actividad de otras personas que están bajo su cuidado o vigilancia, o por el daño ocasionado por las cosas o animales que le pertenecen y que ella debe responder por ser su propietario.

El autor en cita³¹ refiere el concepto anterior, a la responsabilidad civil subjetiva como a la objetiva, por riesgo creado, al afirmar enseguida que: “Tal como lo precisamos cuando desarrollamos lo referente a la responsabilidad civil por hechos ilícitos o por el riesgo creado.”

Si bien en el concepto antes transcrito de responsabilidad civil, el propio Treviño García la refiere tanto a la responsabilidad civil subjetiva como a la objetiva, considero que sólo hace mención a los elementos de la responsabilidad civil subjetiva por hechos ilícitos propios o cometidos por personas bajo su cuidado o vigilancia, o bien de cosas o animales propiedad de quien debe responder de ellas, pero no al supuesto de la responsabilidad civil objetiva.

²⁸ *Idem.*

²⁹ *Idem.*

³⁰ TREVIÑO GARCÍA, Ricardo, *Teoría General de las Obligaciones*, México, McGraw-Hill Interamericana, 2007, p. 319.

³¹ *Idem.*

Para el Maestro Ernesto Gutiérrez y González,³² la responsabilidad civil subjetiva o por hecho ilícito puede ser conceptualizada como la:

...CONDUCTA QUE IMPLICA EN RESTITUIR LAS COSAS AL ESTADO QUE TENÍAN Y DE NO SER POSIBLE, EN LA RESTITUCIÓN DEL DETRIMENTO PATRIMONIAL (DAÑO Y/O PERJUICIO) GENERADO POR UNA ACCIÓN U OMISIÓN DE QUIEN LO COMETIÓ POR SÍ MISMO, O ESA ACCIÓN U OMISIÓN PERMITIÓ QUE SE CAUSARA EL DETRIMENTO, POR PERSONAS A SU CUIDADO, O COSAS QUE POSEE, Y QUE ORIGINÓ CON ELLO LA VIOLACIÓN CULPABLE DE UN DEBER JURÍDICO STRICTO SENSU, O DE UNA OBLIGACIÓN LATO SENSU PREVIA, EN CUALQUIERA DE SUS DOS ESPECIES.

Por mi parte, retomando también el concepto aportado por autor en cita, defino a la responsabilidad civil subjetiva o por hecho ilícito como la “...CONDUCTA QUE CONSISTE EN:

A) RESTITUIR LAS COSAS AL ESTADO QUE TENIAN ANTES, DE QUE SE GENERARA EL DETRIMENTO PATRIMONIAL (PECUNIARIO O MORAL), QUE SE ORIGINÓ POR LA REALIZACIÓN DE UNA CONDUCTA ILÍCITA INTENCIONAL O NEGLIGENTE, Y DE NO SER POSIBLE ELLO, EN:

B) LA RESTITUCIÓN O PAGO DEL DETRIMENTO PATRIMONIAL (DAÑO Y/O PERJUICIO) GENERADO POR:

a) UNA ACCIÓN U OMISIÓN DE QUIEN LO COMETIÓ POR SÍ MISMO, O BIEN,

b) CUANDO POR ESA ACCIÓN U OMISIÓN PERMITIÓ QUE SE CAUSARA EL DETRIMENTO PATRIMONIAL POR PERSONAS A SU CUIDADO O COSAS QUE ÉSTE POSEE,

C) Y QUE ORIGINÓ CON ELLO, LA VIOLACIÓN CULPABLE POR INTENCIÓN O POR NEGLIGENCIA, DE UN DEBER JURÍDICO STRICTO SENSU O DE UNA OBLIGACIÓN LATO SENSU PREVIA, EN CUALESQUIERA DE SUS TRES ESPECIES.”

Los dos conceptos anteriores tienen un carácter descriptivo, por ello la amplitud de los mismos; sin embargo, será más fácil comprenderlos si se analiza cada uno de sus elementos, lo que se hace a continuación.

Fue allá por el año de 1959, agregó el autor,³³ en que empezó definitivamente a pensar que lo que estaba mal era considerar a una violación de un contrato como una responsabilidad contractual, cuando precisamente esa responsabilidad llamada contractual de manera absurda, surge cuando

³² GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, apartado 562.

³³ *Idem.*

el contrato ha sido violado o incumplido, por lo que el incumplir un contrato no es precisamente una violación que se derive de la normatividad natural al contrato, sino de una conducta ilícita fuera del mismo.

Por otra parte, tampoco le satisfacía explicar en clase que la conducta o hecho ilícito de una persona, como una fuente autónoma más de obligaciones, se le tuviera que referir como un supuesto de responsabilidad “extracontractual”.

Así, el maestro Gutiérrez y González³⁴ concluyó su argumentación en el sentido de que el hecho ilícito constituye una fuente obligacional autónoma, por lo que no existe razón alguna para referirla al contrato y con ello hacer distinción entre “responsabilidad extracontractual y responsabilidad contractual”, en lugar de hablar sólo de “responsabilidad civil subjetiva”, lo que viene a ser lo correcto técnicamente hablando.

De ahí que, el autor en cita,³⁵ al empezar a elaborar su teoría unitaria de los hechos ilícitos, al mismo tiempo fue construyendo su tesis de los deberes jurídicos, encontrando con ello que tan ilícito era violar un deber jurídico *stricto sensu*, como violar una obligación previa en cualesquiera de sus dos aspectos.

Subsección D. Responsabilidad civil objetiva o generada en un hecho ilícito. Concepto.

Y más adelante completó su teoría unitaria de la responsabilidad civil, cuando aplicó las bases que ya había sistematizado para la responsabilidad civil subjetiva, a la llamada responsabilidad civil “por riesgo creado”, una especie más de responsabilidad civil objetiva, pero no la única,³⁶ como lo hizo notar el maestro Gutiérrez y González.

Fue así que, al dedicarse al estudio de ésta, encontró que en el Código Civil se presentan variados casos en los cuales se establece en dicho ordenamiento sustantivo la necesidad que tiene una persona de cubrirle a otra una indemnización con motivo del detrimento patrimonial que se le causado, pero sin haber incurrido en culpa, substancia del hecho ilícito, sino tan sólo por mediar una conducta lícita autorizada en la propia ley a su favor.

Es así como Gutiérrez y González sistematizó la denominada responsabilidad civil objetiva, a partir de sus tres importantes especies, y como parte de la misma reflexión científica propuso el concepto siguiente de ella en los términos siguientes:

³⁴ *Ibidem*, apartad● 20, p. 34.

³⁵ *Idem*.

³⁶ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernest●, *op. cit.*, apartados 801 al 809.

RESPONSABILIDAD OBJETIVA ES LA NECESIDAD JURIDICA QUE TIENE UNA PERSONA LLAMADA OBLIGADO-DEUDOR, DE CUMPLIR VOLUNTARIAMENTE A FAVOR OTRA PERSONA, LLAMADA ACREEDOR, QUE LE PUEDE EXIGIR, LA RESTITUCION DE UNA SITUACION JURIDICA AL ESTADO QUE TENIA, Y QUE LE CAUSA UN DETRIMENTO PATRIMONIAL, ORIGINADO POR: A.—UNA CONDUCTA O UN HECHO PREVISTO POR LA LEY COMO OBJETIVAMENTE DAÑOSO; B.—EL EMPLEO DE UN OBJETO QUE LA LEY CONSIDERA EN SI MISMO PELIGROSO, O C.—POR LA REALIZACION DE UNA CONDUCTA ERRONEA, DE BUENA FE.

Siguiendo en gran medida el concepto de responsabilidad civil objetiva aportado por el maestro Gutiérrez y González, pero con los agregados que le hago al mismo, el cual doy en el apartado 51 de mi obra “La Responsabilidad Civil y un atisbo a la patrimonial del Estado mexicano”, considero que la responsabilidad civil objetiva puede conceptualizarse como:

LA NECESIDAD JURÍDICA QUE TIENE UN SUJETO LLAMADO OBLIGADO—DEUDOR, DE CUMPLIR VOLUNTARIAMENTE A FAVOR DE OTRA PERSONA LLAMADA ACREEDOR, QUE LE PUEDE EXIGIR LA RESTITUCIÓN DE UNA SITUACIÓN JURÍDICA AL ESTADO QUE TENÍA LA MISMA, AL MOMENTO DE PRODUCIRSE SIN SU CULPA, LA VIOLACIÓN DE UN DEBER JURÍDICO STRICTO SENSU O DE UNA OBLIGACIÓN LATO SENSU, POR: a”). UNA CONDUCTA O HECHO PREVISTO O PERMITIDO POR EL LEGISLADOR A TRAVÉS DE UN DERECHO SUBJETIVO, PERO, QUE LA LEY CALIFICA COMO OBJETIVAMENTE DAÑOSO EN SÍ MISMO, b”).—O BIEN, POR EL EMPLEO DE UN OBJETO QUE LA LEY CONSIDERA OBJETIVAMENTE PELIGROSO O c”).—BIEN FINALMENTE, POR LA REALIZACIÓN DE UNA CONDUCTA ERRÓNEA O DE BUENA FE.

Las especies de responsabilidad civil objetiva que se desprenden de la lectura de los anteriores conceptos, los desarrollo en el apartado 464 de mi obra “La Responsabilidad Civil y un atisbo a la patrimonial del Estado mexicano”.³⁷ Lo anterior fue resultado de hacer un recuento histórico de su evolución desde el derecho romano, de su regulación, aunque no sistematización, en los códigos civiles de 1870, 1884, 1928 y 2000; y en gran medida siguiendo las referencias que el autor de la teoría unitaria de la responsabilidad civil, el

³⁷ La cuarta obra de la autora de este artículo, titulada “La Responsabilidad Civil y un atisbo a la patrimonial del Estado mexicano”, se encuentra en trabajo de edición y será publicada próximamente por Editorial Porrúa.

maestro Gutiérrez y González, hiciera en su libro “Derecho de las Obligaciones”, si bien anotando en cada caso algunas diferencias de criterio.

Con el estudio sistemático del Código Civil que hiciera el maestro Gutiérrez y González, encontró supuestos de responsabilidad civil objetiva en materia de servidumbres, tesoro, enriquecimiento ilegítimo, pago de lo indebido, en el contrato de mandato, casos en los que se debe responder de un daño, sin haberse generado éste en una conducta culposa, intencional o negligente.

La autora de este artículo, siguiendo los pasos del maestro Ernesto Gutiérrez y González, ha localizado otros supuestos más de responsabilidad civil objetiva por conductas permitidas por el legislador, los que ha ubicado, verbigracia, en materia de partición de herencia, saneamiento por vicios ocultos.

Sección II. Teoría Unitaria de la Responsabilidad Civil, por Ernesto Gutiérrez y González

Ahora bien, el maestro Gutiérrez y González,³⁸ con los elementos provenientes de la sistematización que ya había llevado a cabo de las conductas ilícitas y lícitas, con las que se puede originar un detrimento patrimonial como etapa final de su estudio, elaboró su teoría unitaria de la responsabilidad civil.

Lo anterior le permitió al autor concluir que la responsabilidad civil es un género, en el cual ubicó tres diferentes especies,³⁹ sin embargo, yo considero, luego también de llevar a cabo mi propio estudio y reflexión sobre la materia, que una especie más corresponde a la responsabilidad civil subjetiva de infringir una obligación indemnizatoria, por lo tanto se pueden dar los supuestos siguientes:

a) La responsabilidad civil que proviene de cometer el *hecho o conducta ilícita* de violar un deber jurídico *stricto sensu* o una obligación *lato sensu*, en su especie obligación *stricto sensu*, a través de una declaración unilateral de voluntad.

b) La responsabilidad civil que proviene de cometer el *hecho o conducta ilícita* de violar una obligación *lato sensu*, en su especie obligación convencional generada de un contrato.

c) Inclusive, la responsabilidad civil subjetiva que surge de violentar ilícitamente una obligación indemnizatoria a favor de la víctima del hecho

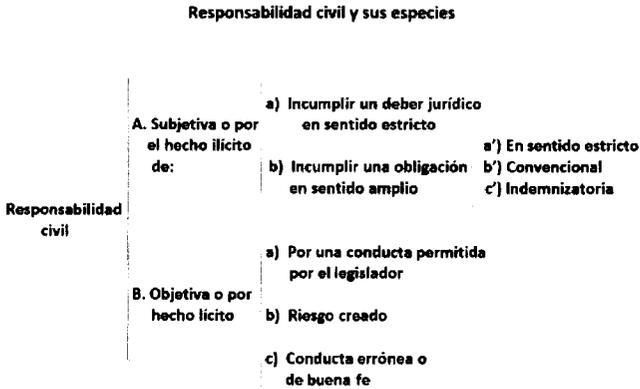
³⁸ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, apartado 20, p. 34.

³⁹ *Idem.*

ilícito o lícito que le ha generado un detrimento patrimonial, supuesto éste que la autora de este libro lo agrega al planteamiento original.⁴⁰

d) La responsabilidad civil que proviene de realizar un *hecho o conducta lícita*, autorizada por la ley, con la que se origina un detrimento patrimonial a otra persona, por lo que se le debe de indemnizar.

Los anteriores supuestos de responsabilidad civil quedan claros en el cuadro sinóptico siguiente:



Sección III. Sistematización de la responsabilidad civil en el Derecho Positivo mexicano, en subjetiva y objetiva, a partir de la publicación del Código Civil de la Entidad Federativa de Tlaxcala, en el año 1976.

En el sistema jurídico mexicano, como ya se apuntó antes, fue el autor Ernesto Gutiérrez y González quien propuso la sistematización en cuestión, a finales de los años 60, en su obra “Derecho de las Obligaciones”. Pero también lo hizo a través de las diversas Cátedras que impartiera en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México desde el año 1952 hasta un año antes de su fallecimiento. Y a partir del año de 1976, el jurista mexicano logró por primera vez incluir su propuesta de teoría unitaria de la responsabilidad civil en el Código Civil de la Entidad Federativa

⁴⁰ El anterior supuesto, no lo contempló el maestro Gutiérrez y González en la sistematización que hizo de la obligación indemnizatoria por hecho ilícito, pero, en aras de dar una mayor sistematización tanto a su teoría del deber jurídico en sentido amplio, como a los supuestos de hechos ilícitos y, consecuentemente, de las hipótesis que pueden dar origen a una responsabilidad civil subjetiva, la he ido agregando en cada uno de esos temas. Lo anterior tiene su razón de ser, porque tan ilícito resulta violentar un contrato como violentar la responsabilidad civil que deriva de una sentencia condenatoria, o bien de un convenio de transacción o de un convenio derivado de un procedimiento arbitral.

de Tlaxcala, que luego replicara en los ordenamientos civiles de Quintana Roo (1980) y Puebla (1985), al participar en la Comisión Redactora de los tres ordenamientos civiles en mención; no así en la del Código civil de Jalisco (1995); sin embargo, en dicho ordenamiento, también se sistematiza la responsabilidad civil en subjetiva y objetiva.

Subsección A. El Código civil de Tlaxcala, de 1976, y la responsabilidad civil.

El maestro Ernesto Gutiérrez y González vio con orgullo y satisfacción académica y personal que, luego de largos años de lucha por hacer que sus ideas en la materia en cita, fueran tomadas en cuenta en el ámbito legislativo. Ello fue una realidad a través de la publicación del nuevo Código Civil de 1976 de la Entidad Federativa de Tlaxcala, en cuyo ordenamiento civil se elevó la tesis en comento a categoría de derecho positivo, llevando a cabo con ello la unificación de la responsabilidad civil proveniente tanto del hecho ilícito, intencional o negligente, como la derivada de la responsabilidad civil objetiva o sin culpa, salvándose con ello las críticas que el autor de la misma le hace a los códigos civiles de 2000, como también al del Estado de Nayarit.⁴¹

El legislador Tlaxcalteca, como un homenaje al maestro Gutiérrez y González, en la exposición de motivos del Código Civil de Tlaxcala de 1976, dijo que: "...expresamente se considera el "incumplimiento de las obligaciones" contractuales como un hecho ilícito, y dando la debida importancia al daño moral".

Agregando, más adelante, el mismo legislador tlaxcalteca en esa exposición de motivos, que:

En cuanto a la doctrina, hemos tenido siempre presente las obras de los civilistas mexicanos del siglo pasado y del actual; pero creemos cumplir con un deber al mencionar expresamente dos obras: 'Derecho de las Obligaciones' y 'El Patrimonio', ambas del maestro Ernesto Gutiérrez y González, pues muchas de las ideas expuestas por él en esas obras las hemos propuesto como normas legislativas;... el Proyecto ha acogido en gran parte las soluciones por él propuestas y nos complace en rendir en estas líneas al maestro el homenaje que merece.

Al margen del honor y halago que fue para el maestro Gutiérrez y González, como el propio autor lo refiere en la obra en cita, el anterior homenaje,⁴²

⁴¹ Cfr. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *Personales Teorías del Deber Jurídico y Unitaria de la Responsabilidad Civil*, México, Editorial Porrúa, 1999, apartado 31.

⁴² *Ibidem*, apartado 31.

lo que en mucho lo enorgulleció en verdad, fue que en dicho Código Civil de Tlaxcala de 1976 se logró que el legislador tlaxcalteca llevara al derecho positivo mexicano a tener la legislación civil más avanzada que cualquiera otra que pudiera —en ese entonces—, existir en los ordenamientos civiles de las otras entidades federativas del país, e incluso en el derecho positivo de los demás países del mundo en ese año.

Por lo anterior, el tratadista en cita recomienda al estudioso de la ciencia jurídica que quiera conocer un Código Civil en verdad revolucionario, tanto en materia de familia, de obligaciones y contratos, que consulte necesariamente el del Estado de Tlaxcala de 1976, el cual, sin embargo, a pesar de todas las novedades antes mencionadas, consideraba que al momento de la publicación de la obra en cita,⁴³ el mismo ya requería ser actualizado.

Es así como en el Código Civil de Tlaxcala la materia en cuestión se regula en el Título Quinto, denominado “De la Responsabilidad Civil”, que se compone de cuatro secciones, la primera en la que contienen las reglas generales de la materia, que van del artículo 1347 al 1377; en la segunda, la normatividad relativa a las personas obligadas a la responsabilidad civil, misma que se contiene en los artículos 1378 al 1400, y en donde se regulan los supuestos de responsabilidad civil por hechos o conductas ilícitas; en la sección tercera se refiere a la reparación del daño y de los perjuicios, ello del artículo 1401 al 1419, y finalmente la sección cuarta, en la que se regula lo concerniente a la responsabilidad civil objetiva, del artículo 1420 al 1424.

Además de la sistematización en materia de responsabilidad civil por culpa, y aun sin culpa, el legislador de Tlaxcala de 1976, siguiendo también las teorías del maestro Gutiérrez y González en materia de derecho patrimonial, le dio vida autónoma al patrimonio moral de las personas tanto físicas como morales, regulándose de manera autónoma a este tipo de patrimonio no económico, el daño patrimonial con un contenido económico, esto es, a los derechos de la personalidad. En ese mismo sentido, le siguieron las Entidades Federativas de Quintana Roo, en 1980, y luego en 1985 la de Puebla, siendo más de ellas que a la presente fecha,⁴⁴ ya regulan a esta clase de derechos subjetivos.

⁴³ La publicación de la obra en cita se hizo en el año de 1999.

⁴⁴ Confróntese, al respecto mis anteriores obras, *Derecho Civil para la Familia. Temas Selectos*, que lleva el subtítulo *La Filiación, la Maternidad Sustituta y los Derechos de la Personalidad en el Marco de la Teoría Integral de la Apariencia Jurídica*, publicada por Editorial Porrúa, en el año 2014, y también, *Derecho Civil, Derecho de Personas y Teoría Integral del Acto Jurídico*, obra ya citada, publicada en el año 2016, en las cuales, haga una relación de las Entidades Federativas, que se refieren al término Derechos de la Persona-

Subsección B. El Código Civil de Quintana Roo de 1980 y la responsabilidad civil

En el Código Civil de Quintana Roo de 1980, a instancia del maestro Gutiérrez y González, quien también participó en la comisión redactora del mismo, se suprimió la clasificación de «responsabilidad contractual» y «responsabilidad extracontractual», adaptándose en ellos la teoría unitaria de la responsabilidad civil del autor en cita, y a su vez se establecieron reglas generales que son aplicables con precisión a cualquier clase de responsabilidad civil, si bien no se hizo un apartado exclusivo para la regulación de la responsabilidad civil con sus dos tipos, la proveniente de hechos ilícitos y la proveniente de hechos lícitos.

Es así como en el capítulo IV, titulado “De los ilícitos civiles”, el título segundo “De los Actos Jurídicos Nominados que generan obligaciones”, se integra con dos secciones, en la sección primera “De la responsabilidad por hechos propios”, se regulan los supuestos en cita, en los artículos del 87 al 91, y en su sección segunda “De la responsabilidad de hechos ajenos”, se hace en sus artículos 92 al 114. Y luego, en su capítulo V, contiene la normatividad concerniente a la responsabilidad civil objetiva, en su especie “riesgo creado” que regula en sus artículos 115 al 120.

Se puede apreciar de lo anterior, el gran avance que significó el desterrar del Código civil en mención, los términos de “responsabilidad contractual” y de “responsabilidad extracontractual”, y de sistematizar a la responsabilidad civil, en: Subjetiva y objetiva.

Subsección C. El Código civil de Puebla, de 1985, y la responsabilidad civil.

Por su parte, el legislador de Puebla, en el año de 1985, siguiendo la teoría unitaria de la responsabilidad civil, de la autoría del maestro Gutiérrez y González, desechó del Código Civil en cita, la referencia a la responsabilidad contractual y extracontractual, y en capítulos distintos reguló la reparación del daño causado por una conducta ilícita y el originado en una conducta lícita.

Así, en el capítulo vigésimo de su libro cuarto, titulado “Obligaciones”, contempla la normatividad concerniente a la reparación del daño causado por hecho ilícito, la cual cuenta con cinco secciones: la primera, relativa a las reglas generales, de esta clase de responsabilidad civil por hecho ilícito, del artículo 1955 al 1986; la segunda, denominada “Monto de la reparación”,

lidad o al de Derechos Fundamentales, o que, incluso, ya regulan de manera sistemática, esta clase de derechos subjetivos.

del artículo 1987 al 2002; la tercera, dedicada al “Abuso de los derechos”, en el artículo 2003; la cuarta, “Del incumplimiento de los contratos”, del artículo 2004 al 2080; y la sección quinta, denominada “Recepción dolosa de lo indebido”, del artículo 2081 al 2087, en la cual, también a instancias y siguiendo las teorías del maestro Gutiérrez y González, en materia de obligaciones, se reguló a la entrega de lo indebido como un supuesto más de hecho ilícito, cuando quien recibe la entrega de lo indebido lo hace de manera intencional o consciente de que no tiene derecho de recibir lo entregado de buena fe o por error, esto es de forma ilícita y no como fuente autónoma de las obligaciones, como se hizo por el legislador del Código Civil de 1928.

Luego, el legislador poblano, en el capítulo vigésimo primero titulado “Reparación del daño causado por hechos lícitos”, regula lo concerniente a dos supuestos de la responsabilidad civil objetiva en la sección primera, la derivada del empleo de mecanismos en sí mismos peligrosos o por riesgo creado, del artículo 2088 al 2094, y en la sección segunda, el supuesto de la entrega de lo indebido, cuando la misma se reciba de buena fe o por error, y por lo mismo como una conducta lícita con la que se origina un detrimento patrimonial que es necesario indemnizar. Lo anterior en los artículos 2095 al 2108 y como una especie más de la responsabilidad civil objetiva.

Es necesario destacar la regulación sistemática que el legislador civil poblano de 1980 hiciera de la figura del enriquecimiento ilegítimo, no como fuente autónoma de obligaciones, sino como dos especies distintas, una como especie de hecho ilícito, cuando quien recibe lo indebido se encuentra consciente de que no tiene derecho a recibirlo, o bien como un supuesto de responsabilidad civil objetiva, cuando quien recibe la entrega de lo indebido lo hace de buena fe o por error, siendo la anterior regulación un gran avance en el Código Civil de Puebla, como en su momento lo propusiera el Maestro Gutiérrez y González desde la cátedra y desde su libro “Derecho de las Obligaciones”, lo cual no se contempla así en ningún otro código civil mexicano, en los que se sigue regulando a la figura en comento como una fuente autónoma de obligaciones.

La doctrina, a no dudarlo, en cualquiera de sus ramas del derecho, no sólo la civil, constituye para el derecho positivo una fuente de información sistemática y metódica de las instituciones jurídicas no sólo vigentes, sino de todas aquellas que se encuentran a la vanguardia como producto del avance de la ciencia y la tecnología, y de las cuales debiera nutrirse el legislador en cada época y lugar determinado para elaborar leyes que respondan a las nuevas necesidades sociales, a efecto de cumplir con la altísima función de ser el creador primordial del derecho, como son entre otras muchas nove-

dades jurídicas, verbigracia, la regulación del empleo de las técnicas de reproducción asistida, entre éstas la intervención de una segunda mujer en el proceso de la gestación,⁴⁵ la inseminación de la cónyuge o de la concubina, luego de la muerte del cónyuge o del concubinario.

Subsección D. El Código civil de Jalisco de 1995 y la responsabilidad civil.

En la Comisión Redactora del Código civil de la Entidad Federativa de Jalisco, el maestro Gutiérrez y González no intervino de manera personal, sin embargo, siguiéndose las ideas del autor, se sistematiza la materia de la responsabilidad civil y se suprime, en primer lugar, la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual.

Luego de lo anterior, el legislador jalisciense de 1995,⁴⁶ sistematiza los distintos supuestos de hecho ilícito, entre ellos el derivado del incumplimiento de una obligación convencional. Lo anterior, en el capítulo VI, que se denomina “De las obligaciones que nacen de hechos ilícitos”, y en el capítulo siguiente contiene la normatividad concerniente a la responsabilidad civil objetiva, y como uno de sus supuestos la hipótesis equivalente al artículo 1913 de los códigos civiles de 2000, esto es a la responsabilidad civil por riesgo creado, además de la hipótesis equivalente al artículo 1929 de los ordenamientos civiles en cita.

⁴⁵ CONTRERAS LÓPEZ, Raquel Sandra, “La Filiación, la Maternidad Sustituta y los Derechos de la Personalidad, en el marco de la Teoría Integral de la Apariencia Jurídica”, *Derecho Civil para la Familia. Temas Selectos*, México, Editorial Porrúa, 2015, apartados 183 al 207; 218 al 243; 354 al 382.

⁴⁶ Si bien, el legislador civil del Estado de Jalisco de 1995, sistematizó la materia del hecho ilícito, y con ello, la responsabilidad civil, lo que significó un gran avance a nivel nacional, no fue lo mismo, en lo concerniente a la regulación de la estructura del acto jurídico, el que volvió a regular conforme al sistema clásico, esto es, al establecer en una sola norma los elementos de existencia y los requisitos de validez del acto jurídico, sin hacer el debido distinción entre ellos, a partir de dos normas separadas entre sí, es decir, entre elementos de existencia y requisitos de validez del acto jurídico, regulándose como consecuencia de ello, como únicas ineficacias endógenas al mismo, a la nulidad absoluta y a la nulidad relativa, a diferencia de cómo lo hiciera el legislador del Código civil de 1928, que sí distinguió entre elementos de existencia y requisitos de validez del contrato, y derivado de ello, se estableció la diferencia entre inexistencia de una conducta como acto jurídico, y la nulidad del mismo. Cfr. al respecto, el apartado 238, ubicado en el Capítulo VI, titulado Teorías jurídicas y Derecho comparado, que han influido en la sistematización del acto jurídico, en el Derecho mexicano, ubicado en la Parte Segunda, de mi tercera obra intitulada *Derecho Civil. Derecho de Personas y Teoría Integral del Acto Jurídico*.

Sección IV. La responsabilidad civil en el ámbito de la doctrina española y argentina

Pero, así como en el ámbito de la doctrina mexicana el maestro Gutiérrez y González propusiera la necesidad de sistematizar los diversos supuestos de hechos ilícitos e hiciera el planteamiento de su teoría unitaria de la responsabilidad civil, en el ámbito del derecho civil español, el autor Antonio Hernández Gil Álvarez Cienfuegos, prologuista de la obra “Responsabilidad, Concepto jurídico y sus singularidades” de la autoría de Enrique Morera Guajardo,⁴⁷ también de nacionalidad española, en el año 2010, en el prólogo en cita, señala la necesidad que existe en la doctrina y derecho positivo español de unificar las distintas clases de ilícitos, en forma independiente de que provengan estos de incumplir un contrato, o bien un deber jurídico, cuando señala lo siguiente:

La jurisprudencia de la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo lleva tiempo subrayando los elementos comunes e integradores de los dos distintos regímenes básicos de la responsabilidad civil que son la responsabilidad contractual de los artículos 1.101 y siguientes del Código civil y la responsabilidad extracontractual de los artículos 1.902 y siguientes, *construyendo el principio denominado de la ‘unidad de la culpa civil’ que permite la acumulación de ambas acciones de responsabilidad con base en unos mismos hechos.*

Hechos que no vienen a ser otros que los ilícitos, que pueden provenir de violentar un deber jurídico en sentido estricto o una obligación en sentido amplio en cualquiera de sus tres especies, si bien es importante resaltar que el anterior criterio fue emitido con posterioridad a la sistematización de las diferentes especies de hechos ilícitos que hiciera el Maestro Gutiérrez y González, como parte de su teoría unitaria, pero que sin duda refuerza en un ámbito distinto al mexicano, la necesidad de sistematizar al hecho ilícito y a sus diversas especies, y en forma consecuente de clasificar a la responsabilidad civil en subjetiva por hecho ilícito y objetiva por conducta lícita.

En el mismo sentido de unificar el estudio de la responsabilidad civil, y por lo mismo desechar la clasificación de la misma en contractual y extracontractual, se refiere el autor argentino Jorge Bustamante Alsina,⁴⁸ desde la primera edición de su obra “Teoría General de la Responsabilidad Civil”, publicada en el año 1972, criterio que confirma en la edición novena de la obra en cuestión, publicada en el año 1997.

⁴⁷ MORERA GUAJARDO, Enrique, *op. cit.*, p. 15.

⁴⁸ BUSTAMANTE ALSINA Jorge, *op. cit.*, Prólogo.

También en este mismo sentido de unificar la materia de la responsabilidad civil y dejar de lado la clasificación de la misma en contractual y extracontractual, se tiene en el sistema civil argentino, a través del recuento que de ello hace el autor argentino Alterini,⁴⁹ cuando dice que:

370 bis. *Hacia la unidad de las responsabilidades contractual y extracontractual Los proyectos de reforma.*—El distingo entre la responsabilidad contractual y extracontractual tiene origen histórico: en Roma, aquella estaba regida por la Ley de las XII Tablas, y ésta, por la Ley *Aquilia* (ALLENDE).

Su unificación ha sido reclamada insistentemente en numerosos encuentros jurídicos: III Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1961): V Jornadas (Nacionales) de Derecho Civil (Rosario, 1971): Jornadas Australes de Derecho (Comodoro Rivadavia, 1980); II Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (Junín, 1986); 111 Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (San Juan, 1986): Jornadas Nacionales sobre Unificación de las Obligaciones Civiles y Comerciales (Buenos Aires, 1986); XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bariloche, 1989); 131 Jornadas de Derecho Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa (1991).

En el Derecho comparado esta unificación ha sido realizada en leyes modernas: Checoslovaquia (1964), Senegal (1967), Yugoslavia (1978), Canadá [Quebec] (1980), etcétera.

Actualmente se considera que, de las diferencias de régimen enunciadas en el número 365, “muy pocas son auténticas” (YZQUIERDO TOLSADA) y que carecen “la mayor parte de las veces de justificación racional” (TUNC). De ellas, las más significativas conciernen a la extensión del resarcimiento y a los plazos de prescripción liberatoria (XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, *cits.*), pero en la realidad jurídica moderna van quedando diluidas:

(1) En este sentido, hoy se entiende por consecuencia *inmediata* a los daños conocidos o conocibles por el deudor en razón de integrar la trama contractual, sea porque así (*sic*) se lo ha pactado, sea porque se trata de una derivación de la regla de buena fe; de ese modo, la responsabilidad contractual —confinada de ordinario al daño inmediato— aproxima a la responsabilidad extracontractual, en la que es de regla la atribución de los daños mediatos (núm. 630 y *sigs.*).

(2) En cuanto a la *prescripción liberatoria*, ciertas relaciones extracontractuales son regidas por el plazo decenal propio de la responsabilidad contractual (enriquecimiento sin causa, edificación en terreno ajeno, daños derivados de las relaciones de vecindad) y, a la inversa, se aplica el plazo de prescripción de un año en el contrato de transporte terrestre interno (art. 855, Cód. Com., según ley 22.096), y el de dos años en el contrato de trabajo (art. 256, ley 20.744, t.o. por ley 21.297).

⁴⁹ ALTERINI, Atilio Aníbal, *op. cit.*, apartado 370, pp. 156 y 157.

Por otra parte, «los tribunales no se preocupan por la naturaleza —contractual o extracontractual— de la responsabilidad más que allí donde existe interés en hacerlo» (MAZEAUD-TUNC).

El Proyecto de Código Único de 1987, así como los dos proyectos de reformas al Código-Civil de 1993, contemplan la demolición del rígido muro demarcatorio trazado por el artículo 1107 del Código Civil. El Proyecto de 1987, y el de 1993 emanado de la Cámara de Diputados, proponen la derogación de ese texto legal, y asignan nueva redacción a los artículos 520, 521, 522 y 906 del Código Civil.

Igual temperamento resulta del Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 (art. 1549 y sigs.).

Sección V. Sistematización de la responsabilidad civil en el Derecho Positivo argentino, en subjetiva y objetiva, a partir de la publicación de su Código Civil y Comercial de la Nación, en el año 2014

El proyecto seguido tanto por la doctrina como por los legisladores argentinos, según el dicho de Alterini a efecto desterrar de su Código Civil, la clasificación de la responsabilidad civil en contractual y extracontractual recientemente se vio finalmente cristalizada en el ámbito del derecho positivo argentino, a partir de la publicación de un nuevo Código Civil y Comercial de la Nación⁵⁰ argentina, vigente éste a partir del 1 de agosto de 2015, el cual, en el título V, capítulo 1, contempla como otra fuente de obligaciones, además de la contractual, a la responsabilidad civil, la cual tiene las siguientes funciones de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1708⁵¹ en el que se prevé que:

Artículo 1708. Funciones de la responsabilidad

Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación.

Luego, más adelante, en la sección tercera de dicho capítulo 1, en el artículo 1721,⁵² se contemplan como fuentes de la responsabilidad civil, tanto factores objetivos como subjetivos. Así es como en el artículo en cita se dispone que:

⁵⁰ Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, Presidencia de la Nación. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Ordenamiento, aprobado por la Ley con número de Registro 26.994, sancionada el 1 de octubre de 2014, promulgada según, Decreto 1795/2014, el 7 del mismo mes y año, y vigente a partir del 1 de agosto de 2015. La versión de la anterior ley, en la página electrónica: www.sajj.gob.ar

⁵¹ *Ibidem*, p. 267.

⁵² *Ibidem*, p. 269.

Artículo 1721. *Factores de atribución*

La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa.

En el artículo siguiente, en el 1722,⁵³ el legislador argentino, con relación al factor objetivo, establece:

Artículo 1722. *Factor objetivo*

El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir la responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario.

En el artículo 1723,⁵⁴ con relación a la responsabilidad objetiva, se dispone que:

“Artículo 1723. *Responsabilidad objetiva*

Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva.” (Las cursivas son de la autora)

De lo anterior, se puede desprender que el legislador civil argentino considerada como fuente de la responsabilidad civil objetiva no sólo la ley, sino también la voluntad de las partes, que en nuestro sistema jurídico tiene lugar a través de los efectos del “pacto comisorio expreso”, y, consecuentemente, sus efectos se producen en el ámbito de la responsabilidad civil subjetiva, fundado el pacto, tanto en el artículo 1949 de los códigos civiles de 2000, como en la jurisprudencia 1ª./J, 23/2001, dictada con relación al mismo,⁵⁵ a efecto de que la víctima del incumplimiento al contrato no tenga la carga de prueba de acreditar la culpa por parte del incumplido, sino tan sólo probar que su contraparte en el mismo ha incumplido los términos del contrato y, con ello, se le ha originado un detrimento patrimonial.

Los diversos supuestos de responsabilidad civil objetiva, regulados en el ámbito de los códigos civiles mexicanos, tienen como única fuente la

⁵³ *Idem.*

⁵⁴ *Idem.*

⁵⁵ Jurisprudencia 1ª./J 23/2001. Materia: Civil. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XIII, Junio, 2001 No. de Registro 189425. Aprobada en Sesión de 17 de abril de 2001. Su antecedente, es la Contradicción de Tesis 61/99-PS. Entre las sustentadas por el Primer y Cuarto Tribunales Colegiados del Décimo Sexto Circuito. 07 de febrero de 2001. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José Gudiño Pelayo. Ponente Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Téodulo Ángeles Espino. Consúltese en la página electrónica: <http://www.scjn.gob.mx>

voluntad del legislador. Por lo mismo, existe una diferencia substancial entre la sistematización que se tiene en los códigos civiles mexicanos, en los que se regula de manera sistemática, mismos a los que haré mención en el apartado siguiente, pero los menciono por la importancia de ello: Código civiles de Tlaxcala (1976), Quintana Roo (1980), Puebla (1985), y en el de Jalisco (1995), y la que se tiene en el Código Civil y Comercial del Estado de Argentina.

Enseguida, en el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, en el artículo 1724,⁵⁶ con relación a los factores subjetivos para la atribución de la responsabilidad civil subjetiva, se encuentran los siguientes:

Artículo 1724. *Factores subjetivos*

Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.

Respecto del contenido de la norma antes transcrita, se puede desprender que, al igual que sucede en la gran mayoría de ordenamientos civiles, tanto los mexicanos como los extranjeros que fueron influidos por el Código Civil francés de 1804, tiene como un común denominador: la falta de sistematización de la culpa y el dolo, cuyas nociones se vienen regulando como se hacía en el derecho romano. Sin embargo, en el sistema jurídico mexicano, en los códigos civiles de 2000, se tiene lo dispuesto en el artículo 1815, en el que se dispone que el dolo es una forma de inducir al error, y éste como un vicio de la voluntad. Consecuentemente de ello, el dolo ha dejado de tener autonomía como vicio de la voluntad, pero también se le debe desvincular de la culpa, a efecto de lograr la sistematización de ésta, la cual puede ser intencional cuando exista una intención por parte de su autor de originar un detrimento patrimonial a otra persona, o bien negligente, cuando exista descuido o impericia por parte del autor de la conducta ilícita.

La anterior sistematización de la culpa en intencional y negligente, constituyó una de las varias propuestas teóricas de la teoría unitaria de la responsabilidad civil de la autoría del maestro Gutiérrez y González, que, en gran medida, yo retomo en esta obra llevándola a una mayor sistematización al aplicarla a varios de los derechos de la víctima del hecho ilícito o lícito, con los que se originó un detrimento patrimonial a otra persona,

⁵⁶ Código Civil y Comercial de la Nación, de Argentina, p. 269.

verbigracia, en el saneamiento por vicios ocultos y por evicción de la cosa enajenada, así como en el ámbito de las acciones pauliana y contra la simulación.

Ahora bien, siguiendo con la referencia al Código Civil y Comercial argentino, en cuanto al destierro de la clasificación de la responsabilidad civil en contractual y extracontractual, se tiene que, en la sección quinta del capítulo 1 que se viene refiriendo, se le titula “Responsabilidad directa”, y en el artículo 1749,⁵⁷ de ella se dispone que:

Artículo 1749. Sujetos responsables

Es responsable directo quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión.

Luego en la sección sexta titulada “Responsabilidad por el hecho de terceros”, se regula en los artículos 1753 al 1756 la responsabilidad civil, que en su esencia viene a ser de carácter subjetiva, aunque el legislador argentino no lo dice de manera expresa, y tan sólo hace referencia a la responsabilidad directa por hechos propios del responsable y por hechos de tercero; estas últimas con motivo de las conductas realizadas por aquellas personas que se encuentran a cargo, bajo el cuidado o responsabilidad de quien debe hacerlo conforme a una norma jurídica que así lo dispone de manera expresa.

En la sección séptima, se hace regulación de la responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades, las cuales son reguladas en los artículos 1757 al 1759, mismas que son contempladas bajo el rubro de la *responsabilidad civil objetiva*, como también se ha decidido considerar estos supuestos en España a través de la labor jurisprudencial. A los anteriores supuestos y a su regulación en los códigos civiles de 2000, hago mención en los apartados 157 al 159 de mi obra “La Responsabilidad Civil y un atisbo a la patrimonial del Estado mexicano”.⁵⁸

De las anteriores transcripciones de algunos de los artículos del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, se puede desprender que se desterró de la normatividad civil la ilógica clasificación de la responsabilidad civil en contractual y extracontractual, sin embargo, no se hace referencia expresa a la responsabilidad civil subjetiva, fundada en culpa, si bien ello se puede depender de lo dispuestos en los artículos 1721, 1722 y 1724 ya antes transcritos.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 273.

⁵⁸ El libro en cita se encuentra en trabajo de edición y será publicado por Editorial Porrúa.

Ahora bien, como señala el autor argentino Alterini,⁵⁹ un tema es la unificación de las especies de la responsabilidad civil subjetiva y otro muy distinto es promover su identidad, considerando que la derivada del incumplimiento de un contrato es distinta a la que tiene como origen el incumplimiento de un deber jurídico en sentido estricto. Así, menciona que:

370 ter. Unificación, no identidad.— Por lo pronto, es menester tener en cuenta que ciertas diferencias entre las órbitas contractual y extracontractual de la responsabilidad no pueden ser eliminadas en cuanto conciernen a ontologías diversas. Así como la moda *unisex* no convierte al hombre en mujer, ni a la mujer en hombre, la unificación de regímenes en materia de responsabilidad no diluye ni puede diluir la distinta estructura del contrato respecto del hecho ilícito.

Por otra parte, la eliminación de diferencias, o su mantenimiento, depende de razones de política legislativa. Por ejemplo, en los modernos proyectos de reformas, el Proyecto de Código Único de 1987 y el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 mantuvieron el criterio del Código Civil en materia de solidaridad: existe por ministerio de la ley en materia extracontractual, y debe ser convenida en el área contractual. Pero el Proyecto de la Cámara de Diputados de 1993 invierte la regla: “los codeudores están obligados solidariamente, excepto que de la ley o de la voluntad de las partes resulte lo contrario” (art. 701).

Asimismo inciden las leyes especiales. Todos los modernos proyectos de reformas prevén unificar la extensión de la responsabilidad conforme a los criterios de la causalidad adecuada (núm. 507), pero ello no impedirá que tales criterios sean inaplicables en ciertas relaciones jurídicas. En ese orden de ideas es invocable un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (“Perrotta c/ Estado Nacional”, 22-XII-94), dictado en una causa en la que se tramitó el reclamo de daños contra el Estado formulado por un soldado conscripto que sufrió lesiones incapacitantes durante el ataque subversivo al regimiento de La Tablada producido en 1989. El conscripto pretendía ser indemnizado conforme a las reglas de reparación integral del Código Civil, pero la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró que el caso está regido por la ley especial 22,511, la cual establece como tope indemnizatorio el importe correspondiente a treinta y cinco haberes mensuales del grado de cabo o cabo 1°. El fundamento invocado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación es extensivo a cualquier estatuto legal particular que disponga un régimen especial de responsabilidad, y no asigne a la víctima (sic) el derecho a optar por las disposiciones del Derecho común: “deviene necesario otorgar prioridad a la norma especial sobre las generales que regulan, en el Derecho común, la responsabilidad extracontractual.

⁵⁹ ALTERINI, Atilio Aníbal, *op. cit.*, apartado 370, pp. 157 y 158.

Sección VI. Evolución de la noción de Responsabilidad civil de subjetiva a una objetiva

En el derecho romano, como ya he dicho en líneas anteriores, no se hizo una sistematización de la responsabilidad objetiva, y lo que es más, considero que sólo a través de la enorme sensibilidad de sus juristas fue como se resolvieron algunos casos en que se aprecia que se vivía la justicia y se determinaba una responsabilidad sin culpa.

Ello fue así en cuanto a lo entregado en forma indebida, por no existir una causa para la entrega hecha por error en el Digesto,⁶⁶ o bien cuando la entrega se debiera a la presunta muerte del heredero, o bien por el nacimiento de un descendiente póstumo, se disponía que:

1. Veamos ahora lo relativo al *pago de lo indebido*. *Si una persona, en efecto, pagó por error lo que no debía, puede reclamar mediante esta acción; más (sic) si pago (sic) a sabiendas de lo que no debía, cesa la repetición.* (Ulp. 26 ed.)

2. Si una persona hubiera pagado una deuda de legado conviniendo que se devolviera si aparecía que no se debía o que había lugar a la reducción por la ley Falcida, tendrá lugar la repetición, pues se ha contraído un negocio entre ellos. (1) Si se pagara alguna deuda en virtud de un testamento que luego hubiera resultado ser falso, inoficioso, írrito o inválido, (sic) se dará la repetición, o si después de mucho tiempo hubiera aparecido una deuda hereditaria, o saliera a la luz un codicilo largo tiempo oculto que contuviera la revocación de los legados que habían sido pagados o su disminución por el hecho de que se dejara en él legados a otras personas. Pues el emperador Adriano, de consagrada memoria, dio un rescripto diciendo que, en caso de testamento inoficioso o falso, debía darse acción al que en la causa hereditaria había obtenido una sentencia favorable. (Ulp. 16 Sab.)

3. Lo mismo ocurre cuando, después de pagarse los legados, *una nueva e inesperada causa viene a arrebatar la herencia a alguien*; por ejemplo, *por haber nacido un póstumo que el heredero ignoraba había sido concebido* o por haber vuelto del cautiverio enemigo un hijo que el padre erróneamente había presumido fallecido: *pues deben darse acciones útiles al póstumo o al hijo que había vencido en la reclamación de la herencia, contra los que consiguieron el legado*, según se dice en un rescripto del emperador Tito Antonino <Pío>; *es decir: porque el poseedor de buena fe queda obligado en la medida del enriquecimiento y el riesgo de estos créditos no corresponderá al que pagó los legados creyéndose heredero.* (Pap. 26 quaest.).

⁶⁶ D'ORS, A., F. HERNÁNDEZ-TEJERO, P. FUENTESeca, M. GARCÍA-GARRIDO y J. BURILLO, *El Digesto de Justiniano*. Tomo I. Constituciones Preliminares y Libros 1-19, España, Editorial Aranzadi. Pamplona, 1968. D.12, 6, p. 494.

Con relación a las anteriores hipótesis, relativas al enriquecimiento ilegítimo y la acción de repetir, lo entregado sin causa o por error, en el tercer tomo del Digesto de Justiniano,⁶¹ título XVII, “Sobre las diversas reglas del derecho antiguo”, se dice que: “53. Lo que puede repetirse cuando se dio por error, vale como donación cuando se dio sin error. (Paul, 42 ed.)”

Y más adelante, en este mismo título XVII,⁶² se dice: “206. Es justo por derecho natural que nadie se enriquezca con perjuicio y lesión de otro. (Pomp. 9 var. Lect.)”

Los anteriores, son algunos de los pocos supuestos que se contemplaron durante el derecho romano con motivo del enriquecimiento ilegítimo, en los que había necesidad de indemnizar aquella persona que había sufrido un detrimento patrimonial, en los que no mediaba la existencia de una responsabilidad aquiliana, esto es por la comisión de un hecho ilícito.

El maestro Gutiérrez y González⁶³ menciona como un caso más el caso del tesoro, pero considero que,⁶⁴ en tal supuesto, no se reguló a través de él una hipótesis más de responsabilidad objetiva, sino una forma más de adquirir la propiedad. Es así que respecto al tesoro se dijera que:

31. La simple entrega no transfiere sin más la propiedad, sino tal sólo cuando haya precedido una venta u otra causa que justifique la tradición. El tesoro es una cierta cantidad depositada de la que ya no se recuerda quién pudo ser su propietario; y así se hace quien lo haya encontrado, pues no es de nadie más; en cambio, si alguien hubiera escondido algo bajo tierra por codicia, temor o precaución, o hay tesoro, y puede ser objeto de hurto. (Paul.31 ed.)

Cuando el tesoro era encontrado por un esclavo, entonces se consideraba que el tesoro era propiedad del dueño del esclavo. Es así como se disponía que:

63. Si el que está bajo potestad de otro hubiera hallado un tesoro, deberá tenerse en cuenta la persona para quien lo adquiere, de modo que, si lo hubiera hallado en terreno ajeno, adquiera para él sólo una parte, pero si lo hubiera hallado en terreno de su padre o dueño, se haga todo el tesoro de éste; pero, si es en terreno ajeno, sólo la mitad.⁶⁵

⁶¹ D’ORS, A., F. HERNÁNDEZ-TEJERO, P. Fuenteseca, M. GARCÍA-GARRIDO y J. BURILLO. *op. cit.*, Tomo III, Libros 37-50. 1975 D.50, 17, p. 870.

⁶² *Ibidem.* D. 50, 17, p. 882.

⁶³ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, 803.

⁶⁴ D’ORS, A., F. HERNÁNDEZ-TEJERO, P. Fuenteseca, M. GARCÍA-GARRIDO y J. BURILLO. *op. cit.*, Tomo III, D. 41, 1, p. 292.

⁶⁵ *Ibidem.* D. 41, 1, p. 299.

En los supuestos antes mencionados, relativos al enriquecimiento ilegítimo, en los que una persona recibía alguna prestación que no tenía derecho a recibir, y al principio de que nadie se podía enriquecer a costa del detrimento de otro, y la necesidad de indemnizar a aquella persona a la que se hubiese ocasionado un detrimento patrimonial sin que hubiese causa para ello, y el derecho a repetir que tenía ésta de aquello que hubiese entregado por error, misma que se sigue regulando hoy en día en los códigos civiles modernos.

Como anota el maestro Gutiérrez y González, ahí quedó la sistematización de los casos que se contemplaron desde la época del derecho romano, de responsabilidad sin culpa, esto es objetiva, y no es sino hasta el siglo XIX en que, con motivo de la revolución industrial, el desarrollo del maquinismo y la multiplicación de los accidentes de trabajo, que se dieron las bases para el surgimiento de la responsabilidad civil objetiva por riesgo creado, por el empleo de mecanismos en sí mismos peligrosos, por la velocidad que desarrollan, por la fuerza explosiva de sus gases, etc.

El autor Gutiérrez y González⁶⁶ comenta en su obra “Derecho de las Obligaciones”, con referencia a la evolución de la responsabilidad objetiva por riesgo creado, que:

En el siglo XIX se desarrollaba la gran industria, transformando el estado de vida y marcando una profunda evolución en el medio social; con ello aumentaron los accidentes de trabajo en que eran víctimas los obreros, y de acuerdo con la tradicional teoría de la responsabilidad con culpa o aquiliana, debían éstos probar que su accidente tenía por origen una culpa de sus patrones, a efecto de pretender que se les diera una indemnización por los accidentes del trabajo.

Con ello se colocaba a los obreros víctimas de los accidentes de trabajo, en la imposibilidad, las más de las veces, de obtener una indemnización, porque los accidentes se debían por lo general al funcionamiento mismo de las máquinas, al margen de cualquier culpa cometida por el patrón. Ante esa injusticia, en donde los obreros sufrían un accidente sin culpa del patrón, y por ello no podían exigir una indemnización, era urgente acudir en ayuda de aquéllos, y se pensó primero en declarar responsable al patrón por tener a su servicio máquinas defectuosas, pero con ello no se desplazaba la carga de la prueba, ya que era el obrero quien tenía que demostrar el defecto del equipo, lo cual en última instancia, era dejar al trabajador en la misma situación.

⁶⁶ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 803.

El maestro Gutiérrez y González,⁶⁷ citando a los tratadistas Sauzet y Saintelette, comenta que:

...intentaron demostrar que el patrón estaba obligado por los accidentes que sufrieran los obreros en virtud del contrato de trabajo, pues debía correr a cargo de aquél garantizar la seguridad de éstos; de tal forma que si el trabajador era víctima de un accidente, obedecía a que el patrón había faltado a su obligación de seguridad, y era por lo mismo responsable a menos que demostrara que el accidente se debía a una causa que le era extraña. De esta forma se buscó invertir la carga de la prueba, pero tal sistema no progresó, por artificioso, pues la jurisprudencia francesa nunca admitió que por el contrato de trabajo, el patrón se obligara a que el obrero resultara sano y salvo de sus labores.

Y agrega el autor en cita⁶⁸ que entonces se buscó entonces establecer la responsabilidad directa del patrón, no por medio de subterfugios como el anterior, y se dijo de plano que:

...puesto que la necesidad en que el obrero se encuentra de probar la culpa cometida por el patrón es la que impide obtener indemnización, supriman la culpa y afirmen que somos responsables por el solo hecho de que al obrar hayamos ocasionado un perjuicio, independientemente de cualquier culpa. Esta es la teoría del riesgo.

Y agrega el autor⁶⁹ un punto toral que debe establecer un cambio en la regulación que se haga en los códigos civiles de los temas relativos a la indemnización de un detrimento patrimonial, ya sea que surja con motivo de un hecho ilícito o de una conducta lícita prevista por el legislador, esto es el relativo a la llamada teoría del riesgo, la que, si bien fue fundamental para la evolución de la responsabilidad civil objetiva, no se establece a partir de ella las bases de la responsabilidad civil subjetiva, la cual encuentra su fundamento en una conducta culposa, ya sea por intención o por negligencia. Por lo mismo, resulta intrascendente, en el campo del Derecho civil sustantivo, regular la «teoría del riesgo» cuando se trate de la responsabilidad civil subjetiva, ya que sólo se hace referencia, a través de ella, a la contingencia o posibilidad de que se produzca el siniestro consistente en un detrimento patrimonial y, por lo mismo, en cambio cuando se regula a la teoría del siniestro, se establecen las diferentes hipótesis de quién debe pagar o no la

⁶⁷ *Idem.*

⁶⁸ *Idem.*

⁶⁹ *Ibidem.* Apartado 611. *Cfr.* al respecto el apartado 203 y siguientes de mi obra “La Responsabilidad Civil y un atisbo a la patrimonial del Estado mexicano”.

indemnización respectiva, ya sea que ésta se origina en una conducta ilícita o lícita, verbigracia, con motivo esta última por un accidente de trabajo.

Respecto a la evolución de la responsabilidad civil subjetiva a una objetiva derivada de un riesgo de producirse un detrimento patrimonial por la realización de una conducta permitida por el propio legislador o por una conducta errónea, en la que se hace entrega a quien no resulta ser el acreedor del crédito, o bien por el empleo de mecanismos en sí mismos peligrosos, el autor español Diego Espín Cánovas⁷⁰ comenta que:

El sistema tradicional es el de la responsabilidad subjetiva y nuestro Código, siguiendo el francés, se basa en el mismo, como resulta del fundamental artículo 1902 ya citado. En él, no sólo se indica la extensión de la responsabilidad, sino su fundamento, la culpa o negligencia del que realiza el acto. Pero el desarrollo de la gran industria en los tiempos moderno ha hecho insuficiente esta idea subjetiva de la responsabilidad. Junto al acto ilícito culposo aparece el *accidente de trabajo*. Y el extraordinario aumento de la circulación a motor da lugar con gran frecuencia al *accidente de circulación*. En ellos, dice con expresión gráfica JOSSERAND, que el daño se ha hecho *anónimo*.

Estos hechos han llevado a pensar que en esos casos debería responderse con independencia de toda idea de culpa, basándose simplemente en el riesgo que la existencia de terminadas industrias o maquinaria creaba, surgiendo así la teoría del riesgo profesional, que encontró en nuestra legislación de accidentes de trabajo su consagración imponiendo al patrono la responsabilidad por los accidentes del trabajo ocurridos en la industria, salvo que sean debidos a una fuerza extraña al trabajo en que se produzca el accidente (art. 6° de la legislación de Accidentes del Trabajo, texto refundido de 22 de junio de 1956) y también la ley de Seguridad social (art. 84 del texto refundido de 30 de mayo de 1974).

La teoría del riesgo, basada en que quien crea un riesgo debe responder de sus consecuencias, es decir, en la idea de causalidad pura y en la idea de equidad de que quien se aprovecha de los beneficios de una industria debe también soportar sus inconvenientes, se ha abierto paso en el Derecho de trabajo, como acabamos de ver, respecto a nuestra legislación.

Nuevas manifestaciones de la responsabilidad objetiva en nuestro Derecho son las leyes de 21 de julio de 1960 sobre navegación aérea, de 24 de diciembre de 1962 sobre uso y circulación de vehículos de motor de carretera (texto de 21 de marzo de 1968), de 29 de abril de 1964 sobre energía nuclear, de 4 de abril de 1970 sobre la caza.

⁷⁰ ESPÍN CÁNOVAS, Diego, "Obligaciones y contratos", *Manual de Derecho Civil Español*, Madrid, Revista de Derecho Privado, Vol. III, 1983, pp. 499 y 500.

Enrique Morera Guajardo,⁷¹ autor español de la doctrina moderna española, respecto de la evolución de la responsabilidad civil objetiva, comenta que:

En efecto, la responsabilidad objetiva tiene sus orígenes en las transformaciones operadas con las Revoluciones industriales y la aparición de nuevas tecnologías como el inicial transporte automotriz, que multiplicaron los inventos, máquinas, aparatos o artificios, y con ello los riesgos y daños para personas y bienes. Esos riesgos y daños difícilmente podrían protegerse o resarcirse a través de la tradicional concepción de la responsabilidad por culpa.

Como se ha referido, el concepto de responsabilidad por riesgo o responsabilidad sin culpa no es una novedad, ni en nuestro país ni en el entorno. Existen trabajos doctrinales al respecto ya en las décadas de los años treinta y cuarenta, con antecedentes tan remotos como en la *Lex Aquilia*.

Incluso a finales del siglo XIX ya se daban supuestos doctrinales y jurisprudenciales aislados. Véanse al respecto los trabajos del jurista francés Raymond Saleilles, ya citado *supra*, que sentó la tesis de que *quien crea una fuente de daño debe repararlo si los riesgos se concretan*, siendo su responsabilidad (o mejor el 'precio' de la misma) la contrapartida de los beneficios que se obtienen.

Esta tendencia se manifiesta en la creciente y doble incorporación, en sede de responsabilidad objetiva, de nuevas actuaciones y sectores de riesgo y normativas sancionadoras de los mismos. Baste la lectura de cualquier manual para comprobar hoy en día que la responsabilidad objetiva o por riesgo (civil o administrativa) se impone —como hemos visto— en los más variados campos de la responsabilidad medioambiental, por uso de vehículos de motor, por productos defectuosos, por navegación y transporte aéreo y marítimo, por energía nuclear, y en general, en cualquier actividad que supere los estándares de niveles de riesgo que se supone deben ser asumidos en la relación humana.

El autor argentino Alterini,⁷² con respecto a la atribución objetiva de reparar el daño, menciona lo siguiente:

424. *Los factores objetivos de atribución.*— Seguramente la clave de las profundas transformaciones sufridas por el sistema de la responsabilidad civil está expresada en este pensamiento de Yvonne LAMBERTFAIVRE: “cuando la justicia conmutativa de la responsabilidad es impotente para reparar la fatalidad de la desgracia, la justicia distributiva de la solidaridad debe tomar la posta.

⁷¹ MORERA GUAJARDO, *op. cit.*, p. 87.

⁷² ALTERINI, *op. cit.*, apartado 424, p. 181.

Por lo pronto hay una notable expansión de la atribución *objetiva del deber de reparar el daño*. Se trata de la teoría del riesgo, que pone el resarcimiento a cargo de quien emplea una cosa, o desarrolla una actividad apta para causar daños: la idea básica es que quien introduce en la sociedad algo que tiene aptitud para provocar un perjuicio, cuando éste se produce, debe soportarlo (JOSSE-RAND). El eje del problema, por lo tanto, se desplaza de la culpabilidad del autor a la causalidad, esto es, a la determinación de cuál hecho fue, materialmente, causa del daño; y de su aplicación resulta que, cuando no se puede determinar quién causó el daño (autor no identificado), el deber de reparar a la víctima pesa igualmente sobre el titular de la cosa o de la actividad.” (el remarcado en negritas es de la autora)

Más adelante, el autor en cita,⁷³ con relación al mismo tema, agrega que:

466. *Versiones*.—La teoría del riesgo constituye el soporte fundamental de la atribución objetiva de responsabilidad en el momento actual (núm. 424).

a) Una comprensión, la del riesgo *provecho*, pone los daños a cargo de quien obtiene ventajas de la realización de cierta actividad (*ubi emolumentum ibi onus*).

b) Otra, la del *riesgo creado*, va más allá: se independiza de la idea de aprovechamiento económico, y considera bastante la introducción del elemento con aptitud para dañar a los fines de asignar el deber de resarcir a quien con él creó el riesgo.

Esta postura, claro está, si fuera llevada hasta sus últimas consecuencias, podría tener e) indeseable efecto de paralizar toda actividad (STARCK): cualquiera hiciese algo, de lo que derivara un daño, sería señalado como creador de un riesgo.

Sobre las relaciones entre ambas versiones de la teoría del riesgo, ver número 476 bis.

En resumen, la teoría del riesgo vino a impulsar el surgimiento de la responsabilidad civil objetiva, pero también el avance de la responsabilidad civil subjetiva fundada en culpa a una responsabilidad objetiva fundada en una conducta lícita, sea en el campo del derecho en se aplique sus principios, contrario a como se ha venido implementando por los doctrinarios franceses en el ámbito del derecho administrativo, y derivado de una copia corregida y aumentada de ellos por los doctrinarios nacionales, mismos que han influido en el legislador mexicano. Prueba de ello es la naciente en México, a penas en el año 2004, de la llamada responsabilidad patrimonial del Estado mexicano. A este tema me refiero en el siguiente capítulo.

⁷³ *Ibidem*, apartado 466, pp. 197 y 198.

Sección VII. Evolución de las nociones de: Daño moral y Derechos de la personalidad, componentes estos del patrimonio moral de las personas físicas y morales

Si bien el legislador de 1928, al prever en el artículo 2116 una indemnización equitativa a título de reparación moral a favor de la víctima del hecho ilícito o de su familia si ésta moría, *fue más allá de lo dispuesto por los legisladores civiles de 1870 y 1884, sin embargo, siguió disponiendo que la indemnización equitativa no podía exceder de la tercera parte de la responsabilidad civil*, dándose con ello, como digo, un gran avance en el reconocimiento por el derecho mexicano en materia de responsabilidad civil con motivo de un detrimento patrimonial moral, pero, aun así, sin contemplar tal supuesto como parte de la responsabilidad civil, siendo así por el simple hecho histórico de no encontrarse aún reconocidos en forma oficial, tanto los sentimientos y afectos de una persona como parte integrante de su patrimonio, en su aspecto no económico o moral.

La regulación del daño moral, como consecuencia de la violación de los derechos subjetivos, denominados derechos de la personalidad o de la persona o fundamentales, y por lo tanto, como un detrimento del patrimonio, en su aspecto moral, sucedió de acuerdo a un orden cronológico en su regulación, a partir del año 1976, en el Código Civil de Tlaxcala; luego, en 1980, en el Código Civil de Quintana Roo, y en 1982 en el Código Civil de 1928, en materia federal y local del Distrito Federal; y más tarde, en el año de 1985, en el Código Civil de Puebla, en cuya Comisión Redactora del Proyecto de Código Civil, el maestro Gutiérrez y González interviniera como ya había sucedido antes en los códigos civiles de Tlaxcala y Quintana Roo. Luego de los anteriores ordenamientos civiles le siguieron otras legislaciones como la de Jalisco, en el año 1995, en cuya comisión redactora ya no intervino el maestro Gutiérrez y González, etc. A la evolución doctrinal y en el ámbito del derecho positivo mexicano de la noción de daño moral, consecuencia de la violación de alguno de los derechos de la personalidad, componentes del patrimonio moral de una persona, me refiero en los Capítulos XX y XXI de la cuarta obra multicitada “La Responsabilidad Civil y un atisbo a la patrimonial del Estado mexicano”.

III. REFORMA AL ARTÍCULO 113 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE JUNIO DE 2002

Sección I. Comentarios doctrinales con relación al avance de la responsabilidad civil subjetiva a una responsabilidad civil objetiva, y la deformación de ésta en una responsabilidad patrimonial del Estado objetiva y directa, por conductas administrativas irregulares de sus servidores públicos.

Actualmente, un debate aún sin resolver para los especialistas en derecho administrativo y constitucional, lo constituye el determinar la naturaleza jurídica de la responsabilidad patrimonial a cargo del Estado mexicano. Sin embargo, desde la técnica jurídica, no viene a ser otra que la que la civil, esto es, la consistente en el resarcimiento del detrimento patrimonial,⁷⁴ que se origina a un particular, con motivo de las funciones y atribuciones a cargo de éste, a través del quehacer de sus empleados y servidores públicos, sin que el particular tenga necesidad jurídica de soportarlo, ya tenga este resarcimiento, un contenido meramente económico, o bien un contenido moral.

El ilustre jurista León Duguit,⁷⁵ durante una estancia en la Facultad de Derecho de Buenos Aires en los meses de agosto y septiembre del año 1911, impartió seis conferencias⁷⁶ con relación a diversos temas; *uno de ellos fue el de la responsabilidad civil*, y en su breve análisis del mismo viene a dar luz con relación a la naturaleza jurídica de la responsabilidad objetiva, en los términos siguientes:

Poco tiempo me queda para hablar de este gran y grave problema. Intentaré decir lo esencial y mostrar que en ésta, como en las demás partes del derecho, se realiza también una evolución en sentido socialista.⁷⁷

⁷⁴ ESPÍN CÁNOVAS, *op. cit.*, p. 512. En cuanto al alcance de la responsabilidad civil, lo dicho al respecto por el autor español, resulta muy interesante, quien al referirse a procedencia de la indemnización del daño patrimonial y del daño moral, menciona lo siguiente: "...la responsabilidad civil no parte de la idea de sanción para el culpable, sino de la reparación del daño causado por el mismo. Por eso el daño, si lógicamente es el último elemento de la responsabilidad civil, es en cambio el que primero hay que considerar para saber si existe responsabilidad civil; si no causó daño, la acción ilegal culposa, no hay por qué hablar de reparación civil."

⁷⁵ DUGUIT, León, *Las Transformaciones generales del Derecho privado desde el Código Napoleón*, Madrid, Librería Española y Extranjera de Francisco Beltrán, 1912, págs.111-140.

⁷⁶ La transcripción que se hace enseguida corresponde a la quinta conferencia, titulada el "Contrato y la responsabilidad", la cual, en sus apartados VI y VII, se refiere en particular a la evolución de la responsabilidad civil subjetiva a la objetiva. *Cfr.* Págs. 132-135.

⁷⁷ Con relación a esta expresión utilizada por Duguit, resulta necesario puntualizar que la misma no debe interpretarse en un sentido político del término, no como se interpretó en

El principio civilista de la responsabilidad está formulado en el célebre art. 1.382 del Código Napoleón: “Todo hecho del hombre que causa un daño á otro obliga á aquél por culpa del cual el daño se ha producido á repararlo”. El artículo 1.143 del Código argentino está redactado sobre poco más ó menos en los mismos términos: “Todo el que ejecute un hecho, que por su culpa ó negligencia ocasiona un daño á otro, está obligado á la reparación del perjuicio”. La regla es muy sencilla y lógica en el conjunto de sistema individualista. En las relaciones de dos sujetos de derecho, una obligación no puede ser creada mas (sic) que por un contrato. Pero si hay por parte del individuo culpa ó negligencia que le sea imputable, esta imputabilidad la impone la obligación de reparar el perjuicio que ha ocasionado á un sujeto de derecho. El que se crea lesionado deberá, pues, probar la culpa ó la negligencia del autor del hecho. Es también, la voluntad del sujeto de derecho quien constituye la causa generatriz de la relación de derecho; y, en definitiva, en ese sistema, el principio de la imputabilidad moral, es el único fundamento de la responsabilidad civil así como de la responsabilidad penal del sujeto de derecho. De ahí el nombre de sistema de la responsabilidad subjetiva.

No pretendo sostener que la responsabilidad subjetiva haya desaparecido ó deba desaparecer completamente. En las relaciones de los individuos, subsiste y subsistirá probablemente mucho tiempo todavía. *Lo que creo es que el dominio de la responsabilidad subjetiva se reduce cada vez más, que el principio de la imputabilidad no puede intervenir cuando se trata, no de relaciones de individuo á individuo, sino de relaciones de grupos entre sí ó de relaciones de grupos con individuos.* Agregaré que, con frecuencia, existe realmente una relación entre grupos ó grupos é individuos, aunque aparentemente no haya más que relaciones entre individuos. *Entonces la que se plantea no es una cuestión de imputabilidad, sino solamente una cuestión de riesgo.* Se trata de saber cuál es el patrimonio que debe en definitiva soportar el riesgo que entraña la actividad del grupo considerado. Puede entonces nacer una responsabilidad objetiva y no una responsabilidad subjetiva. Para saber si hay responsabilidad, no hay que averiguar si ha mediado culpa ó negligencia sino solamente cuál es el grupo que en definitiva debe soportar la carga del riesgo. No hay otra prueba que ofrecer que la del perjuicio causado; y practicada esta prueba la responsabilidad obra en cierta manera automáticamente.

la dialéctica marxista, sino en un sentido filosófico-jurídico, esto es, el derecho como un instrumento de cambio social en un estado de derecho, en el que la norma jurídica tiene una finalidad socializante a efecto de lograr el bien común de todos los gobernados. Y se entiende ello al ser esta posición filosófica un contrapeso a la corriente económica individualista, que se extendió al campo de la ciencia del derecho, que se resumía en las expresiones conocidas como “dejar hacer” y “dejar pasar”, en la que se consideró al Estado sólo como un buen policía, que tenía como misión el poner orden en las relaciones entre los particulares, en el que el principio fundamental fue el poder económico sobre el orden social y jurídico.

Se comprende fácilmente cómo la afirmación de esta especie de responsabilidad es la consecuencia de la socialización del derecho. Cuando no se veían en la vida jurídica mas (sic) que relaciones de individuo á individuo, cuando se referían todos los hechos sociales á la autonomía de la voluntad individual, no se podía concebir el nacimiento de una obligación más que como obra de la voluntad. El sujeto quiere conforme al derecho: se hace acreedor ó deudor. Quiere contra derecho: es responsable y será deudor del equivalente del perjuicio causado.

Pero hoy día la vida social, y por tanto la vida jurídica, es el producto de una división del trabajo entre las actividades individuales y las actividades colectivas. Los grupos no son, ya lo que hemos visto, sujetos de voluntad; no pueden ser personas responsables. Pero la actividad del grupo no es un elemento menos importante de la actividad social. *La labor resultante de esta actividad, beneficia sin duda al conjunto de la sociedad; pero beneficia más particularmente á los miembros del grupo.* Si éste utiliza el beneficio inmediato, es justo que soporte el riesgo que hace correr á los individuos y á los demás grupos el (sic) desarrollo de aquella actividad.

Tal es la sencilla idea á la cual se refieren todos los casos de responsabilidad objetiva.⁷⁸ (Las cursivas son de la autora)

Más adelante, en la misma conferencia, León Duguit⁷⁹ hizo mención, como uno de los ejemplos de la responsabilidad objetiva, a los servicios públicos en los términos siguientes:

Por último, *la responsabilidad objetiva aparece muy claramente en lo que yo llamo, por abreviar, la responsabilidad de los servicios públicos; debería decir la responsabilidad de la caja pública con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos.* La jurisprudencia del Consejo de Estado francés ha establecido, *sobre este punto, un sistema esencialmente protector del administrado, y que es seguramente más progresivo que ninguno de los elaborados en el extranjero.* No puedo estudiarlo aquí; sería preciso hacer toda una teoría del servicio público, y eso sería salirse del plan de estas conferencias. Me bastará decir que el sistema francés está fundado todo él sobre la idea según la que el tesoro público debe soportar la carga del riesgo que corren los particulares á causa del funcionamiento de los servicios públicos; *que hoy el Consejo de Estado no exige siquiera que el particular presente la prueba de una verdadera culpa imputable á los agentes del servicio; y que, en fin, la responsabilidad es de la administración, sea cual fuere el servicio de que se trate; la distinción hecha en un momento dado entre servicios públicos de gestión responsable y servicios públicos de autoridad no responsables(sic), se ha abandonado definitivamente;* el Consejo de Estado

⁷⁸ DUGUIT, *op. cit.*, pp. 132-135.

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 139 y 140.

reconoce hoy en día la responsabilidad aún con ocasión de la acción de la policía.

El autor Álvaro Castro Estrada, en su obra “Responsabilidad Patrimonial del Estado”, hace referencia a la posición que el autor León Duguit tenía respecto a la responsabilidad patrimonial del Estado, cuando escribió su obra “Las Transformaciones del Derecho Público”, la cual la cambió para cuando impartió sus conferencias en argentina en 1911.

El pensamiento de León Duguit, en aquel primer momento y con relación al tema en mención, de acuerdo a la propia cita de Castro Estrada,⁸⁰ era en el siguiente sentido:

Al respecto nos ilustra León Duguit —ex Decano de la Facultad de Derecho de Bordeaux— diciendo: “En cuanto a la responsabilidad general del Estado, no hay un solo texto desde 1789 que haga alusión a ella de cerca o de lejos”. Más adelante explica que “*si no se habla de la responsabilidad del Estado, es porque para el legislador es una verdad evidente, un dogma intangible que el Estado no es nunca, ni puede ser jamás responsable.*” (cursivas son de la autora)

La anterior transcripción es una muestra más del aspecto cambiante en un momento dado de los puntos de vista que pueden tener los doctrinarios conforme van avanzando en sus investigaciones, como fue el caso de León Duguit, quien en un primer momento hizo notar que para el legislador francés era una verdad evidente o un dogma intangible que el Estado nunca jamás podía ser responsable, por ello no había norma que hablara de la responsabilidad del Estado. Sin embargo, más adelante, en 1911, cuando Duguit asiste a la Universidad de Buenos Aires y al hacer referencia al tema de los avances de la responsabilidad civil objetiva a cargo del Estado, señala que:

Por último, *la responsabilidad objetiva aparece muy claramente en lo que yo llamo, por abreviar, la responsabilidad de los servicios públicos; debería decir la responsabilidad de la caja pública con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos. La jurisprudencia del Consejo de Estado francés ha establecido, sobre este punto, un sistema esencialmente protector del administrado, y que es seguramente más progresivo que ninguno de los elaborados en el extranjero...*⁸¹

Con lo anterior, queda evidenciado el que los doctrinarios, así como el propio legislador, modifican su criterio de acuerdo a nuevos hechos sociales

⁸⁰ CASTRO ESTRADA, Álvaro, *Responsabilidad Patrimonial del Estado*, México. Editorial Porrúa, 2000, p. 258.

⁸¹ DUGUIT, *op. cit.*, p. 139.

y a la necesidad de regular aquellos que impactan de manera positiva o negativa al grupo social, considerando para ello, verbigracia: nuevos estudios en las diversas materias que componen a la ciencia jurídica por los doctrinarios, quienes, como creadores de nuevas doctrinas, influyen en el pensamiento del legislador de cada época y lugar determinados, lo que será siempre deseable, siempre y cuando la propuesta del doctrinario esté fundada en un pensamiento y estudio científico, y no lleve la finalidad de sólo interpretar la norma secundaria para adecuarla a los intereses del grupo político en turno, porque con ello sólo se trastocarían las bases de la técnica jurídica en aras de proteger los tan vapuleados “intereses de la colectividad”, mayormente si se tiene presente que la técnica jurídica, junto con la lógica, son de las pocas herramientas con las que cuenta el científico y perito en derecho.

Sección II. Reforma al artículo 113 constitucional en junio de 2002, que dio origen a la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado.

Como hace notar el autor Jean Claude Tron Petit⁸² en un artículo titulado “Interpretación de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado”, la reforma constitucional del artículo 113 *fue producto de un proceso de “creación accidental y atropellado”, el que se caracterizó por negociaciones entre los grupos que participaron en dicho proceso, y por supuesto el resultado fue una serie de “concerta-cesiones”*. Ello, sin lugar dudas, no es otro fenómeno humano que la rebatinga por llevar cada uno de los grupos involucrados “agua a su molino”, como dice el proverbio popular, pero muy cierto; de ahí que el producto de ese proceso no se debió a un estudio científico que fuera el resultado del conocimiento del tema relativo a la responsabilidad patrimonial, que no puede ser otra que la “civil”, en la que se contempla no sólo la parte patrimonial económica del individuo víctima del detrimento patrimonial, sino la parte moral constituida por los derechos de la personalidad, de la persona o fundamentales, como también se les ha dado en denominar por los legisladores y estudiosos del tema. Aspecto moral que, por otra parte, también se irrogó el poder ejecutivo a través del texto de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, y al cual no se hizo mención en el texto del segundo párrafo del artículo 113 constitucional.

⁸² TRON PETIT, Jean Claude, *Interpretación de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado*, México, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 184. Consúltese en línea en: www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/20/r20-07-pdf. (Última revisión el 14 de marzo de 2017).

La propuesta original, a efecto de adicionar el segundo párrafo al artículo 113 constitucional, y con ello regular de manera expresa en el texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la noción de “responsabilidad patrimonial del Estado”, y no sólo a través de normas como las contenidas en los artículos 27 y 31-IV, provino del autor Álvaro Castro Estrada, quien también propuso la creación de un procedimiento específico de carácter administrativo y contencioso-administrativo ante tribunales de igual naturaleza administrativa, a efecto de que a través de la reforma constitucional y de la ley respectiva, se determinara la procedencia, o no, de la reparación de las lesiones antijurídicas en contra del patrimonio de un gobernado.

Las razones y fundamento doctrinal y jurídico de su propuesta, el autor Castro Estrada las expuso a través de su obra titulada “Responsabilidad Patrimonial del Estado, análisis doctrinal y jurisprudencial comparado”, propuesta legislativa en México y publicada en 1997, la cual la hizo en los términos siguientes:

Todo aquel que sufra una lesión en sus bienes y derechos, con motivo de la actividad del Estado, tendrá derecho a ser indemnizado en formas proporcional y equitativa, conforme a lo dispuesto por las leyes que al efecto expidan el Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados dentro del ámbito de sus respectivas competencias. Las controversias derivadas de la aplicación de las leyes correspondientes, serán conocidas por los tribunales contencioso-administrativos, cuando éstas se originen por la actividad administrativa del Estado. (Castro, 2002: 34).⁸³

Sin embargo, la propuesta original de Castro Estrada pasó por el tamiz de las distintas comisiones que se integraron para discutir el proyecto de reforma constitucional, conformadas por los integrantes del Congreso de la Unión y la Consejería Jurídica, y como lo hace notar el autor Tron Petit⁸⁴ en el artículo en comento, tanto la propuesta del Partido Revolucionario Institucional como la llevada a cabo por el Partido de Acción Nacional, eran semejantes en redacción y por lo mismo en su contenido; esto es, en ellas se consideraba a la responsabilidad patrimonial a cargo del Estado, de naturaleza objetiva y directa, sin embargo, la Consejería Jurídica introduce el cuestionamiento, con relación al calificativo de “objetiva”, de dicha responsabilidad patrimonial a cargo del Estado, y de si con el término “obje-

⁸³ *Idem.*

⁸⁴ *Ibidem*, p. 186, (n) 8 y 9.

tiva” se estaba excluyendo el elemento subjetivo de la culpa, y por lo mismo, la actualización de un hecho ilícito, o bien se trataba de una responsabilidad fundada en el riesgo que se genera por el sólo actuar de los servidores públicos, cuando a través de la actividad administrativa, se generara un detrimento patrimonial.

Ante el cuestionamiento anterior, se propuso, por parte de la Consejería Jurídica, la mención de que la responsabilidad patrimonial del Estado se *declarara procedente sólo si se trataba de una actividad con exceso o defecto en la actividad administrativa.*

Luego del voto razonado por parte de las Comisiones de las Cámaras del Congreso de la Unión,⁸⁵ respecto al proyecto de decreto de ley en cita, se dispuso lo siguiente:

Por otra parte, los miembros de estas Comisiones, después de haber deliberado sobre la pertinencia de establecer un régimen amplio y general de responsabilidad patrimonial del Estado, es decir, incluir como susceptible la responsabilidad del Estado y, por ende, de las indemnizaciones respectivas, a toda actividad lesiva de la Administración Pública que fuese consecuencia del funcionamiento ya sea regular o irregular de la actividad administrativa del Estado, se ha considerado conveniente restringir, cuando menos por algún tiempo, la responsabilidad del Estado exclusivamente a su actividad administrativa irregular; máxime que se encuentran resistencias para aceptar que el Estado pudiese ser responsable de los daños y perjuicios que con su actuar irroge a los particulares, en el caso de haber actuado de acuerdo a los estándares medios de los servicios públicos, es decir, que sean consecuencia de su actividad administrativa regular o normal.

En este punto, Álvaro Castro Estrada,⁸⁶ autor de la propuesta para la reforma del artículo 113 constitucional en la obra ya citada, con relación a las demás consideraciones hechas por los integrantes de las Cámaras del Congreso de la Unión, agrega lo siguiente:

En tal virtud, estas Comisiones han estimado que por el alcance nacional de esta iniciativa es prudente evaluar, transcurrido algún tiempo, la operatividad del instituto jurídico de la responsabilidad patrimonial del Estado, en los términos que más adelante se indican, para posteriormente reexaminar la posibilidad de ampliar la cobertura de la responsabilidad del Estado a su actividad lesiva de carácter regular, cuando se generen lesiones patrimoniales que los particulares no tuvieran la obligación jurídica de soportar y que, honrando el

⁸⁵ *Ibidem*, p. 186, (n) 10.

⁸⁶ *Idem*.

principio de solidaridad social, pudiesen también ser motivo de indemnización. (Castro, 2002: 218).

Como resultado de las anteriores deliberaciones, el texto del segundo párrafo del artículo 113 constitucional quedó como sigue:

Art. 113 (párrafo segundo)

La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes.

Sección III. Algunos desaciertos técnico-jurídicos en el contenido de la reforma al artículo 113 constitucional

Son variados los desaciertos en los que se incurrió en la elaboración del proyecto de reforma constitucional antes citada, entre otros, además, de sustentar la responsabilidad patrimonial del Estado mexicano en una responsabilidad objetiva fundada en un hecho ilícito, esto es en una conducta irregular; también se tiene el ámbito de competencia que se le atribuyó, esto es sólo referida a la actividad irregular de los servidores públicos adscritos, al órgano o poder ejecutivo, y no a los empleados o servidores públicos del poder judicial y legislativo; uno más de esos desaciertos, por llamarlos de alguna manera discreta, fue el empleo del término “lesión”, en lugar de referirse a la noción de “daño”, o bien a la noción “detrimento patrimonial” en el que se encuentra comprendida tanto el daño como los posibles perjuicios o ganancia lícita que dejó de recibir la víctima del hecho dañoso. Lo anterior, entre los más destacados, si bien no son todos.

Los anteriores temas, y otros más, la autora de este artículo los desarrolla en la parte segunda de su obra ya citada, “La Responsabilidad Civil y un atisbo a la patrimonial del Estado mexicano”. Lo anterior para resaltar la importancia de esta materia en los diversos campos de la ciencia del derecho, y de manera particular en el ámbito del derecho constitucional y administrativo, y de cómo en el derecho civil, llamado derecho común, desde las épocas del derecho romano, se establecen en él las bases técnico jurídicas de esta área del saber humano.

IV. CONCLUSIONES

PRIMERA. Resulta necesario sistematizar la materia de los hechos ilícitos, porque tan ilícito es el violentar un deber jurídico en sentido estricto,

verbigracia, el no dar alimentos al acreedor alimentario en tiempo y forma, como el incumplir una declaración unilateral de la voluntad, o bien el *incumplir un contrato*, inclusive el incumplir culpablemente una obligación indemnizatoria derivada ya sea de un supuesto de responsabilidad civil subjetiva o de una responsabilidad civil objetiva.

SEGUNDA. Los hechos ilícitos dan origen a una responsabilidad civil subjetiva, la cual tiene su fundamento en una conducta culpable por negligencia o por intención. En cambio, los hechos lícitos, al producir un detrimento patrimonial, son fuente de la responsabilidad civil objetiva por disposición objetiva y expresa del propio legislador.

TERCERA. Por lo mismo, se debe desterrar de los códigos civiles mexicanos la referencia a la “responsabilidad contractual”, ya que, si bien la misma tiene su fuente en la conducta de incumplir culpablemente, de manera negligente o intencional, una obligación convencional derivada de un contrato o de un convenio en sentido amplio o estricto, el legislador no la califica como “hecho ilícito”, como sí lo hace en la llamada “responsabilidad extracontractual”, la que se genera por el hecho ilícito de incumplir culpablemente con intención o por negligencia, un deber jurídico en sentido estricto o una obligación en sentido amplio en cualquiera de sus especies, ya sea de una obligación en sentido estricto, originada a través de una declaración unilateral de la voluntad, o del incumplimiento de una obligación indemnizatoria, cuyo origen sea una conducta ilícita, e inclusive del supuesto de la obligación indemnizatoria que por disposición expresa del legislador se origina, entre otros supuestos contemplados en los propios ordenamientos sustantivos civiles, en una conducta lícita derivada del empleo de un mecanismo en sí mismo peligroso, por la velocidad que desarrolla o por la fuerza exclusiva de sus gases, etc.

CUARTA. Conforme a lo antes apuntado, se requiere sistematizar la materia de la responsabilidad civil en subjetiva, cuya fuente es la conducta culpable, ya sea intencional o negligente; y en objetiva, cuya fuente es la voluntad objetiva y expresa del legislador, quien presume la licitud en la conducta de quien produce el detrimento patrimonial de otra persona.

QUINTA. El desterrar la clasificación de la responsabilidad civil en contractual y extracontractual, es una imperiosa necesidad que responde a razones de lógica y de un trato sistemático y, por lo mismo, científico de esta figura indemnizatoria o resarcitoria del detrimento patrimonial que sufre una persona, sin que haya razón jurídica para ello.

SEXTA. La regulación sistemática de la responsabilidad civil en subjetiva y objetiva ya es una realidad en el sistema jurídico mexicano, en los códigos civiles de Tlaxcala (1976), Quintana Roo (1980), Puebla (1985), y Jalisco (1975); sistematización que se llevó a cabo conforme a la teoría unitaria de la responsabilidad civil, propuesta por su autor el Maestro Ernesto Gutiérrez y González, que basó fundamentalmente en la sistematización de las diversas clases de hechos ilícitos, como un solo supuesto jurídico.

SÉPTIMA. La necesidad de sistematizar las conductas o hechos ilícitos, sin hacer distinción de si los mismos, verbigracia, provienen de incumplir un deber jurídico en sentido estricto, o bien una declaración unilateral de la voluntad o los términos de un contrato, también, ha sido un problema que se ha estudiado y discutido en forma particular en la doctrina española y argentina, y producto de ello a partir del año 2015 se encuentra vigente el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación argentina.

OCTAVA. Como parte de la sistematización, tanto del hecho ilícito como de la responsabilidad civil, el maestro Gutiérrez y González, también la refirió en lo concerniente a figuras vinculadas con las mismas, verbigracia, con la noción de culpa a la que clasificó en: Intencional o por negligencia, figuras que propuso aplicar tanto a la responsabilidad subjetiva, como a la objetiva. La sistematización en cita, también se refiere a los conceptos de daño, perjuicio y a la relación de causalidad, los cuales, tal como se les regula hoy en día, en la mayoría de los códigos civiles mexicanos, sólo se les vincula al supuesto de indemnizar al co-contratante, cuando se incumplan los términos de un contrato, pero no a las otras conductas o hechos ilícitos y conductas o hechos lícitos, con los que se pueda generar un detrimento patrimonial.

NOVENA. La responsabilidad civil, tanto subjetiva como objetiva, también se les clasifica a su vez en: solidaria o directa y subsidiaria o indirecta, conforme a los supuestos impuestos por el propio legislador, o bien conforme a la voluntad del autor o autores del acto jurídico.

DÉCIMA. La propuesta que se hace la autora de esta obra, entre otras más, se encuentra el sistematizar la figura de la culpa en intencional o por negligencia, según lo asentado antes, pero aplicarla al resto de las figuras jurídicas con las que se entremezcla, como sucede con el saneamiento por evicción y por vicios ocultos de la cosa adquirida, como también con la acción pauliana y la acción contra la simulación, lo que hace así en cada uno de los capítulos en los que se hace el estudio de las figuras jurídicas en cita.

DÉCIMA PRIMERA. En las figuras antes mencionadas, el legislador civil distingue entre las conductas realizadas de buena fe y las realizadas con “mala fe” o con “mala intención”, según la propuesta del maestro Gutiérrez y González. Lo anterior, a efecto de agravar la sanción cuando se trate de una conducta realizada con mala intención o inclusive, se dice por el legislador, de manera dolosa.

La propuesta de la autora, es en el sentido de distinguir entre conductas de buena fe o que se sean realizado de forma negligente o “no consciente” por parte de su autor, y las conductas llevadas a cabo de mala fe o con mala intención o hasta dolosamente, esto es, conductas culpables por intención o “conscientes”, por parte del autor de la conducta, quien tiene pleno conocimiento del hecho ilícito que se encuentran realizando y con el que generará un detrimento patrimonial a otra persona.

DÉCIMA SEGUNDA. Las figuras del dolo y la culpa surgieron de manera separada en los inicios del derecho romano, pero en la evolución de éste, la culpa grave fue haciéndose cada vez más grave, hasta ser considerada una culpa “dolosa”, esto es, una culpa intencional que ocurre cuando el sujeto que actúa de esa manera se encuentra consciente de la conducta ilícita que se encuentra realizando y de los efectos dañosos que originará con ella en el patrimonio de otra persona, y a pesar de ello continúa con la realización de esa conducta.

DÉCIMA TERCERA. A partir de la regulación que hizo el legislador civil de 1928, en el artículo 1815 del Código Civil, de disponer que el dolo constituye una forma de inducir al error, este elemento del dolo se encuentra vinculado con este vicio de la voluntad y, por lo mismo, con la presunta nulidad del acto jurídico celebrado con base en esa inducción al engaño que una de las partes, ejerció en su co-contratante.

DÉCIMA CUARTA. Consecuentemente, el dolo a partir del Código Civil citado, cobró su propio lugar en la técnica jurídica, por lo que será necesario, a efecto de lograr una mejor sistematización de ella, el independizar al dolo de las conductas ilícitas intencionales, lo que se entiende en la práctica, pero ello no es suficiente, es necesario para una mejor comprensión del papel que juega actualmente el dolo como una forma de inducir al error, y éste como un vicio de la voluntad, el llevar esta distinción al manejo del lenguaje jurídico, y hablar así de una conducta culposa por intención cuando haya existido una “consciencia”, dolo o mala intención por parte del autor, de llevar a cabo la misma y de una conducta culposa por negligencia o llevada a cabo de buena fe, esto es, sin la intención de causar un detrimento a otra

persona, esto es, cuando no exista esa consciencia del detrimento patrimonial que se origina a través de ella, pero con la cual finalmente se generará la necesidad de indemnizar a la víctima del mismo.

DÉCIMA QUINTA. El significado original o coloquial de la palabra responsabilidad es el cumplir con lo acordado o con lo ofrecido, sin embargo, cuando no se cumple ello, surge la responsabilidad civil subjetiva por un hecho ilícito, el que tiene su fundamento en la conducta culpable por intención o por negligencia de su autor. En cambio, la responsabilidad civil objetiva tiene su origen en la determinación objetiva y expresa del legislador en cada tiempo y lugar determinados, en la que se dispone por éste que ante el detrimento patrimonial que ocasiona a otro, sin culpa por parte de su autor, con motivo de una conducta autorizada en la ley, surge una obligación indemnizatoria a su cargo.

DÉCIMA SEXTA. Si bien en el Código Civil de 1928 se dispuso por el legislador la procedencia de una indemnización equitativa a título de reparación moral, a favor de la víctima del hecho ilícito o de su familia si él moría, la misma, esto es, la indemnización, no podía exceder de la tercera parte del importe de la responsabilidad civil, lo que implicaba que la misma no formara parte de aquélla por la sencilla razón de que los bienes o derechos morales, en este caso en particular de afección, no se les consideraban aún como parte integrante del patrimonio de una persona, lo que no era de extrañar en aquellas épocas, a principios del Siglo XX, si se considera que hoy día el patrimonio moral de una persona que se integra por los derechos de la personalidad, todavía no son regulados como tales, en la gran mayoría de los códigos civiles y familiares mexicanos, y que un número importante de doctrinarios del derecho civil consideran que el daño moral que se actualiza por la violación de los atributos de la persona o por los derechos de la personalidad, tiene un carácter extra-patrimonial.

DÉCIMA SÉPTIMA. A partir del 2 de diciembre de 1982, el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, conocido como Código Civil de 1928, comenzó a regular la noción de “daño moral” por la violación de la incipiente regulación de algunos derechos subjetivos que han sido denominados como derechos de la personalidad o de la persona, o también llamados fundamentales. Sin embargo, no los reguló como tales, ni tampoco reguló un catálogo de los mismos, situación que se mantiene hasta la actualidad de manera desafortunada.

DÉCIMA OCTAVA. En cuanto al ámbito nacional, algunos códigos civiles de las Entidades Federativas que conforman a los Estados Unidos Mexicanos, ya han regulado los derechos de la personalidad *en algunas ocasiones sólo mencionando el término*, otras más definiendo qué debe entenderse por ellos, en otros casos señalando sus características, y en otras más, los códigos sustantivos sí contienen un catálogo de los mismos. Sin embargo, la mayoría de las Entidades Federativas que conforman al Estado mexicano, regulan “el daño moral” como un efecto de la violación de esta clase de derechos subjetivos, considerándose a estos como un componente más del patrimonio de una persona en su carácter moral.

DÉCIMA NOVENA. A partir de la reforma constitucional al artículo 113, se considera que la responsabilidad patrimonial a cargo del Estado mexicano tiene una naturaleza objetiva y directa, la misma tiene su eficacia a partir de que la víctima del detrimento patrimonial que le causado un servidor o empleado administrativo de éste, prueba su conducta irregular por exceso u omisión en el cumplimiento de las facultades que tiene encomendadas conforme a la ley. Sin embargo, al hacerse depender la eficacia de la responsabilidad patrimonial a cargo del Estado mexicano, de la conducta irregular de uno de sus servidores o empleados administrativos, su fundamento es una conducta ilícita, y por lo tanto, tiene la responsabilidad en cuestión, un carácter subjetivo, de naturaleza solidaria y directa a cargo de los Estados Unidos Mexicanos en el nivel de competencia que corresponda en cada caso.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA

Antonio Fernández Fernández



La justicia es la primer virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento.

JOHN RAWLS.¹

I. PLANTEAMIENTO

Poco se ha escrito y hablado sobre responsabilidad civil, sin embargo, se encuentra en todas las áreas del derecho y de la vida jurídica de un Estado. Cada vez existen más casos de responsabilidad civil que resolver y muy pocas herramientas para resolverlos, por lo que la mayoría de las resoluciones carecen de fundamento y de profundidad, resultando costoso para la sociedad.

El costo de no contar con una formación seria en temas de responsabilidad civil es muy alto y lo pagan las empresas y la sociedad, puesto que hablamos de temas económicos, ya que, principalmente, la reparación del daño se da mediante una indemnización económica y es ahí donde en casi todos los casos se tienen muy pocos elementos para determinar el monto.

En el Estado moderno cada vez son más las controversias por responsabilidad civil, por lo que determinar el daño causado es uno de los principales problemas y como en todas las áreas del derecho solo quienes tienen una buena capacidad económica pueden contratar los servicios de un abogado que haga valer en un juicio el pago por los daños causados, quedando fuera de la esfera de protección del estado de derecho una gran cantidad de personas a las que nunca se les podrán resarcir los daños causados.

En materia contractual, cada vez es más común establecer cláusulas resarcitorias por el posible daño que se cause por incumplimiento; de esta

¹ RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 17.

forma las partes se están cubriendo de los costos que les pueda generar el incumplimiento, pero el problema no se soluciona del todo, pues después de que haya incumplido alguna de las partes, si voluntariamente no cumple con el pago por el incumplimiento tendrán que acudir a los tribunales y ahí nos enfrentamos a otro problema, que es el litigar el asunto en los tribunales, los cuales en muchos casos carecen de la preparación para resolver sobre responsabilidad civil.

Nos dice Hans Jonas, en su obra “El Principio de Responsabilidad”, que “sólo quien tiene responsabilidad puede actuar irresponsablemente”.² El ser responsable además de contener un contenido moral, su principal fundamento es la ley, si en ella no se puede imputar a una persona ninguna responsabilidad más allá de la responsabilidad moral de no haber respondido como se esperaba, por eso la única responsabilidad que obliga a la reparación del daño es la jurídica y para ello debe de estar contenida en la ley.

II. CLASIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Poco se ha escrito sobre responsabilidad civil, y menos aún sobre responsabilidad civil subjetiva, por ello iniciaremos con definir la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil.

Existen dos teorías principales, la primera determina que la responsabilidad civil es una derivación de una obligación principal incumplida, que puede darse por el incumplimiento de una obligación legal o por el incumplimiento contractual en ambos casos se genera la obligación de la reparación del daño causado, y según los seguidores de esta teoría esta obligación siempre está ligada al incumplimiento de la obligación principal sin que tenga vida propia una vez generada.

Al mismo tiempo dentro de los defensores de esta primera teoría, hay quienes señalan que hay que distinguir entre la obligación nacida del incumplimiento de un mandato legal a la responsabilidad surgida del incumplimiento de una obligación contractual, puesto que por el incumplimiento de la ley su obligación ya no es directa, mientras que en el incumplimiento de una obligación contractual la obligación de reparación siempre está ligada a la existencia del contrato, esto nos genera aún más confusiones al distinguir como regla general si la responsabilidad civil es principal o accesoria.

² JONAS, Hans, *El Principio de Responsabilidad*, Barcelona, Herder, Barcelona, 2008, p. 165.

Por otro lado están los seguidores de la corriente que señala que la responsabilidad civil es una obligación nueva y no depende de ninguna obligación principal, bajo el argumento de que cuando se causa un daño produce para su autor una obligación de indemnizar a la víctima, siendo la culpa la generadora de esta nueva obligación de responder. En nuestro país el principal defensor de esta teoría ha sido Rojina Villegas, al señalar que antes de que se causara el daño no había una relación jurídica entre el autor del daño y la víctima.

En la discusión entre si la responsabilidad civil es derivada de una obligación incumplida o si es una obligación nueva, tomar una postura al respecto resulta limitante pues en ambas teorías hay fracturas que impiden construir una teoría robusta y contundente, por lo que por mi parte señalaré que hay más argumentos para optar por la teoría de que es una obligación nueva, aunque hay que señalar que hay excepciones al respecto y en cada caso se tiene que analizar el tipo de obligación que genera, principalmente por las diferencias entre las responsabilidades contractual y la extra-contractual.

Por lo anterior, observamos que para definir la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil hay discusiones, por lo que para definir los tipos de responsabilidad civil subjetiva y responsabilidad objetiva aún hay mayores diferencias, por ello trataremos de dar una explicación de en qué consisten cada una de ellas para poder diferenciarlas.

A) La responsabilidad objetiva.

Es tal vez la más importante de las responsabilidades, por lo que la doctrina ha dedicado más tiempo para analizar este tipo de responsabilidad, y se encuentra principalmente regulada en el artículo 1913 del Código Civil para el Distrito Federal, que dice:

Quando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

La responsabilidad objetiva también es conocida como responsabilidad por riesgo creado, e implica que cualquier situación que genere, por su propia naturaleza, un riesgo para los terceros, se define como responsabilidad objetiva, pues para determinar quién es el responsable no se tiene que analizar la conducta desarrollada ni el grado de culpa del causante del daño,

sino que por el simple hecho de encontrarse en este supuesto de riesgo, es responsable y se tiene que reparar el daño generado y, en su caso, los perjuicios causados.

Por lo anterior, tenemos que un solo artículo contiene los presupuestos de la responsabilidad objetiva, con lo cual resulta muy pobre la regulación de un tema tan amplio, por lo que debemos propugnar por una mayor regulación y de esta forma cubrir lagunas difíciles de resolver por parte de los juzgadores, quienes tienen un campo de acción muy amplio y oscuro para dictar sus sentencias.

De esta la manera, para muchos la responsabilidad objetiva es la mejor forma para garantizar la reparación del daño, pues no tiene que entrar al estudio de la culpa y solo analiza el resultado, por lo que, en un sistema jurídico tan ineficiente como el mexicano, resulta benéfico que de una forma directa y sin necesidad de un amplio análisis de cada caso se tenga al responsable, esto ha generado que en ciertos ámbitos se desarrollen los seguros contra daños haciendo más práctica y eficaz la reparación del daño.

B) La responsabilidad subjetiva.

En este sistema de responsabilidad la característica principal es la conducta, siendo la culpa del autor de la conducta la determinante para la imputabilidad de la responsabilidad, por ello es muy importante en cada caso de responsabilidad analizar detalladamente la acción u omisión y el grado de culpa en que incurrió para con ello determinar la responsabilidad.

En el derecho mexicano el Código Civil para el Distrito Federal determina la culpa en su artículo 2025 que dice: “Hay culpa o negligencia cuando el obligado ejecuta actos contrarios a la conservación de la cosa o deja de ejecutar los que son necesarios para ella”. En este caso se refiere únicamente a la obligación que tiene una persona respecto de las cosas que tiene en posesión, dejando al margen todas las demás obligaciones, pero que siguiendo el mismo principio, se traduce en que el obligado debe actuar con sumo cuidado y con la mayor destreza posible para la realización de la conducta.

Por lo anterior, todos tenemos en nuestro actuar la obligación de hacerlo con el mayor de los cuidados y tomando todas las medidas de precaución necesarias para no causar algún daño, pues cualquier daño que se llegue a producir por no conducirnos de la mejor forma posible nos hará responsables de la reparación del daño, afectándonos en nuestro patrimonio.

Se denomina subjetiva porque se genera por medio de la conducta del ser humano, es decir de las acciones u omisiones que realizamos en nuestro actuar, lo cual la hace más difícil de interpretar; al respecto, la Real Academia de la Lengua Española define así el concepto subjetivo: “1. Adj. Pertene-

ciente o relativo al sujeto, considerado en oposición al mundo externo. 2 Adj. Pertenciente o relativa al modo de pensar o de sentir del sujeto, y no al objeto en sí mismo.”

Lo anterior nos muestra que lo subjetivo pertenece al inconsciente del ser humano, es decir la voluntad para actuar es una parte demasiado personal como para determinar la intención, y es aquí en donde entramos a un terreno muy ambiguo, poco claro, aunado a la poca preparación de nuestros juzgadores y litigantes, las resoluciones para fundamentar el responsabilidad subjetiva resultan muy casuísticas y poco científicas.

Sin embargo, la Suprema Corte de la Nación ha clarificado algunos de los puntos más controversiales mediante algunas tesis que comentaremos aquí:

En la siguiente tesis la Corte interpreta que en la responsabilidad civil subjetiva no todos los actos administrativos o de autoridad ilegales son ilícitos, puesto que se tiene que considerar que el principio general es que las autoridades actúan de buena fe, y la mala fe se tiene que demostrar, mediante las pruebas conducentes que demuestren el dolo o la intención de causar un daño en la actuación de sus funcionarios, lo cual resulta muy difícil demostrar, misma que dice así:

RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA RESPECTO DE ACTOS DE AUTORIDAD. PARA JUSTIFICAR LA ACCIÓN DERIVADA DE HECHO ILÍCITO, ES NECESARIA LA DEMOSTRACIÓN DE UNA CONDUCTA ANTIJURÍDICA Y DOLOSA. No todo acto administrativo o de autoridad, por el solo hecho de ser anulable por razones de fondo o de forma, se traduce en un acto ilícito generador de responsabilidad civil, ya que su ilegalidad no determina necesariamente su ilicitud, sino que debe atenderse en forma específica a cada caso en particular, analizando la conducta subjetiva de la autoridad, para determinar si existe en su proceder algún grado de culpabilidad o bien de dolo. De manera tal que, el actor para reclamar la responsabilidad civil subjetiva con motivo de un acto de autoridad debe demostrar que al emitir el acto que se invoca como generador del daño, aquélla actuó ilícitamente, no por el hecho de haberlo emitido en contravención con algún dispositivo legal que motivó su nulidad en la resolución judicial respectiva (ya sea por cuestión formal o de fondo), sino porque se emitió con el ánimo de producir el daño, pues los actos de autoridad gozan de la presunción de legalidad y de haberse dictado de buena fe, mientras no se demuestre lo contrario. Partir del supuesto acto de que todo acto de autoridad emitido en contravención a la ley es ilícito, implicaría que todos los actos de ésta que hubieran sido anulados por cualquier vía (administrativa o jurisdiccional), por no haberse dictado con estricto apego a la ley, motivaría un juicio de responsabilidad civil, lo que traería como consecuencia una indeterminable cadena de juicios contra todas aquellas resoluciones en que las que

se decretara la ilegalidad del acto, lo cual va incluso en contra de la intención del legislador, pues lo que en realidad se persigue al contemplar la responsabilidad subjetiva contra un funcionario, es su conducta subjetiva, es decir, su intencionalidad en el actuar, su dolo o mala fe para ocasionar un daño particular, esto es, en perjuicio de quien resiente los daños sin que esté obligado a soportarlos, lo cual sólo puede demostrarse evidenciando tal conducta específica en el juicio respectivo. Por lo tanto, dentro de los elementos constituidos de la acción de responsabilidad ejercitada en contra de una autoridad, derivada de hechos ilícitos con motivo de sus funciones, se encuentra del demostrar que la conducta de ésta además de ser anti-jurídica es también dolosa para que sea considerada ilícita.

Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 738/2009. Miguel Ángel Mosqueda Domínguez. 8 de febrero de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: María Concepción Alonso Flores. Secretaria: Susana Teresa Sánchez González.

Novena Época Núm. de Registro: 164535. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXI, Mayo de 2010, Materia(s): Civil. Tesis: I.11o.C.219 C Página: 206.

La Corte también nos ilustra en la distinción entre la responsabilidad civil objetiva y la responsabilidad civil subjetiva, al indicarnos que mientras la primera es directa y por riesgo creado, en la segunda atiende a cuestiones como la negligencia, dolo o intencionalidad, y esto le da una gran diferencia a cada una de los tipos de responsabilidad, como veremos a continuación:

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. DIFERENCIA ENTRE RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y SUBJETIVA. La adición al artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de junio de 2002, tuvo por objeto establecer la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados en los bienes y derechos de los ciudadanos, otorgándole las características de directa y objetiva. La diferencia entre la responsabilidad objetiva y la subjetiva radica en que mientras ésta implica negligencia, dolo o intencionalidad en la realización del daño, aquélla se apoya en la teoría del riesgo, donde hay ausencia de intencionalidad dolosa. Por otra parte, del contenido del proceso legislativo que dio origen a la adición indicada, se advierte que en un primer momento el Constituyente consideró la posibilidad de implantar un sistema de responsabilidad patrimonial objetiva amplia, que implicaba que bastaba la existencia de cualquier daño en los bienes o en los derechos de los particulares, para que procediera la indemnización correspondiente, pero posteriormente decidió restringir esa primera amplitud a fin de centrar la calidad objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado a los actos realizados de manera irregular, debiendo entender que la misma está desvinculada sustancialmente de la negligencia, dolo o intencionalidad, propios de la responsabilidad subjetiva e indirecta, regulada por las disposiciones del derecho civil. Así, cuando el artículo 113 constitucional particular “con motivo de su actividad administrativa irregular”, abandona toda in-

tención de contemplar los daños causados por la actividad regular del Estado, así como cualquier elemento vinculado con el dolo en la actuación del servidor público, a fin de centrarse en los actos propios de la administración que son realizados de manera anormal o ilegal, es decir, sin atender a las condiciones normativas o a los parámetros creados por la propia administración.

Acción de inconstitucionalidad 4/2004. Diputados integrantes de la Tercera Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 7 de febrero de 2008. Unanimidad de diez votos. Ausente y Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano; en su ausencia hizo suyo el asunto Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Eduardo Delgado Durán.

Novena Época Núm. de Registro: 169428. Instancia: Pleno Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVII, Junio de 2008, Materia(s): Constitucional. Tesis: P./J. 43/2008 Página: 719

En el estudio de la responsabilidad civil subjetiva una parte importante es la culpa, para ello primero hay que definirla. Nos dice Guido Alpa, en su "Tratado de responsabilidad civil": "La Culpa es definida, es la aceptación subjetiva, como impericia, negligencia, desatención, etc., en su acepción objetiva, como violación de leyes y reglamentos".³ Por ello la culpa siempre tendrá un componente psicológico y subjetivo, el cual es difícil de percibir claramente.

Asimismo, la Real Academia Española define culpa como sigue: 1.f. Imputación a alguien de una determinada acción como consecuencia de su conducta. *Tú tienes la culpa de lo sucedido*. 3. f. Der. Omisión de la diligencia exigible a alguien, que implica que el hecho injusto o dañoso resultante motive su responsabilidad civil o penal".

Por todo ello, la culpa se localiza dentro de la parte subjetiva de la responsabilidad civil, siendo sujeta siempre de valorizaciones de la conducta, la cual se aprecia en cada caso de forma diferente por el juzgador, quien para poder fundar de forma más equitativa sus resoluciones tiene que contar con los elementos que le permitan tener una visión amplia y objetiva de la conducta que se realizó y causó un daño, y parte de ello se obtiene de las resoluciones de la Suprema Corte de la Nación, de la literatura Jurídica, de los principios generales del derecho y de la propia ley.

En los sistemas jurídicos más avanzados como el de Francia y el de Italia, se ha querido establecer un tipo de culpa objetiva, para darle un mayor grado de certidumbre a la responsabilidad derivada de una conducta culpable; sin embargo, resulta muy aventurado dotar a la culpa de un sentido objetivo cuando su principal componente es el psicológico y eso por su propia

³ GUIDO Alpa, *La Responsabilidad Civil, Parte General*, Lima, Perú, Editora y Distribuidora Ediciones Legales, p. 332.

naturaleza la hace totalmente subjetiva, no obstante en aras de que los jueces puedan resolver de una forma más fácil es que el estado ha tratado de tipificar el mayor número de conductas irresponsables e ilícitas para tener una sanción directa sin considerar la parte psicológica.

Por ello, Guido Alpa también nos señala lo siguiente:

Anteriormente hemos precisado que la culpa entendida en sentido objetivo en dos diferentes acepciones: como figura de violación de normas de conducta específica previstas por leyes y reglamentos, y como noción desvinculada de toda referencia a la moral y a los estados mentales internos.⁴

Es decir que lo que se trata de tipificar es una conducta en una ley o reglamento sin tomar en cuenta la intención, para con ello darle un sentido objetivo en el cual no importe en realidad la culpa, porque si hablamos de culpa hablamos de conducta, y con ello tenemos presente la parte volitiva de la conducta y no podemos dejar de pensar en el componente psicológico.

Por lo anterior, considero que no tendrá mucho éxito el desarrollo de una culpa objetiva, pues desvirtúa el sentido profundo de lo que significa la culpa, y resulta imposible poder clasificar en las leyes todas las diferentes conductas y sus diversos matices que sólo un juez puede conocer en cada caso en concreto y con ello resolver en específico cada asunto en particular, puesto que la conducta humana es única.

Tenemos una tesis que nos puede ayudar a diferenciar los tipos de responsabilidad objetiva y subjetiva, además de que a falta de disposiciones claras en las leyes se ha ido creando una cultura de la responsabilidad civil mediante tesis jurisprudenciales, con lo que se van dando fundamentos para nuevos casos de responsabilidad:

III. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA, AQUILIANA Y OBJETIVA. DIFERENCIAS

La primera se origina cuando por hechos culposos, lícitos o ilícitos se causan daños, la aquiliana opera en casos en que los resultados de la conducta dañosa deba responder una persona distinta al causante; finalmente existe responsabilidad objetiva sin existencia del elemento culpa para el dueño de un bien con el que se causen daños. Así, el que es ocasionado por la comisión de los actos ilícitos genera obligaciones en atención a la conducta

⁴ GUIDO Alpa, *op. cit.*, p. 341.

de la persona a la que le es imputable su realización, pudiendo identificar a este tipo de responsabilidad como subjetiva, por contener el elemento culpa; también genera responsabilidad el daño causado por terceros y, en este caso, aun cuando no existe vínculo directo entre el que resulta obligado y el que realiza la conducta, el nexo surge de la relación que existe entre unos y otros, y así los padres responden de los daños causados por sus hijos, los patrones por los que ocasionan sus trabajadores y el Estado por los de sus servidores; por último, resulta diferente el caso en que, aun en ausencia de conducta, surge la obligación por el solo hecho de ser propietario de una cosa que por sus características peligrosas cause algún daño.

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito. Amparo Directo 99/2003. Seguros Tepeyac, S.A., 29 de abril de 2003. Unanimidad de votos. Ponente, Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna. Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo IV, noviembre de 1996. Página 512, tesis II.1º.C.T85 C, de Rubro “RESPONSABILIDAD CIVIL POR HECHOS PROPIOS, AQUILIANA Y OBJETIVA. DIFERENCIAS”

Asimismo tenemos una tesis que nos indica de forma clara y sencilla los elementos que configuran la responsabilidad civil subjetiva, lo cual nos va ayudando a ver de forma más completa los casos que implican una responsabilidad civil:

RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA. ELEMENTOS QUE LA CONFIGURAN. Para que se configure la responsabilidad que genera el actuar ilícito de una persona, en términos de lo preceptuado en los artículos 1919 y 2110 del Código Civil Federal, es menester la concurrencia de cuatro presupuestos básicos: 1. El incumplimiento objetivo, o material, que consiste en la infracción al deber, sea mediante el incumplimiento de un contrato, sea a través de la violación del deber general o específico establecido en una norma jurídica. 2. Un factor de atribución de responsabilidad (subjetivo) esto es, una razón suficiente para asignar el deber de reparar al sujeto señalado como deudor. 3. El daño; y 4. Una relación de causalidad suficiente entre el hecho y el daño, es decir, que puede predicarse del hecho que es causa (fuente) inmediata y directa de tal daño”.

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito. Amparo directo 756/2005. Álvaro de Jesús Campos Acosta. 20 de enero de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Gerardo Domínguez. Secretario: Jair David Escobar Magaña.

La responsabilidad civil subjetiva existe desde el inicio del derecho, puesto que su base es la realización de una conducta que cause un daño, y esto es así desde el inicio de la historia, cuando las comunidades se organizan para hacer responsable a la persona que le cause un daño a otra persona,

obligándolo a reparar el daño o a indemnizar, cuando resulte imposible su reparación. Esto es un principio de equidad básico dentro de la sociedad, y es la responsabilidad subjetiva el origen de todos los tipos de responsabilidad, como lo son la objetiva, la contractual y la extracontractual, pero en la actualidad se le ha querido restar importancia y aplicación por resultar más compleja su calificación, por lo que el Estado ha implementado encuadrar en el tipo de responsabilidad objetiva la mayoría los actos que causen un daño, en detrimento de la responsabilidad subjetiva, sin embargo considero que esta tendencia tiene un límite y que nunca se podrá encuadrar dentro de la responsabilidad objetiva gran parte de actos que tienen que ver directamente con la culpa del causante del daño.

La responsabilidad subjetiva tiene un amplio campo de actuación sobre todo en el daño moral, pues es ahí donde la culpa tiene un componente importantísimo para su conformación. En el caso del daño moral tenemos cada vez un mayor número de asuntos en los tribunales y que por su naturaleza subjetiva resultan ser complicados de resolver, sobre todo porque se carece de parámetros de valoración del daño, así como por que los litigantes no tienen los conocimientos suficientes para establecer de forma lógica la relación conducta-daño y la relación daño-indemnización, para ello se debería de contar con estudios actuariales que contengan el cálculo de los daños y perjuicios en razón del daño moral causado, con ello los jueces tendrían una base sólida para resolver convenientemente, puesto que si las partes no le proporcionan estos cálculos el juez no puede realizarlos de oficio, y por tal motivo la mayoría de las veces no contempla un resarcimiento del daño moral mediante una compensación económica.

IV. CONCLUSIONES

Por todo lo anterior, tenemos que la responsabilidad civil subjetiva se origina de una conducta culposa y que causa un daño, generando el deber de reparación del daño, la cual se cumple volviendo las cosas al estado en que se encontraban antes de causarse el daño, o de resultar imposible, mediante una indemnización. Si bien es cierto que mientras la responsabilidad objetiva ha crecido, en una sociedad cada vez más sistematizada mediante la contratación de seguros contra daños, también es cierto que donde el derecho enfrenta el mayor reto es en fortalecer la responsabilidad civil subjetiva, ya que con ello se contribuye a fortalecer también los sistemas jurídicos y las

leyes, ya que es precisamente ahí en donde se cometen el mayor número de desaciertos en sus sentencias.

Por todo lo anterior, la responsabilidad civil subjetiva tiene una perspectiva para que se desarrolle cada día más, y todos tenemos la obligación de contribuir para que se mejore del estado de derecho en México, que gran falta nos hace en estos días.

DERECHOS HUMANOS Y FUNCIÓN POLICIAL

Sergio García Ramírez¹



Me complace aportar este texto a la obra colectiva en la que un grupo de juristas, distinguidos colegas, reconocen con afecto y respeto la trayectoria del doctor Othón Pérez Fernández del Castillo.

Me honra la amistad de muchos años con el doctor Pérez Fernández del Castillo, a quien he conocido en diversas lides universitarias, al servicio de la institución que tanto queremos y apreciamos, la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, en la que ambos hemos sido catedráticos y a la que mi amigo ha dedicado un buen tiempo de su vida profesional y académica.

Recuerdo con estimación el desempeño del doctor Pérez Fernández del Castillo al frente de la Asociación Nacional de Doctores en Derecho, función en la que le correspondió organizar —con éxito— varios congresos en los que examinamos numerosos temas jurídicos de la mayor relevancia.

Asimismo, tengo en la memoria la actuación de mi amigo y colega en una oscura etapa de la vida universitaria en la que se agredió a nuestra casa de estudios y se le mantuvo ocupada e inactiva, con grave perjuicio para el país y para millares de jóvenes estudiantes a los que se privó de la vía de justicia y desarrollo que brinda la Universidad.

Me sumo, pues, a los colegas que participan en esta obra colectiva y para ello contribuyo —con la anuencia del licenciado Ángel Gilberto Adame López, por cuyo conducto recibí la hospitalidad de los editores de libro homenaje— con un texto hasta hoy inédito, que deberá figurar en un libro auspiciado por la Policía Federal en el que figuran numerosas conferencias

¹ Ex Procurador General de Justicia del Distrito Federal y ex Procurador General de la República. Expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Antiguo profesor de la Facultad de Derecho e Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Investigador Nacional Emérito del Sistema Nacional de Investigadores (SNI).

que formaron parte de un curso desarrollado en 2016 y destinadas a mandos de esta corporación.²

Esta circunstancia explica la temática y la orientación del texto. En él afirmo mi convicción de que es preciso fortalecer la integración y el desempeño de la fuerza pública policial, de cuya idoneidad, honorabilidad y eficacia depende, en buena medida, la seguridad de los ciudadanos y el bienestar de la Nación.

* * *

He dedicado muchos años de mi vida profesional a la procuración de justicia y creo entender suficientemente las tareas, los requerimientos, los anhelos y los problemas de la policía. Aprecio y admiro a quienes han cumplido su delicada función con probidad, competencia y valentía. También destaco la necesidad de llevar a cabo un inmenso esfuerzo de rescate de la misión policial, a la altura de los tiempos y de las necesidades de nuestra sociedad.

Ciertamente, rechazo la idea de que los derechos humanos y la seguridad pública se hallan contrapuestos y traen consigo dilemas que el Estado y la sociedad deben resolver inclinándose por algunos de esos extremos en detrimento del otro. Por el contrario, es preciso afianzar tanto la seguridad como los derechos; aquélla es uno de estos derechos. Entenderlo y practicarlo así debe figurar en la convicción y el ejercicio de la policía en un estado de derecho al servicio de la sociedad democrática y de sus integrantes.

1. Pongo como premisas de mi intervención en este curso algunos conceptos que estimo esenciales para el desempeño de cualquier función pública, y por supuesto de la función policial. Entre esos conceptos y premisas figura la convicción de que estamos tratando de construir y preservar una sociedad democrática. La función pública está al servicio de esta concepción democrática. Se atiene a sus postulados y designios y atiende a sus fines y requerimientos. Democracia no es solamente un régimen político y jurídico, sino un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento del pueblo, como indica el artículo 3 de la Constitución. En el desarrollo de la

² La conferencia a la que me refiero, que impartí por invitación del maestro Alejandro Carlos Espinosa, se desarrolló el 9 de diciembre de 2016. Para los fines de esta contribución al libro homenaje al doctor Othón Pérez Fernández del Castillo omito las líneas introductorias de la conferencia, relacionadas directamente con las circunstancias en las que aquélla se realizó.

función pública hay que extraer todas las consecuencias de ese mandato constitucional.

2. En este marco debemos reflexionar sobre el contenido y las características de la seguridad que nuestra sociedad necesita y merece, una seguridad que se ha enrarecido en los últimos años y que debemos recuperar y mantener. Para un estudioso de la ley y, en general, para cualquier ciudadano, la noción de seguridad tiene diversos significados. Se habla de seguridad jurídica, seguridad interior, seguridad pública, seguridad nacional y seguridad humana. Todos esos conceptos poseen sentido propio y deben ser cuidadosamente examinados y atendidos. Sin embargo, deseo destacar la idea de seguridad humana, que es el destino final de todas las otras expresiones de la seguridad. Implica pleno respeto y ejercicio de los derechos y libertades del ser humano. Es preciso proveer a la seguridad en el marco de la Constitución, ley suprema que regula la actuación del Estado, fija sus propósitos y establece sus características y limitaciones.

3. Este año celebramos el centenario de la expedición de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgada el 5 de febrero de 1917. Esta circunstancia nos mueve a reflexionar sobre los valores y principios que recoge la ley fundamental de los mexicanos, que pone las bases para la construcción de una verdadera sociedad democrática, fincada en el reconocimiento y la garantía de los derechos fundamentales de todas las personas. Este reconocimiento y este respeto integran la parte nuclear de nuestra Constitución Política y han provisto el impulso de la marcha nacional desde las horas de la Independencia y a todo lo largo de la vida nacional.

4. Los grandes documentos en los que se sustenta la etapa moderna de la historia de la humanidad reconocieron los derechos esenciales de las personas, calificados como “derechos humanos”. Estos derechos no son el producto de un generoso otorgamiento por parte del Estado, sino que son inherentes a la condición humana y amparan la dignidad del hombre en todo tiempo y en todo lugar, y constituyen la razón de ser del Estado mismo y el patrón para medir la legitimidad y el acierto de un gobierno y de la conducta de quienes tienen a su cargo funciones de autoridad. Así lo entendieron los “padres fundadores” del Estado moderno, y así lo entendemos en la actualidad.

5. En aquellos grandes documentos, como lo fueron la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, de 1789, y nuestra Constitución de Apatzingán, de 1814, se determinó con claridad cuáles eran los derechos naturales del ser humano y cuál era, en relación con ellos, el objetivo de lo que entonces se denominó la “sociedad política” y hoy conocemos como Estado. Con diversas expresiones, se dijo que tales derechos

eran la libertad, la seguridad, la propiedad y la resistencia a la opresión, y se advirtió que el fin de la sociedad política —es decir, del Estado— es la protección de esos derechos. He aquí la obligación del poder público y de quienes se hallan integrados en él, dispuestos —por vocación y obligación— a servir a la sociedad. Los funcionarios y empleados públicos —y entre ellos quienes tienen a su cargo la prevención del delito y la investigación de conductas delictuosa— deben desarrollar su actividad con la mirada puesta en la protección de los derechos fundamentales, compromiso que vincula a todos los servidores públicos.

6. La Declaración francesa de 1789 manifestó que es preciso que los derechos proclamados por una asamblea —que puede ser, en nuestro caso, una asamblea constituyente— cuenten con las debidas garantías. Entre éstas figura la fuerza pública, instrumento que garantiza el respeto a los derechos de las personas. Miremos de nuevo lo que señaló el artículo 12 de la declaración mencionada, que debemos recordar como guía sobre el origen y el designio de las corporaciones policiales: “la garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita una fuerza pública; por lo tanto, esta fuerza se halla instituida en beneficio de todos, y no para la particular utilidad de aquellos a quienes es confiada”. Convengamos en que esta disposición no entraña solamente un buen deseo, sino un deber perentorio para los integrantes de la fuerza pública. Mirado desde otro ángulo, implica también un derecho de los ciudadanos, que pueden y deben exigir al Estado su debida observancia.

7. Las constituciones de todos los países se hallan integradas, en lo general, por dos porciones. Una de ellas, la primera, contiene el reconocimiento de los derechos humanos, a los que el texto original de la Constitución de 1917 recogió como garantías individuales. La otra porción se refiere a la estructura del Estado, a la división de poderes, a los órganos de los que se vale el pueblo para el ejercicio de su soberanía. La autoridad proviene del pueblo, que es el titular de la soberanía. El Estado debe rendir cuentas a éste, mediante un desempeño transparente, sujeto a público escrutinio, verificable.

8. Ha adquirido presencia e importancia otra fuente de los derechos de las personas, que también obliga al Estado. Se trata del orden jurídico internacional, en la vertiente de lo que se denomina el derecho internacional de los derechos humanos. El orden jurídico internacional ha vuelto la mirada hacia los seres humanos y se ocupa, con creciente fuerza, en reconocer y proteger los derechos y las libertades de los individuos. Este reconocimiento se lleva a cabo, principalmente, a través de tratados, convenciones o pactos internacionales. Los Estados —México entre ellos— acogen estos tratados en ejercicio de su soberanía, no en sustitución o quebranto de ella. El Estado

soberano suscribe tratados y se compromete a cumplirlos, y los tratados, a su vez, reconocen a los individuos derechos y libertades que el Estado debe preservar y proteger. Por eso decimos que hoy día existe una doble fuente de los derechos humanos que compromete al Estado —y a todos sus funcionarios— y tutela a las personas que se hallan bajo la jurisdicción de aquél: una fuente nacional y una fuente internacional.

9. México es parte de muchos tratados internacionales. En tal virtud ha adquirido —soberanamente— compromisos que debe atender con esmero y constancia. Son compromisos frente a otros Estados y frente al mundo entero, pero principalmente frente a sus propios ciudadanos, que de esta manera han incrementado sus derechos y libertades y cuentan con un gran “estatuto contemporáneo” que les brinda protección. Por lo que toca a derechos humanos, nuestro país se ha obligado desde 1981 a respetar y garantizar los derechos contenidos en los Pactos Internacionales de Naciones Unidas y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Organización de las Naciones Unidas cuenta con órganos de supervisión de la observancia de los derechos del individuo, como el Consejo de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos, que en diversas ocasiones han examinado el estado que guardan los derechos humanos en México y formulado observaciones y recomendaciones. Por otra parte, el sistema interamericano de protección de los derechos humanos también cuenta con instancias tutelares, cada vez más conocidas en nuestro país, que tienen a su cargo la protección de aquellos derechos: Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos. De las determinaciones de estos órganos se desprenden, asimismo, señalamientos que debe atender el Estado mexicano. Algunos se refieren al desempeño de la policía y otros componentes de la fuerza pública.

10. En 2011 se llevó a cabo una magna reforma constitucional en materia de derechos humanos. Fueron modificados varios artículos de nuestra ley suprema, entre ellos el artículo 1, que es un precepto “clave” en esta materia. Dicho artículo señala que el Estado mexicano se obliga a respetar y garantizar los derechos previstos y enumerados en el texto constitucional, al igual que los establecidos en los tratados internacionales de los que México es parte y que conforman, como antes se dijo, el Derecho internacional de los derechos humanos. Uno de esos tratados, la Convención Americana, menciona que los Estados deben respetar y garantizar los derechos acogidos en ésta. La misma Convención dispone que los Estados deberán reparar las violaciones que sus agentes cometan. Esto entraña una responsabilidad internacional del Estado, además de la responsabilidad nacional que deriva de las disposiciones internas.

11. Es importante establecer quiénes pueden acarrear, por su conducta ilícita, la responsabilidad internacional del Estado y el consecuente deber de reparar. Generan esa responsabilidad los órganos y agentes del Estado que violan derechos humanos en el desempeño de sus funciones. Es obvio que entre esos órganos y agentes formales del Estado se hallan los miembros de la fuerza pública. También generan responsabilidad las personas que, por encomienda del Estado, realizan una función pública, aunque no tengan formalmente el carácter de funcionarios o empleados públicos. Asimismo, la generan los terceros que vulneran derechos humanos actuando con la complacencia, complicidad, tolerancia o indiferencia del Estado, como ocurre en el caso de grupos paramilitares y parapoliciales cuya conducta es violatoria de derechos, según ha resuelto la Corte Interamericana.

12. El citado artículo 1 de la Constitución determina la obligación de todos los funcionarios del Estado, según sus respectivas competencias —federales, locales, municipales—, y enuncia una serie de principios bajo los cuales se reconocen, interpretan y aplican los derechos humanos. Por supuesto, los servidores públicos no se hallan excluidos del ámbito de protección de los derechos humanos, como del orden jurídico en general. Hay normas que regulan su desempeño y protegen el ejercicio legítimo de sus atribuciones. Sin embargo, el umbral de protección de ciertos servidores públicos no es necesariamente el mismo que el correspondiente a las personas en general. Quien ejerce un cargo público se halla sujeto a un escrutinio mayor y más riguroso por parte de la sociedad, escrutinio que acepta al convertirse en depositario del cargo público. Y quien asume tareas de seguridad y protección no puede excusarse de cumplirlas alegando peligros o riesgos que pueden invocar los ciudadanos en general pero no los policías o los miembros de una fuerza pública de seguridad, que están obligados a afrontar peligros derivados de la función que desarrollan. Operan en forma diversa las excluyentes de responsabilidad —defensa, cumplimiento de un deber— cuando se trata de un ciudadano común y cuando se trata de un funcionario de la fuerza pública.

13. Ya se indicó que todos los servidores públicos tienen el deber de atenerse a la Constitución y a los tratados internacionales en lo que respecta a la observancia de los derechos humanos. Para que ese deber se cumpla con puntualidad resulta necesario que conozcan las normas que rigen su desempeño, y que, conociéndolas, sepan interpretarlas adecuadamente. La interpretación que se debe dar a las disposiciones sobre derechos humanos es la que brinde más amplia protección al ciudadano. También es preciso considerar en este punto tanto las atribuciones inherentes al cargo que se ejerce (no es lo mismo el desempeño de funciones judiciales que el

de competencias administrativas), como la diversa jerarquía de las normas que el funcionario interpreta y aplica. La norma suprema es la Constitución, acompañada o integrada por las disposiciones tutelares de los tratados. Por debajo de aquélla se hallan las restantes disposiciones: leyes, reglamentos, protocolos, etcétera.

14. Es necesario hacer referencia especial al nuevo sistema de justicia penal, derivado de una extensa reforma constitucional practicada en 2008 y de la legislación emanada de aquélla, principalmente el Código Nacional de Procedimientos Penales, de 2014. A este régimen naciente se ha identificado con diversas expresiones: acusatorio, adversarial, oral. Dicho régimen se ajusta, dicho sea en términos generales, a un modelo de justicia proveniente del derecho anglosajón, adoptado por varios países en América Latina y últimamente por México. Se abrió paso motivado por el deplorable estado de la justicia penal en nuestro país y la reclamación de los ciudadanos a favor de un nuevo sistema que resolviese los problemas en este ámbito.

15. El Código Nacional de Procedimientos Penales enuncia los principios rectores del procedimiento y dispone que se observen aquéllos que se hallan “previstos en la Constitución, tratados y demás leyes” y que las autoridades deberán “respetar y proteger tanto la dignidad de la víctima como la dignidad del imputado” (artículo 1). Estas obligaciones son aplicables a todos los participantes en el procedimiento, entre ellos los integrantes de las policías que intervienen en la prevención e investigación de los delitos. El artículo 105 del mismo código señala quiénes son los sujetos del procedimiento penal: víctima u ofendido, asesor jurídico, imputado, defensor, Ministerio Público, policía, órganos jurisdiccionales y autoridad supervisora de medidas cautelares y de la suspensión condicional del proceso. Agreguemos: peritos y ejecutores de penas.

16. Todos los sujetos mencionados por el Código intervienen en lo que solemos denominar debido proceso. Ciertas circunstancias vinculadas a la inseguridad pública, por una parte, y al mal desempeño de funcionarios relacionados con esta área, por la otra, han motivado críticas severas al debido proceso. Esta impugnación es injustificada y peligrosa. En realidad, los problemas que hemos observado en este ámbito no derivan del debido proceso, sino del indebido procedimiento de algunas autoridades, que desacreditan su misión y ponen en riesgo el debido proceso. Si éste declina o se relativiza, nuestros derechos peligran. El debido proceso es garantía de derechos contra la arbitrariedad y la corrupción. Es indispensable trazar la línea divisoria entre debido proceso e indebidos procedimientos.

17. En la elaboración de la Constitución de 1917, los diputados constituyentes discutieron detalladamente la regulación del Ministerio Público y

de la policía, encuadrados en el artículo 21 de la ley suprema. Se dijo entonces que la policía judicial —como se le designaba— se hallaría bajo la autoridad y el mando inmediato del Ministerio Público. Hubo reformas posteriores hasta llegar al texto actual del citado precepto, en cuyos términos la investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, que estarán bajo la autoridad y mando del M.P. en el ejercicio de esta función, es decir, en lo que respecta a la investigación de los delitos. Nótese que el artículo 21, que asigna competencias a las autoridades citadas —M.P. y policía— se encuentra enclavado en la parte de la Constitución alusiva a derechos humanos: por lo tanto, debe interpretarse y aplicarse sin perder de vista esta estrecha conexión del quehacer de las referidas autoridades con los derechos humanos.

18. La policía debe tomar en cuenta los principios rectores de su función, previstos en el texto de la ley suprema, a los que nos hemos referido. El artículo 132 del Código Nacional reitera lo previsto en el 21 constitucional y agrega que “el policía” actuará con apego a los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución. El mismo Código fija deberes en relación con medidas de prevención de delitos, actos de investigación, medidas de preservación, protección a víctimas y ofendidos, así como otros temas relacionados con el proceso y relevantes para la prevalencia del debido proceso. Es preciso subrayar que la nueva normativa del procedimiento confiere a la policía facultades que anteriormente no tenía y destaca muy considerablemente la importancia de la función policial en el curso del procedimiento. La atribución de estas nuevas facultades, además de las tradicionales, pone de manifiesto una gran expectativa estatal y social con respecto a la policía, que se halla moral y políticamente obligada, además de estarlo jurídicamente, a responder con probidad, entereza y eficacia a esa expectativa.

19. Debo expresar mi punto de vista, que he manifestado y publicado en otras ocasiones, acerca de las normas contenidas en la fracción XIII del apartado B del artículo 123 constitucional, en torno al régimen laboral de los miembros de corporaciones policiales y otros servidores públicos sujetos a ordenamientos especiales, así como acerca de un sistema propio de responsabilidad. Es razonable que exista esa especialidad en la regulación de las relaciones laborales, pero a mi juicio no se justifica la disposición que proscribire la reincorporación de un servidor público que fue separado del servicio en forma injustificada, cuando así lo declara una sentencia emitida por autoridad jurisdiccional. También cabe analizar el mismo precepto de la ley suprema desde la perspectiva del principio de no retroactividad de disposi-

ciones que desconocen derechos adquiridos. Por supuesto, mi parecer sólo forma parte del debate en torno a tales disposiciones de nuestro cuerpo normativo, que debe ser aplicado en sus términos —sobre todo si se toma en cuenta que se trata de una norma constitucional—, pero puede ser revisado para mejorar sus términos y ajustarlos a los principios generales del orden constitucional.

20. Termino esta exposición señalando que la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, que anteriormente mencioné, han conocido de muchos casos en los que entra en la escena la policía de diversos países americanos. Entre los temas llevados a la consideración de esos órganos del sistema interamericano figuran casos de ejecución extrajudicial, tortura, desaparición forzada, detención ilegal o arbitraria. La jurisprudencia de la Corte ha definido las reparaciones que debe hacer el Estado a propósito de la indebida actuación de su fuerza pública. En este ámbito, se ha cargado el acento en la selección y capacitación adecuada de los integrantes de la policía, como de otros servicios públicos. Estas medidas se inscriben en una gran reforma estructural de la fuerza pública, en la que late el espíritu de la Declaración francesa a la que ya nos referimos.

21. En conclusión, la función de la policía se halla estrechamente vinculada con la exigencia de respeto y garantía de los derechos humanos y protección de los valores y principios de la sociedad democrática. La policía, al igual que otros órganos del Estado, responde por esa protección, a la que aquéllos se han comprometido y que figura entre las principales expectativas del pueblo mexicano en la actualidad. La opinión pública se ha pronunciado en numerosos casos a través del juicio crítico sobre el quehacer de integrantes de corporaciones cuando éstos incumplen sus deberes y alteran el orden jurídico, la paz y la seguridad. Es necesario devolver a la sociedad la confianza en la fuerza pública instituida para su protección; esta confianza depende de la integridad y de la eficacia en el ejercicio de la función policial. Hay que abrir un nuevo capítulo, alentador y promisorio, en este gran esfuerzo nacional amparado por la tutela de los derechos humanos y el imperio de la democracia. A ello llamamos, propiamente, estado de derecho.

REFLEXIONES DEL NOTARIADO EN EL TIEMPO

Adrián Iturbide Galindo



El notariado ha estado en el mundo desde hace algunos miles de años, durante siglos ha estado presente en Egipto, Grecia, Roma, Lombardía, España, el resto de Europa Continental, Hispano América y por supuesto México, y hoy extendiéndose al Continente Africano y al Continente Asiático.

En nuestro país, el notariado ha estado presente desde los primeros años de la conquista, y su historia ha acompañado a la historia de México durante todas las épocas: en la colonia, en la independencia, en el imperio, en la Reforma, en la Revolución, en la época postrevolucionaria y en el México moderno de nuestros días.

A lo largo de todos estos años, en cada instrumento autorizado ha ido quedando la huella de esa característica intrínseca del notario, la de ser un testigo privilegiado, presencial y veraz de los hechos que plasma en el documento, y con ello ese testimonio notarial, acumulado con otros muchos, va constituyendo un acervo cultural e histórico riquísimo, de valor incalculable, como lo es el contenido en el acervo histórico del Archivo General de Notarías de nuestra ciudad, resguardado celosamente en el antiguo templo de Corpus Christi.

Los historiadores nos dan cabal cuenta del desarrollo y expansión del notariado durante estos siglos, y qué bueno que así sea, porque la historia nos muestra nuestras raíces, fortalece nuestra tradición, nos permite sentir orgullo de pertenencia, permite evitar repetir errores cometidos y nos permite refrendar aciertos ya alcanzados. Sin conocer la historia de las fuentes o de las instituciones jurídicas, difícilmente podríamos entender estas. Nos damos cuenta cuando algún detractor del notariado, inclusive legisladores, proponen ciertos caminos o salidas que ya se intentaron y fallaron en el pasado, como cuando se ha pretendido desvirtuar la naturaleza de nuestra función o inclusive tratar de eliminarla.

El conocimiento de la historia es sin duda fundamental, pero no nos aferramos a ella, no nos detengamos en el pasado, pues de nada serviría estudiarla y conocerla si todas esas experiencias y enseñanzas que nos deja no

las aprovecháramos para reafirmar nuestro presente y para proyectar nuestro futuro.

Volteemos al frente y observemos al notariado de hoy, y para ello permítanme proponerles una premisa a priori como hilo conductor.

El notariado es una profesión especial, y enseguida formulo varias preguntas: ¿Por qué pienso que es una profesión especial?, ¿para qué sirve?, ¿en qué consiste su labor cotidiana?, ¿le da algún valor agregado a la sociedad?, ¿cómo se encuentra hoy en México y en el mundo?, ¿es una profesión ya obsoleta, sin utilidad, en decadencia, en proceso de extinción?, ¿es una profesión activa, viva, dinámica, útil?, ¿está preparándose para el futuro?

Trataré de ordenar estas preguntas formuladas sin un orden especial, dando algunas respuestas.

Lo primero que vemos del notariado es que es una profesión vigente que tiene una larga historia, pero que ha perdurado hasta nuestros días. ¿Cómo lo ha logrado? Una sola palabra nos da la respuesta: adaptándose. José María de Prada, ese español de gran estirpe notarial, ya lo decía: “A lo largo de su secular historia (el notariado) ha sabido adaptarse a la realidad cambiante, siendo precisamente esta característica la mejor garantía de su secular supervivencia”.

El mundo es cambiante, y el derecho que regula las relaciones de los hombres también lo es. Ese derecho que siempre se refiere a una sociedad determinada, en una época determinada. La sociedad es el espejo de la constante y permanente evolución humana. Y el derecho que regula realidades sociales tiene necesariamente que ajustarse a los cambios que éstas tengan. El notariado como aplicador e inclusive generador del derecho ha sabido siempre adaptarse a esos cambios.

No olvidemos que las instituciones humanas nunca están totalmente terminadas, por el contrario siempre están en construcción, y el notariado —institución humana—, a pesar de su existencia milenaria, se encuentra hoy en plena construcción, en permanente evolución y perfeccionamiento.

El notariado en México cumple los principios y postulados que rigen al notariado latino. Es un profesional del derecho y un fedatario público, las dos características a la vez.

El notario es un profesional del derecho —licenciado en derecho o abogado, como se prefiera, debe haber cursado la carrera de leyes y no olvidemos que en ella, cualquiera que sea la ocupación que elija y realice el egresado, sea legislador, maestro, abogado postulante, abogado al servicio del Estado, abogado corporativo, juez, o cualquier otra especialidad a la que se dedique— y su razón de ser es el defender y consolidar el Estado de derecho y, claro está, debe serlo también para ese profesional del derecho espe-

cializado que es el notario, quién además de tener una función certificante y formalizadora de la verdad de los actos jurídicos, tiene una importante función conformadora, cuidando los elementos de existencia y de validez de los actos jurídicos en que interviene.

De otra manera, lo expresaba el gran jurista italiano Francesco Carnelutti: el notario desarrolla la misión de redactar los actos jurídicos siempre imparcialmente, superando los egoísmos y desvíos del poder para lograr una aplicación justa del derecho, creando un documento (y yo le añado el calificativo de formidable) dotado de seguridad jurídica.

El notariado es una profesión especial, porque no es inventada o impuesta para una época especial; no es el resultado de un capricho u ocurrencia de algún gobierno determinado y tampoco es una reminiscencia del pasado, conservada por inercia. El notariado, lo hemos dicho, surge en la historia, sí, pero se mantiene vigente en el presente y se proyecta hacia el futuro porque responde a una necesidad de la sociedad, de todos los tiempos, de contar con un tercero imparcial, capacitado y honesto, es decir con una persona idónea y confiable que intervenga escuchando y asesorando a las personas, dotando de legalidad y autenticidad a los actos jurídicos en que intervengan a través precisamente de la formalidad notarial, tan alejada y distante del simbolismo que la forma tenía en el derecho romano.

Describamos en qué consiste su labor cotidiana:

Un jurista que oye, asesora y aconseja a las partes, que interpreta y traduce su voluntad empírica a términos jurídicos, utilizando para ello el enorme catálogo jurídico que existe y el derecho ofrece (leyes, reglamentos, jurisprudencia, misceláneas, reglas, lineamientos), eligiendo entre ellos los medios más adecuados para el acto concreto y más aún, si no los encuentra, creando inclusive el derecho que lo resuelva, basándose en principios de derecho y pautas de valor que no contravengan el orden público o normas imperativas, pero encontrando siempre lo justo y concreto, para el caso planteado.

El notario examina títulos, acredita representación, certifica y da fe de la identidad, califica la capacidad y legitimación de los otorgantes, los instruye de las consecuencias y efectos legales del contenido del acto, garantiza que su voluntad haya sido manifestada libremente, sin vicios en su consentimiento, como autor redacta en absoluta libertad el instrumento y como único responsable del mismo lo autoriza con su sello y con su firma dejando prueba fehaciente de su autoría, además lo conserva y lo reproduce dotando a ese documento, la escritura notarial, de una especial eficacia, que el Estado, el derecho, la ley le confieren y reconocen. Ese documento, que por la fe pública que detenta el autor, goza de autenticidad y credibilidad y tiene

fuerza probatoria plena dentro y fuera de tribunales, que es válido y tomado como cierto *erga omnes* y que tiene fuerza ejecutoria. Y, finalmente, que sólo puede ser atacado por falsedad o por nulidad. Por eso, califico a la escritura como un documento formidable.

El notario goza de una naturaleza dual, pues al mismo tiempo que es un profesional del derecho autónomo y libre, es también un fedatario público.

La fe pública es un atributo del Estado y sólo del Estado. Éste la ejerce, o a través de funcionarios dependientes del erario y que desempeñan y ejercen la fe pública en el ámbito de sus respectivas competencias, o en otras ocasiones delegándola a particulares como el notario, que demuestren, su capacidad, experiencia, conocimiento y honestidad, precisamente a través del examen de oposición, es decir, que el notario es un particular imparcial e independiente que ejerce la función de naturaleza pública, sin ser funcionario público; oficial público se le llama en Europa, que no significa carga alguna para el erario, sino que el costo del servicio notarial es pagado por el usuario del servicio, costo, por cierto, determinado por un arancel obligatorio, equilibrado, elaborado por economistas, calculado actuarialmente, revisado y avalado por la autoridad y de corte moderado, que además con frecuencia es reducido drásticamente en asuntos de interés social.

El notariado es una profesión especial porque exige la colegiación obligatoria de sus miembros en este Colegio de Notarios de la Ciudad de México que nos aglutina, orienta y representa, y porque estamos siempre disciplinariamente supervisados por el Estado.

El notariado es una profesión que además de la dimensión jurídica que he comentado tiene una clara y definida dimensión social y una enorme dimensión económica.

En una ciudad como la de México, con la enorme brecha social y económica que existe entre los mexicanos, resalta una institución como la nuestra, que está permanentemente comprometida en la altísima función social y de servicio que le es inherente, atendiendo a los sectores menos favorecidos, otorgándoles la seguridad jurídica a que tienen derecho, colaborando entusiastamente en todos los programas gubernamentales, federales o locales, establecidos para apoyarlos. Y además en cada operación que lo amerita, participa equilibrando siempre a las partes, en los desniveles naturales que se dan cuando una parte débil, contrata con otra más poderosa o mejor preparada.

Es el notariado una institución que a medida que se cuantifican sus servicios se reconoce su valía y lo mucho que contribuye a reducir lo que los economistas llaman costos de transacción, siendo los costos notariales radicalmente menores a los que tendría para el país, y que tendría que absorber

la comunidad ante la ausencia del servicio notarial. ¿Cuánto vale la seguridad jurídica?, ¿cuánto vale el ordenado desenvolvimiento de las transacciones en que interviene un notario?

Jesús Silva Herzog, prestigioso economista y ex secretario de hacienda y crédito público, al igual que otros, ha concluido que lejos de ser un obstáculo a la competitividad, el notariado de corte latino contribuye grandemente al desarrollo económico de su comunidad, que la garantía de legalidad y legitimación de los títulos auténticos que produce el notario, significa un valor agregado que ofrece a la sociedad, que para que exista competitividad deberá existir un sistema de derecho confiable y objetivo, siendo sin duda el notariado un pilar de este sistema.

En otro orden de ideas, el notariado es una profesión especial, porque hablar del él es hablar de valores inmutables, es hablar de fe, de confianza, de certeza, de autenticidad, de credibilidad, de verdad —obligación total del notario, como lo dijera en los inicios de nuestro Colegio en el siglo XVIII, Fray Nicolás de Lara: “obligación del oficio, dar testimonio de las cosas, autoridad de lo presente, testimonio de verdad”, y el notario, en lo personal, debe siempre honrar estos valores, asumiéndolos como propios durante toda su vida profesional.

El error se da y se vale, porque es de humanos errar. Si se comete el error, se acepta, se corrige, se repara y se evita repetirlo. En cambio, lo que no se puede aceptar en el notario es la mala fe y la deshonestidad; cuando éste sucede, el Colegio debe reprobado y las autoridades sancionar.

La utilidad del notariado se demuestra cotidianamente, pues además de su función intrínseca ya comentada, coadyuva como auxiliar de la administración de justicia en temas de jurisdicción voluntaria y en temas sucesorios; como auxiliar de la administración participa y colabora con los fiscos locales y federal, calculando, reteniendo y enterando impuestos, participando activamente en la delicada labor de prevención de lavado de dinero y en otros tantos temas. Por su confiabilidad, el legislador le impone frecuentemente nuevas obligaciones, y la autoridad y los particulares, en muchos asuntos en que, no siendo necesaria la formalidad notarial solicitan la intervención del notario, por la certeza y autenticidad que su actuación, le confiere y garantiza, haciéndose patente la confianza que en esta institución tiene toda la sociedad.

Además, en esta enorme gama de actividades, el notario ejerce una actividad delicada que en ocasiones se convierte en una actividad de alto riesgo, asumiendo graves responsabilidades civiles, administrativas, fiscales e inclusive penales, por lo que siempre debe actuar con prudencia y buena fe y amparado tan sólo en su honestidad y en sus conocimientos.

Por eso no debe de haber notarios improvisados, designados por amiguismo, compromiso político, influencias o parentesco, ya que sólo los propios méritos y sus conocimientos les permiten ejercer una profesión tan compleja, dando seguridad jurídica a la sociedad y a ellos mismos.

Se entiende por qué en el examen de oposición se exige a los sustentantes una preparación de excelencia, ya que sólo el mejor podrá triunfar en el mismo para ser notario. Con frecuencia los sustentantes tienen que hacer varios intentos, en los exámenes de aspirante y de oposición, lo que les exige carácter, constancia, entrega y determinación para intentarlo nuevamente.

Todos esos intentos jamás deben considerarse fracasos, sino únicamente peldaños para llegar a la meta que forjan su carácter, pues les permiten profundizar sus conocimientos, fortaleciendo en el sustentante el hábito de estudio que resultará invaluable después en su ejercicio notarial.

Alcanzado el triunfo en el examen de oposición e iniciando su función, la praxis inmediata en una profesión tan compleja, delicada y demandante, obliga al notario responsable a seguir capacitándose y actualizándose permanentemente, generándose un círculo virtuoso que fortalece el método o camino aprendido, de aprender.

Esto es el notario que, a lo largo del estudio y la práctica, aprende a aprender, lo que por cierto es la meta educativa que se busca hoy en los centros de educación superior en el mundo. Dicho de otra manera, los conocimientos logrados y adquiridos para el examen son tan sólo el principio, y si no se mantuviera en la disciplina de actualización y capacitación permanente, si el notario triunfador del examen a pesar de todo su esfuerzo para lograrlo no hubiere aprendido el método o fomentado la disciplina de seguir aprendiendo y abandonara el hábito de estudio, tarde o temprano caería en la indeseada y peligrosa obsolescencia profesional que traería en su ejercicio notarial graves consecuencias para él y para los que en él confiaron. El que quiera hacerse notario tiene que estar dispuesto a seguir estudiando toda la vida y a aprender cotidianamente; finalmente el ser humano dejará de aprender sólo el día en que muera.

En el mundo, el notariado está hoy en plena expansión. El sistema preventivo encargado al notario de corte latino se practica hoy en 87 países. Recientemente, ingresó a la Unión Internacional del Notariado en el Congreso Internacional celebrado en París, Francia, el pasado mes de octubre, su último miembro, la República de Serbia (ubicada en la antigua Yugoslavia), quedando en calidad de observador otro país que pretende ingresar, y que es Bielorrusia.

Con estos países el notariado atiende ya a más del 66% de la población mundial esparcida en cuatro continentes: la Europa continental, incluyendo los países del Este, la América latina y la Canadá francesa, más de 20 países africanos y en plena expansión en el continente asiático: Japón, Indonesia, Corea del Sur y la República Popular de China.

El notariado es así el pilar de los sistemas de origen romano germánico, su labor es de guardián de la legalidad, *gatekeeper* suele llamársele, pues tiene la llave que abre la puerta de la legalidad a los actos jurídicos que cumplen con la observancia de la norma y la cierra en cambio para aquellos que son contrarios a la ley. Ejerce cotidianamente una labor jurídica preventiva, una labor profiláctica, interviene antes de que el conflicto se presente y precisamente para que éste no surja. Recordemos la célebre frase del hispano Joaquín Costa: “Notaría abierta, Juzgado cerrado”.

Para un estado de derecho resulta de la mayor importancia que las relaciones humanas se ajusten mayoritariamente al cumplimiento de la norma, enfoque fundamental de la actividad del notario de corte latino, y no que en cambio se obtenga de decisiones coactivas o sancionadoras y de la resolución de constantes, costosas y abrumadoras controversias jurídicas, como es el enfoque de otros sistemas que, carentes de una seguridad preventiva, recurren a seguros de títulos y dependen de resoluciones judiciales vinculantes que generan un costo enorme para el erario, como sucede en los Estados Unidos en que el costo de la administración de justicia ocupa el 3% de su producto interno bruto.

Por otra parte, hablar de escritura y de documento notarial es hablar de lo escrito; las palabras vuelan y sólo lo escrito permanece o perdura; “*verba volant, scripta manent*” decían los romanos. Por eso la ley, a pesar del consensualismo imperante, exige la forma escrita y en no pocas ocasiones la forma de escritura pública. En otras ocasiones, los contratantes libremente la adoptan buscando seguridad.

El derecho exige además que los contratos sean firmados por quienes lo celebran y resultan obligados en los mismos, con la firma autógrafa que es el signo escrito que cada persona usa para reafirmar su autoría y confirmar su consentimiento; sin firma los contratos carecerían de validez. Pero ahora el notario, al igual que todos los profesionales del derecho, se encuentra ante el reto de enfrentar la revolución informática que con la computadora y el teléfono celular transforma radicalmente los conceptos de tiempo y espacio y entramos de lleno a la informática, al internet, la multimedia, la realidad virtual, el correo electrónico, el ciberespacio, la criptología, la digitalización

de archivos y por supuesto a la firma electrónica, con igual valor que la autógrafa y se presenta el nuevo reto de cómo garantizar la seguridad jurídica ante la aparente próxima desaparición del papel.

La tecnología digital ofrece grandes ventajas, la facilidad en la elaboración de documentos informáticos, espacios reducidos para guardar y archivar grandes volúmenes de información, envío y recepción inmediata de textos e imágenes, sin importar distancias, ágil acceso a su consulta; pero también genera grandes riesgos, surgen nuevos delitos cibernéticos, se alteran textos, se *hackean* sistemas, se viola el derecho de la privacidad individual, inclusive de la intimidad, se extorsiona. No hay que olvidar que cuando se habla de contratación electrónica, se habla de relaciones o vínculos entre dos o más personas que no están presentes en el mismo tiempo o lugar, por lo que esto lleva a que para garantizar su plena eficacia, además de buscar perfeccionar la seguridad tecnológica, se deba buscar la seguridad jurídica con el notario. En los Estados Unidos, por carecer de él, se piensa en el *cyber notary*, ese buscado *trusted third party* que la garantice.

A pesar de los candados de seguridad que rodean a la firma electrónica a diferencia de la autógrafa, nadie garantiza que el dispositivo electrónico que la contenga esté en manos de su titular, por lo que podría válidamente cuestionarse su identidad, su capacidad, su legitimación, su libertad al momento de externarla e inclusive la autenticidad e integridad del texto transmitido.

¿Podrá compaginarse todo esto con la función notarial? Creemos que sí, con imaginación creadora las instituciones notariales en todo el mundo están ya trabajando para asegurar que la escritura pública en soporte papel o en soporte electrónico gocen de la autenticidad del documento otorgado ante notario, a través de garantizar la cercanía física del notario con los otorgantes, que es una de las recomendaciones alcanzadas en el congreso de París en el pasado mes de octubre. La firma electrónica del notario con igual valor que su firma autógrafa y su sello de autorizar son ya una realidad en nuestra Ley del Notariado, al igual que las copias certificadas electrónicas con circulación restringida que son utilizadas para efectos registrales o para envío a autoridades judiciales o administrativas; el uso del protocolo electrónico es sólo cuestión de tiempo.

Mientras la tecnología se ha convertido ya en una herramienta formidable de modernidad, en cada notaría en esta ciudad se utiliza la tecnología telemática hasta donde los avances de la misma lo permiten; su uso es cotidiano en la administración interna, en la elaboración de instrumentos, en el

alta de empresas en el Registro Federal de Contribuyentes, en el pago de impuestos federales y locales y en la información a las autoridades fiscales, en los avisos a la Unidad de Inteligencia Financiera en temas de lavado de dinero, en inscripciones registrales, además de la comunicación permanente y oportuna que existe entre el Colegio de Notarios de esta ciudad y cada notaría, por intranet, sin omitir la comunicación cotidiana con los usuarios del servicio notarial por internet.

No es casualidad que este tema haya sido tratado ampliamente como tema del congreso internacional al que me he referido.

Lo dicho antes demuestra con creces la vigencia y reiterada utilidad del notariado, sin embargo existen ahora nuevos retos que enfrentar, me referiré brevemente a dos de ellos:

Los avances tecnológicos a que antes hice alusión desembocan en la cuarta revolución industrial, por la cual transita el mundo. Hace algunos meses escuchamos con atención a un prestigiado conferenciante argentino de gran fama: David Konsevick. Nos comentaba lo que sucede con la revolución tecnológica; los cambios se siguen dando, la diferencia es la velocidad con la que se dan; durante siglos los cambios se daban en promedio cada 40 años, una generación completa podía asimilarlos poco a poco, pero ahora los cambios se dan en promedio cada seis meses, y esto ha traído como consecuencia cambios profundos en la vida.

La revolución tecnológica ha producido una revolución de la información y esta a su vez ha generado una revolución de las expectativas. Nunca el mundo gozó de tanta información como ahora. Durante siglos sólo las clases dominantes la tenían y además les llegaba lentamente; ahora la información es instantánea y es para todos, se democratiza y al romperse el monopolio de la información se genera una revolución de las expectativas que provoca en las mayorías sentimientos de insatisfacción, inconformidad y frustración; se crea una generación impaciente que desea y busca todo lo que la información le muestra y lo quiere rápido, lo quiere hoy, de manera instantánea. La humanidad se ha olvidado de aquel sabio consejo de que es más feliz el hombre que disfruta intensamente lo que tiene, que aquel otro que siempre busca desesperadamente lo que no tiene; la velocidad del cambio provoca ahora una humanidad en desasosiego, que cuestiona a la autoridad, que desconfía de las instituciones, que exige derechos, pero que no le gusta cumplir con sus obligaciones, que vive en la inseguridad, cambia la forma de hacer política, permite que surjan líderes populistas que engañan a las masas haciéndoles promesas incumplibles, cambia la economía, se

modifican los paradigmas de los negocios, de la familia, de la vida misma. En lo individual se afecta el cerebro de los jóvenes, llamados *millennials*, y que son los nacidos a partir de la década de los ochenta del siglo pasado, (aunque después de ellos ya haya otra generación, la “Z”); son los llamados nativos digitales que desde muy niños han empleado la tecnología cotidianamente; para ellos ésta no encierra ningún misterio, viven al lado de un teléfono inteligente, de una tableta, se comunican e interactúan a través de la redes sociales, son la generación del *touch*, tocan y esperan una respuesta, no pueden esperar, son impacientes. Esto les produce graves inconvenientes, pierden la capacidad de concentración, la memoria, se produce una corrupción de las palabras y tienen temor cuando están desconectados, el llamado FOBO “*fear of being off line*”.

Y con todo esto, ¿qué pasa con nuestra profesión tan tradicional y formal? Comentaba Konsevik que la revolución tecnológica hará que muchas de las actividades humanas desaparezcan en unos cuantos años. El desarrollo tecnológico no ha creado, como se pensaba, más puestos de trabajo, sino por el contrario estos se han reducido, aunque Trump culpe a los mexicanos de ello. Un colega preguntó directamente a Konsevik: ¿Qué pensaba en este panorama de la actividad notarial?, ¿podrá sobrevivir? El hombre sonrió y con agilidad intelectual y visión empresarial, declinó contestar, argumentando que la respuesta sería materia de otra conferencia y de otro costo; pero en cambio lo que sí dijo, y esto es lo valioso, es que cada ser humano en la actividad que realice tiene que saber, estar consciente de que esto está pasando y debe cuestionarse en forma personal, haciendo un mapeo de su actividad, para saber en dónde se encuentra, preguntarse si su actividad es útil y si lo seguirá siendo para las generaciones venideras; o si habrá algún robot o máquina que supla totalmente esa actividad humana; dependiendo de las respuestas se encontrarán los posibles escenarios. Así la respuesta en nuestra profesión debe darla y encontrarla el propio notariado.

Eso es lo que he pretendido hacer hoy, un mapeo de nuestra profesión y de la utilidad que hoy presta a la comunidad, y a pesar de que nadie puede adivinar el futuro, es previsible que nuestra profesión se adapte al cambio, como lo ha hecho a través de los siglos y como lo sigue haciendo hasta el día de hoy, a pesar de la velocidad del cambio que el propio Konsevik calificó como un giro copernicano utilizando esta frase como el cambio radical en cualquier ámbito, como sinónimo de revolución repentina, como la que se diera cuando en el siglo XVI Nicolás Copérnico descubrió que no es el sol el que gira alrededor de nosotros, sino nosotros somos los que giramos alre-

dedor del sol, asumiendo una teoría heliocéntrica y abandonando para siempre la teoría geocéntrica, y que después fuera defendida por Galileo Galilei y culminada por Isaac Newton; expresión que utilizara Kant en “La crítica de la razón pura” para unir la teoría del conocimiento, como síntesis de la sostenida por los racionalistas, conocimiento a través de la razón y la sostenida por los empiristas, el conocimiento se consigue a través de la experiencia de los sentidos, puesto que decía que antes se pensaba que el ser humano conocía el mundo adecuándose a él, cuando en realidad es el mundo el que tiene que acomodarse al modo en que el ser humano lo conoce.

El notariado es una profesión especial, los valores inmutables que rodean a la función notarial y el valor agregado que ofrece a la sociedad, hace pensar que ese profesional especializado en dar seguridad, credibilidad y confianza seguirá vigente en el futuro.

Otro aspecto importante que el notariado tiene que enfrentar ya en materia jurídica es la penetración en nuestros países del sistema anglo sajón. A partir de la celebración del TLC, tan denostado recientemente por el candidato republicano de los Estados Unidos impulsado por la globalización que ha caracterizado al mundo en las últimas décadas, se inicia esa americanización de nuestro derecho. En el intercambio de bienes y servicios se confrontan los derechos de países enraizados en diferentes culturas jurídicas, la nuestra de raigambre romano germánica y la de los Estados Unidos exponente máximo de los países del *Common Law* y se produce un inevitable choque resuelto en ocasiones en una conveniente, aunque complicada, armonización de las normas, como sucedió con el tema de las garantías mobiliarias y otras veces simplemente impuestas en nuestro derecho, impulsadas vigorosamente por las agencias norteamericanas y aceptadas dócilmente en nuestro país por nuestros legisladores y autoridades, sin analizar a fondo si son positivas o no para México, desconociendo que por el hecho de las diferencias existentes en los ámbitos sociales y económicos de nuestros países y a las diferencias de tradiciones de culturas jurídicas, resulten finalmente inoperantes o negativas.

Proceso de penetración jurídica que se ha llegado a calificar de trasplantes legales obligados que no se da exclusivamente en México, sino que viene sucediendo en muchos países de América latina, del Este europeo e inclusive de algunos países pertenecientes a la Unión Europea. Penetración jurídica norteamericana que se asemeja a aquella que otrora impusiera el imperio romano a los pueblos conquistados. Ejemplo de esto es la oralidad y en materia mercantil las reformas sufridas en el derecho societario, la nueva regu-

lación a partir del 2005 para las Sociedades Anónimas Bursátiles, en la Ley de Mercado de Valores incorporándose en ella las reglas establecidas en la Ley Sarbanes-Oxley, generada como reacción a la debacle de Enron por las prácticas feroces del capitalismo keynesiano impulsado por Milton Friedman desde la Universidad de Chicago, criticadas por Edward Freeman de la Universidad de Virginia, que hace un llamado a la inclusión de normas éticas en las empresas, y surgen los conceptos de empresas socialmente responsables y valores éticos de diligencia, confidencialidad y lealtad que se imponen en la nueva regulación a los administradores de las Sociedades Anónimas Bursátiles, nombre dado a las sociedades públicas o abiertas, la creación en la misma normativa de la nueva figura societaria Sociedad Anónima Promotora de Inversión (SAPI) que rompe paradigmas societarios, casi íntegramente trasladados en la llamada miscelánea mercantil del 2014 a las sociedades cerradas reguladas en la Ley General de Sociedades Mercantiles, estableciendo normas permisivas, eliminando la duración de la empresa como elemento esencial estatutario, despreciando la necesidad de capitales mínimos legales, permitiendo pactos societarios, cláusulas de escape, opciones de compra y venta, el tag along, el drag along, los puts, los calls, restricciones a la transmisión accionaria, la posibilidad de emitir acciones con diversos derechos e inclusive sin derecho a voto, etcétera, y más recientemente la aparición de las sociedades por acciones simplificadas.

Debemos reconocer que no todo es negativo y que algunas normas del pragmatismo norteamericano ayudaran a los negocios, otras de plano son contrarias a nuestro sistema y solamente son operativas en los Estados Unidos a través de obtención de resoluciones judiciales.

El notario debe capacitarse, aprender y actuar con prudencia en la aplicación de la nueva normativa.

Lo que no puede hacer el notariado es oponerse al cambio; sería tanto como pretender construir un muro para detener las olas; éste sólo funcionaría si el oleaje fuera suave, pero no cuando la marea crezca y el oleaje lo rebase con la fuerza de un tsunami; el notario deberá adoptar la actitud de los surfistas que esperan de lado a la ola, para remontarla desafiando su altura, evitando fenecer en el valle de la misma y subir con su tabla a la cresta, la parte más alta de la ola para llegar sano y salvo a tierra firme; esa debe ser la actitud del notariado ante los retos señalados

El notariado es una profesión especial y pienso que perdurará en el futuro mientras los notarios se mantengan haciendo su trabajo cotidiano, callada y tenazmente, confiando seguridad jurídica, credibilidad y confianza,

cumpliendo escrupulosamente las normas del código de ética y con ello manteniendo su autonomía e independencia de hombres libres, si no succumben a la tentación de la ambición desmedida.

Finalmente, los valores universales del derecho que deben normar la vida de todo jurista deben brillar con luz propia en la función notarial, esos valores enunciados en el siglo III por el jurista romano Domicio Ulpiano en su célebre cita recogida por Justiniano en su Digesto *iuris praecepta haec sunt: honeste vivere, alterum non laedere, cuique suum tribuere* (los preceptos fundamentales del derecho son: vivir honestamente, no dañar a otro y dar a cada uno lo suyo).

Y, finalmente, termino: El notariado es una profesión especial. El notariado es una profesión útil. El notariado es una profesión digna. El notariado es una profesión hermosa... y mucho, mucho más.

CONSIDERACIONES SOBRE MATRIMONIO “IGUALITARIO” EN ESTADOS UNIDOS Y EN MÉXICO

Alejandro Márquez Murillo



...la noción de buenas costumbres tiene casi el mismo carácter que la de orden público, sólo que la esfera del último es mucho más extensa, tanto, que comprende aún la de las buenas costumbres. Además, como observa De La Morandiere, en la mayoría de los casos, las reglas de orden moral no constituyen una restricción a la libertad contractual, por ser reglas de moral, sino porque estas reglas están integradas en el orden público.

Georges Lutzesco.
Teoría y Práctica de las Nulidades.

I. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVO

Nuevamente es para mí un verdadero privilegio poder contribuir con esta modesta participación en el homenaje que el Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la UNAM, rinde mercedamente al doctor Othón Pérez Fernández del Castillo, con motivo de haber cumplido cincuenta años en el ejercicio de la docencia.

El objetivo del presente artículo es exponer algunas consideraciones sobre el tratamiento jurídico que se le ha dado en Estados Unidos y en México al matrimonio entre personas del mismo género sexual, a través de un breve análisis específico de las principales resoluciones judiciales en dicha materia: en primer lugar la sentencia *Obergefell v. Hodges* de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, de fecha 26 de junio de 2015, que consideró inconstitucional el matrimonio previsto únicamente entre hombre y mujer en algunas legislaciones estatales de dicho país (11 de las 50), permi-

tiendo, en consecuencia, el matrimonio entre personas del mismo sexo; y en segundo lugar las jurisprudencias mexicanas 2/2010 y 43/2015, básicamente en el mismo sentido, haciendo especial énfasis en el voto particular que respecto de la primera hizo el ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano.

II. SENTENCIA OBERGEFELL *v.* HODGES. (ESTADOS UNIDOS)

Me basaré en la opinión mayoritaria de la Corte (5 votos contra 4), suscrita por el juez Kennedy y en uno de los votos disidentes o en contra, por parte del recién finado juez de ascendencia italiana Antonin Gregory Scalia.

a) Opinión mayoritaria

Comenzaremos por analizar la opinión mayoritaria, en voz del juez Kennedy. Transcribiré a continuación, y en lo conducente,¹ los argumentos que en mi opinión considero más relevantes (Las cursivas son del autor):

La Constitución promete libertad... una libertad que incluye... definir y expresar su identidad. Los peticionarios... intentan hallar esa libertad casándose con alguien de su mismo sexo y logrando que esos matrimonios sean considerados legales en los mismos términos y condiciones que matrimonios entre personas del sexo opuesto.

Respecto del proceso señala: “los peticionarios presentaron estas demandas en las cortes federales de distrito en sus estados de origen. Cada corte de distrito falló a su favor... los demandados apelaron las decisiones en el sexto circuito de la corte de apelaciones... dicha corte consolidó los casos y revocó las decisiones de las Cortes de distrito... la corte de apelaciones sostuvo que un estado no tiene una obligación constitucional de autorizar matrimonios del mismo sexo ni de reconocer matrimonios del mismo sexo constituidos fuera del estado... los peticionarios solicitaron certiorari. Esta corte concedió la revisión aunque limitada a dos interrogantes: la primera... es si la 14ª enmienda requiere que un estado autorice un matrimonio entre dos personas del mismo sexo. La segunda... es si la 14ª enmienda requiere que un estado reconozca un matrimonio entre personas del mismo sexo autorizado y constituido en un estado que sí concede dicho derecho.”

...Los demandados sostienen...extender el concepto y status legal del matrimonio a dos personas del mismo sexo sería degradar una institución eterna. El matrimonio desde su punto de vista, es por su propia naturaleza una unión

¹ El texto que transcribo se toma de la traducción al español que del voto mayoritario de la Corte realizó la Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, revisada por el profesor William Vázquez Irizarry.

diferenciada por razón de género entre un hombre y una mujer. Esta visión se ha sostenido por mucho tiempo —y continúa sosteniéndose— de buena fe por gente razonable y sincera aquí y alrededor del mundo.

En cuanto a los antecedentes del conflicto en dicho país señala:

... en 1993 la corte suprema de Hawai resolvió que una ley de Hawai que limitaba el matrimonio a parejas heterosexuales constituía una clasificación sobre sexo y por ende estaba sujeta a escrutinio estricto... aunque esta decisión no implicó que el matrimonio entre personas del mismo sexo tenía que permitirse algunos estados se mostraron preocupados por sus implicaciones y reafirmaron en sus leyes que el matrimonio es la unión entre parejas del sexo opuesto... en 1996 el Congreso aprobó la ley en defensa del matrimonio (DOMA por sus siglas en inglés) definiendo el matrimonio, para propósitos del derecho federal... como "sólo la unión legal entre un hombre y una mujer"... en el 2003 la corte de Massachusetts resolvió que su constitución garantizaba a las parejas del mismo sexo el derecho a contraer matrimonio... luego de ese fallo, algunos estados le concedieron derechos matrimoniales a parejas del mismo sexo... hace dos años esta corte invalidó la DOMA en la medida que... le prohibía al gobierno federal tratar a los matrimonios entre personas del mismo sexo como válidos, aun cuando dichos matrimonios eran legales en el estado en el que fueron autorizados. La corte sostuvo que la DOMA menospreció a las parejas del mismo sexo... en años recientes han llegado numerosos casos sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo a las Cortes de apelaciones Estados Unidos. De conformidad con el deber judicial de basar sus decisiones en razones de principios y discusiones neutrales... las Cortes han elaborado un importante cuerpo de derecho teniendo en cuenta todo los lados de esta controversia... Luego de años de litigación... y las discusiones sobre estos acontecimientos públicos, los estados están divididos en cuanto al asunto del matrimonio entre personas del mismo sexo.

En el apartado III señala:

... según la cláusula de debido proceso de ley de la 14ª enmienda ningún estado privará a ninguna persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso la ley. Las libertades fundamentales... incluyen la mayor parte de los derechos enumerados en la Carta de Derechos. Además, estas libertades se extienden a ciertas decisiones personales que son esenciales a la dignidad individual y a la autonomía.

... las generaciones que escribieron... la carta de derechos y la 14ª enmienda no presumían saber el alcance de la libertad en todas sus dimensiones, por lo que le delegaron a las generaciones futuras una carta que protegía el derecho de todas las personas de disfrutar la libertad mientras descubrimos su significado. Cuando nuevos entendimientos revelan discordancia entre las protecciones centra-

les la constitución y ciertas restricciones legales, los reclamos de libertad tienen que atenderse.

... este análisis obliga a concluir que las parejas del mismo sexo pueden ejercer el derecho a contraer matrimonio... la decisión personal con respecto al matrimonio es inherente al *concepto de la autonomía individual*...

... los casos de esta corte y las tradiciones de la nación dejan claro que *el matrimonio es una piedra angular de nuestro orden social*...

... en *Maynard vs. Gil*... *la corte explicó que el matrimonio es la base de la familia de la sociedad sin la cual no habría ni civilización ni progreso... ha sido Durante mucho tiempo una gran institución pública dando carácter a nuestro ordenamiento civil en general*...

... los estados han contribuido al carácter fundamental del derecho al matrimonio al colocar esa institución en el centro de tantas facetas del *orden jurídico social*...

... Limitar el matrimonio a las parejas del sexo opuesto pudo haber parecido natural y justo, pero su incompatibilidad con el significado central del derecho fundamental a contraer matrimonio es ahora evidente...

... el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio, que es parte de la libertad prometida por la 14ª enmienda, se deriva también de la promesa de igual protección de las leyes de esa enmienda. La cláusula de debido proceso y la cláusula de igual protección están conectadas... a pesar de que establecen principios independientes... *ésta interrelación de los dos principios amplía nuestro entendimiento de qué es la libertad y en qué debe convertirse*...

... está ahora claro que las leyes impugnadas agobien la libertad de parejas del mismo sexo, pero además... coartan preceptos centrales de igualdad. *Las leyes de matrimonio impuestas por los recurridos son, en esencia, desiguales: a las parejas del mismo sexo le son negados todos los beneficios que le son otorgados a pareja del sexo opuesto y les es prohibido ejercitar un derecho fundamental*...

... estas consideraciones llevan a la conclusión de que *el derecho a contraer matrimonio es un derecho fundamental inherente a la libertad las personas y, bajo las cláusulas de debido proceso e igual protección de la 14ª enmienda, las parejas del mismo sexo no pueden ser privadas de ese derecho y de esa libertad*...

... la constitución contempla la democracia como el proceso apropiado para el cambio, siempre y cuando ese proceso no limite los derechos fundamentales... los individuos no tienen por qué esperar acción legislativa para hacer valer un derecho fundamental... los derechos fundamentales no pueden ser sometidos a votación; ellos no dependen de ningún resultado electoral... el asunto ante la corte es la interrogante jurídica de si la constitución protege el derecho de las parejas del mismo sexo a casarse...

... *si la corte sostiene las leyes impugnadas como constitucionales, sería enseñarle a la nación que esas leyes están acorde con nuestro más básico pacto social*...

... la constitución... no le permite al Estado prohibir el matrimonio a las parejas del mismo sexo en los mismos términos que es otorgado a las parejas de sexo opuesto... la corte determina que las parejas del mismo sexo pueden ejercer el derecho fundamental a casarse en todos los estados... No existe base legal para que un estado se niegue a reconocer el matrimonio entre personas del mismo contraído en otro estado...

b) Opinión disidente del juez Scalia

De igual manera transcribo los argumentos que me parecieron más importantes, esta vez en su idioma original inglés (el subrayado es mío):

...It is not of special importance to me what the law says about marriage. It is of overwhelming importance, however, who it is that rules me. Today's decree says that my ruler, and the ruler of 320 million americans coast to coast, is a majority of the nine lawyers on the Supreme Court. The opinion in these cases is the furthest extension in fact —and the furthest extension one can even imagine— of the Court's claimed power to create liberties that the Constitution and its amendments neglect to mention. This practice of constitutional revision by an unelected committee of nine always accompanied (as it is today) by extravagant praise of liberty, robs the people of the most important liberty they asserted in the Declaration of Independence and won in the Revolution of 1776: the freedom to govern themselves.

Regulation of domestic relations is an area that has long been regarded as a virtually exclusive province of the States.

But we need not speculate. *When the Fourteenth Amendment was ratified in 1868, every State limited marriage to one man and one woman, and no one doubted the constitutionality of doing so. That resolves these cases.*

The public debate over same-sex marriage must be allowed to continue.

A system of government that makes the People subordinate to a committee of nine unelected lawyers does not deserve to be called a democracy

The five Justices who compose today's majority are entirely comfortable concluding that every State violated the Constitution for all of the 135 years between the Fourteenth Amendment's ratification and Massachusetts' permitting of same-sex marriages in 2003. *They have discovered in the Fourteenth Amendment a "fundamental right" overlooked by every person alive at the time of ratification, and almost everyone else in the time since.*

III. JURISPRUDENCIAS MEXICANAS

a) Acción de inconstitucionalidad 2/2010

El 16 de agosto de 2010, el tribunal pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dictó sentencia en la acción de inconstitucionalidad 2/2010, en cuyo punto resolutivo segundo se reconoció la validez de los artículos

146 (que define al matrimonio como la unión libre entre dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua) y 391 (que permite a los cónyuges adoptar) del Código Civil para el Distrito Federal, conforme a lo expuesto en los considerandos quinto, sexto y séptimo de dicha ejecutoria.

b) Voto disidente del ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano

A continuación transcribo en lo conducente el texto del voto particular del ministro Aguirre Anguiano, en contra de la sentencia en la acción de inconstitucionalidad 2/2010:

...El Tribunal Pleno de la Suprema Corte... sostuvo que son constitucionales los artículos 146 y 391 del Código Civil del Distrito Federal... No comparto la anterior determinación plenaria, que se refleja en el punto resolutivo segundo de la sentencia, por las siguientes razones:

L. ...se desestiman los conceptos de invalidez hechos valer en contra del artículo 146 en cuanto redefine el concepto de matrimonio para entenderlo entre dos personas, sin importar su sexo. La constitucionalidad de la medida legislativa se sustenta... en los razonamientos siguientes:

- No hay violación a la garantía de motivación contenida en el artículo 16 constitucional porque la Suprema Corte ha sostenido... que el legislador no está obligado a justificar dentro del procedimiento legislativo, que la creación de normas jurídicas obedece a determinados objetivos que se correspondan con la realidad social.
- Los planteamientos de invalidez se dirigen a demostrar la falta de razonabilidad objetiva de la medida legislativa... pero no a impugnar el acto legislativo por violación al principio de igualdad o no discriminación.
- ...La Asamblea Legislativa... está facultada... para legislar en materia civil y , por tanto, para redefinir el concepto de matrimonio permitiendo que se celebre entre dos personas y no sólo entre un hombre y una mujer.
- La Constitución no contiene un concepto determinado de matrimonio... En su artículo 4º obliga a proteger a la familia... pero tampoco nos refiere que ese concepto... tenga que constituirse necesariamente a través del matrimonio entre un hombre y una mujer.
- ...La dinámica social ha dado lugar a diversas formas familiares... la familia nuclear... familias monoparentales... familias extensas o consanguíneas... uniones homosexuales, con o sin hijos... Todas estas formas familiares deben ser protegidas por mandato constitucional.
- Si bien históricamente el matrimonio se ha considerado como la unión entre un hombre y una mujer y la procreación ha tenido un papel importante... la evolución de esta institución y de su concepción lleva a sostener que la relación jurídica matrimonial no se vincula ya al fin de la

procreación sino que se sostiene... en los lazos afectivos, sexuales, de identidad, solidaridad y de compromiso mutuos...

- La Asamblea... justifica la reforma legal impugnada, esencialmente, en la igualdad y la no discriminación... por orientación sexual, lo que satisface el principio de razonabilidad...
- ...no es sostenible una interpretación constitucional que lleve a concluir que la Asamblea... en ejercicio de su competencia... no pueda extenderlo a las uniones entre personas del mismo sexo.

A) ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL. MOTIVACIÓN DE LA REFORMA IMPUGNADA...

...las relaciones homosexuales han sido ya objeto de regulación jurídica en el ámbito del Distrito Federal en la Ley de Sociedades de Convivencia, por lo que no puede justificarse la reforma... en la necesidad de normarlas... la equiparación de las parejas del mismo y de diferente sexo al permitirse el matrimonio a ambas y la... adopción para las dos, trastoca el principio de igualdad, la garantía... relativa a la protección de la familia y... al interés superior de la infancia...

...un precepto... contrario al orden constitucional del que dimana.

Esto ocurre con el artículo 146 impugnado en la acción de inconstitucionalidad... prevé la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo, en franco olvido del contenido y sentido de las normas constitucionales atinentes al tema, además de la interpretación equivocada de dos instituciones jurídicas y humanas fundamentales en el tema a estudio... el matrimonio y la familia.

B) ARTÍCULO 4º CONSTITUCIONAL

No comparto la afirmación... plenaria mayoritaria respecto a que el artículo 4º constitucional contiene una serie de principios y de derechos que no tienen una relación directa entre sí...

Al establecerse lo anterior en el mismo párrafo, es claro que el tipo de familia que tuvo en mente el Poder Reformador de la Constitución es el formado por el hombre, la mujer y los hijos que lleguen a procrear.

En los siguientes párrafos la disposición suprema refiere los principios que aseguran el sano desenvolvimiento de la familia y de sus miembros...

No hay duda respecto a que el modelo de familia que tuvo en mente el Poder Reformador de la Constitución al ordenar su protección es la familia nuclear formada por el hombre, la mujer y los hijos. Sólo a través del reconocimiento de la institución matrimonial entre parejas de distinto sexo puede el Estado dar cumplimiento a ese deber.

Existe una tendencia generalizada a creer que el matrimonio heterosexual es un producto de la moral religiosa; sin embargo, existen fuentes que sostienen que en las comunidades antiguas de Grecia y Roma el matrimonio nació dentro de las primeras formas de organización doméstica y constituía no un acto vinculado con la moral, sino con el paso de un sistema de culto privado a otro

culto privado; del paso que una joven realizaba del culto al hogar y a los dioses domésticos de su padre al de su marido...

De aquí derivó la definición de matrimonio que el Digesto enumera... una comunicación del derecho divino y el humano... un acto humano donde participan tanto las leyes nacionales como las divinas.

El matrimonio estaba ligado a la familia pues a través de aquél se aseguraba la procreación y la descendencia. El matrimonio en la Grecia y en la Roma antiguas era obligatorio y su fin no era el placer ni en la unión de dos seres que se correspondían sentimentalmente, sino para unir a dos seres en un mismo culto doméstico para hacer nacer a un tercero que fuera apto para continuar ese culto...

Lo anterior permite sostener que matrimonio y familia surgen de una realidad antropológica y social anterior a lo que puede considerarse como un matrimonio... religioso, su estima está vinculada con el valor que la sociedad otorga a la familia y a los hijos...

...esta unión entre matrimonio y familia encuentra sus raíces más allá de la concepciones religiosas y morales, ya que su origen se pierde en épocas anteriores a la propia formación de los sistemas religiosos... el modelo de matrimonio que ha imperado en la cultura occidental, (es decir, el heterosexual, monógamo, con consentimiento de las partes y con fines de procreación... ha perdurado por más de veinticinco siglos, en tanto ya era reconocido por las leyes griegas y romanas...

Desde el punto de vista etimológico la palabra matrimonio hace referencia a la procreación... Mater que significa madre y un verbo: monio... que quiere decir recordar... es lo que recuerda a la madre... al origen, a la procreación... en el griego... se designaba al matrimonio con la palabra Himeneo... existe una clara alusión al cuerpo femenino.

...el matrimonio heterosexual no es un producto de la moral religiosa, sino un elemento de nuestra cultura, donde matrimonio heterosexual y familia constituyen las instituciones propias de la perpetuación de la especie...

...el adjetivo heterosexual no debe considerarse... un elemento accidental del sustantivo matrimonio, sino como un predicable esencial, pues en nuestra cultura, un matrimonio... entre dos personas del mismo sexo no puede ser llamado con propiedad matrimonio, dado que... etimológicamente la palabra matrimonio involucra al ser femenino y la posibilidad de generación de vida...

La unión entre dos personas del mismo sexo no puede comprenderse, dentro del concepto histórico, social y jurídico del matrimonio. Debe buscarse un neologismo que refiera ese tipo de unión y regularse jurídicamente aparte de la institución matrimonial...

...un neologismo es una "palabra nueva"; su campo semántico abarca también la idea de lo insólito, lo inesperado, propio de juventud, irreflexivo, inexperto...

Los instrumentos internacionales... refieren la importancia de la protección de la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad y reconocen la institución del matrimonio formado por un hombre y una mujer... Declaración Universal de Derechos Humanos... Convención Americana sobre Derechos Humanos... Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos... Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales...

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

16.

1. Los hombres y las mujeres... tienen derecho... a casarse y fundar una familia...

3. La familia... debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Artículo 17. Protección a la Familia.

1. La familia... debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia...

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Artículo 23

1. La familia... tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia...

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Artículo 10

1. ...conceder a la familia... la más amplia protección y asistencia posibles...

Esos instrumentos internacionales... aluden a los seres humanos titulares de esos derechos con el término de 'personas'; en cambio, al referirse al matrimonio señalan el derecho que asisten al hombre y a la mujer para contraer matrimonio y formar una familia.

...en el artículo 16, punto 3, de la Declaración Universal... se alude expresamente al derecho de los hombres y mujeres a casarse y fundar una familia... dentro de las restricciones previstas no se comprende la orientación sexual, precisamente porque se parte de que la institución matrimonial es heterosexual, lo que significa que en el caso del matrimonio no puede operar la prohibición de discriminación por razón de tal orientación al conformar parte de su esencia la heterosexualidad...

Es derecho de todo ser humano decidir de manera libre a la pareja con quien... convivir... constitucionalmente sólo tienen derecho a que tal unión se formalice a través del matrimonio las parejas heterosexuales, como institución fundamental base de la familia y de la sociedad y cuya protección constituye una garantía institucional...

...sostengo que no existe un derecho humano fundamental al matrimonio, sino un derecho de libertad en la decisión de unión de convivencia...

C) DERECHO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN...

A diferencia de lo que sostiene la mayoría, considero que el análisis de los derechos de igualdad y no discriminación requiere... de un análisis de constitucionalidad reforzado...

El análisis de constitucionalidad de la reforma... exige considerar, en virtud de la posibilidad de adopción que implica la incorporación de las parejas del mismo sexo en la institución del matrimonio, el interés superior del menor, el cual constituye indudablemente un bien que el Estado tiene la obligación de proteger y un derecho de la niñez mexicana... por lo que por este solo hecho procede realizar un test de constitucionalidad exhaustivo y reforzado...

...la igualdad exige tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, por lo que en ocasiones "hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras, estará permitido o, incluso, constitucionalmente exigido", por lo que se requiere de un examen reforzado cuando se introduce una distinción.

...la norma que redefine el matrimonio no hace distinción, pero... cuando se establece un trato igual a una situación concreta que históricamente ha recibido un trato diferente, como ocurre con el matrimonio, el test reforzado se requiere... pues el principio de igualdad se violenta al no consagrarse el trato diferente cuando éste resulta constitucionalmente exigible...

Al permitirse contraer matrimonio a personas del mismo sexo se violenta el principio de igualdad pues... las parejas homosexuales no se encuentran en la misma situación que las... heterosexuales en tanto sólo estas... están en posibilidad biológica y natural para concebir y procrear. Esta diferente realidad exige que no se equiparen en cuanto al tratamiento jurídico que se dé al reconocimiento de unas y otras, además que el modelo de familia a que atendió el Poder Reformador de la Constitución... es la formada por un hombre, una mujer y los hijos...

...que parejas del mismo sexo pretendan eliminar la imposibilidad biológica en que se encuentran para poder concebir recurriendo a otros medios... no los equipara a las parejas heterosexuales que naturalmente puedan convertirse en padre y madre...

Igualar la diferente situación en que se encuentran las parejas heterosexuales y homosexuales no resulta objetivo y razonable y, por tanto, se traduce en infracción al principio de igualdad...

La garantía institucional que modela humanamente a la familia, impide alterar la institución matrimonial más allá de lo que su propia naturaleza tolera; no hay impedimento para adecuarla al espíritu de los tiempos pero no puede hacerse en términos que resulten irreconciliables por la conciencia social de cada tiempo y lugar, lo que impone al legislador la obligación de respaldar en un amplio consenso político y social las innovaciones que introduzca...

No se comparten las anteriores consideraciones...

...el concepto de invalidez debió declararse fundado y, consecuentemente declararse la invalidez de las normas controvertidas...

La noción de orden público adquiere relevancia trascendental en el presente asunto...

Muchas entidades... en nuestro país definen al matrimonio... entre un hombre y una mujer... Este concepto de la institución matrimonial adecuadamente atiende a lo que el Pacto Federal entiende por matrimonio... cabe cuestionar ¿no se rompe u ofende el orden público en aquellas entidades federativas que regulan la figura del matrimonio como aquel celebrado entre un hombre y una mujer? ¿no se afecta con ello el orden público de cada Entidad al obligarlas a reconocer actos del estado civil que difieren de lo que su propia legislación prevé?...

...¿en ese tipo de casos no habría violación al orden público en las entidades federativas mencionadas y a una de las instituciones que principalmente defienden como lo es la familia?...

...considero que debió declararse fundado el planteamiento de transgresión a los artículos 14, 16, y 121 constitucionales por las siguientes razones:

a) Las normas impugnadas violan el artículo 121 Constitucional por dos razones...

a.1 La Asamblea... del Distrito Federal no tiene facultades para modificar el contenido esencial de una institución que se regula con base en un estándar histórico constitucional, pues los estándares que presupone la Constitución Federal sólo pueden ser modificados por el Constituyente Permanente y no por las Legislaturas Locales...

a.2 La reforma impugnada al separarse del estándar constitucional rompe con la armonía propia del sistema federal y con el orden público que de ahí deriva...

...a fin de esclarecer si... se atiende o no al... interés superior del menor es necesario considerar dos circunstancias... de no afectación al sano desarrollo del niño...

- Que en México no existe rechazo social a este tipo de parejas o bien que existiéndolo ello no perjudica al menor...
- Que no se produce una confusión de las figuras paterna y materna o que tal confusión no afecta a su desarrollo.

Es necesario determinar si en nuestro país se siguen estigmatizando y desaprobandando las uniones entre parejas del mismo sexo, pues tal rechazo social... puede afectar el sano desarrollo del menor...

Es por ello que considero improcedente acudir a las decisiones que los otros países hayan adoptado al respecto. La posibilidad... de que parejas homosexuales tengan acceso a la adopción... debe atender a nuestra realidad social y a nuestra idiosincrasia y no a la de otros países...

...en virtud de las diferentes socioculturales que guardamos con las poblaciones de... Estados Unidos..., Suecia, Reino Unido, Bélgica, España, Holanda, entre otros países...

...las investigaciones tienen deficiencias metodológicas...

El mismo estudio reconoce que la American Psychological Association... informa que la población homosexual sufre en una mayor proporción de desajustes psicológicos relacionados con el estrés... como consecuencia del prejuicio y la discriminación generalizados... debió tenerse presente pues esos desajustes... podrían tener influencia en el desarrollo de los menores...

...los “especialistas” de la Universidad Nacional Autónoma de México emitieron dos opiniones... en la segunda... se indica que las personas homosexuales son uno de los grupos más estresados de la sociedad... estos niños pueden considerarse en riesgo porque tienen que afrontar burlas, acoso escolar, presión... y aislamiento que pueden dañar su autoestima y su confianza...

La opinión rendida por el DIF Nacional adquiere importancia especial por tratarse del organismo público que debe intervenir en los procedimientos relacionados con la adopción...

En esa opinión se señala que no existen estudios referidos a la sociedad mexicana en el tema de la adopción por parte de parejas homosexuales pues no se ha recibido ninguna solicitud... los estudios existen en otros países y no pueden avalarse porque se desconoce la metodología empleada, las investigaciones de campo realizadas y responden a entornos socioculturales muy distintos al mexicano...

... la adopción no es un derecho que pueda ser reclamado que el bien jurídico tutelado es el derecho de los menores a vivir en familiar y la adopción es sólo un instrumento jurídico para hacerlo efectivo...

...la integración del niño a la nueva estructura familiar no debe suponer enfrentarlo a una nueva dificultad de integración en el medio social. Vivimos en una sociedad que, injustamente, rechaza y discrimina a los homosexuales...

...destaca que los estudios llevados a cabo en Holanda, Noruega, Inglaterra, Estados Unidos de América, Nueva Zelanda, Francia y Australia...

...concluye que existe información sólida y representativa para estimar que las personas homosexuales configuran un patrón de conducta de riesgo notoriamente mayor respecto de los heterosexuales en perjuicio de la protección del bien superior del niño...

...la Asociación Mexicana de Pediatría considera que... no existen estudios que refieran qué sucedería en el corto, mediano y largo plazo con la personalidad de los niños adoptados por personas homosexuales... debe existir algún tipo de alteración bio-psicosocial ya que la raza humana se ha venido desempeñado dentro de la cultura de dos sexos o géneros predominantes; que el grado de culturización en algunas sociedades, les permite tener un panorama más amplio...

Concluyo... que atendiendo al interés superior de la infancia... se está ante una duda razonable en cuanto al impacto que puede tener en un menor la circunstancia de formar parte de una familia conformada por personas del mismo sexo...

...considero pertinente advertir que de los países que han legalizado la unión civil de parejas del mismo sexo, son muchos los que no han establecido... que tales uniones accedan a la adopción... como... Francia... Austria... Suiza... Uruguay, Colombia y Ecuador...

Es claro que... debió declararse la inconstitucionalidad de la reforma... en atención al interés superior del menor.

Las anteriores inquietudes se basan en una duda razonable de afectación al sano desarrollo del menor al no existir prueba alguna que acredite la previa aceptación de ese modelo de parejas por la sociedad mexicana...

La garantía de igualdad exige diferenciar lo que por naturaleza es desigual...

En torno a las garantías de igualdad y no discriminación... se hizo referencia a las "categorías sospechosas"...

Estas causas concretas de prohibición de discriminación se basan en supuestos que históricamente han dado lugar a ella y son conocidas... como "categorías sospechosas de discriminación", en las cuales para justificar un trato desigual basado en alguna de estas causas se exige una motivación objetiva y razonable reforzada. Esto significa que no puede partirse, como lo hace la sentencia... de que la sola distinción por alguna de estas causas resulta discriminatoria per se y conculcatoria del artículo 1º constitucional, pues es necesario determinar si no existen razones que justifiquen o... exijan un trato diferenciado...

...no comparto la denominación de "categorías sospechosas" a la que algunos Ministros aludieron durante la discusión del asunto, con base en doctrina extranjera... tal terminología es peyorativa e innecesaria porque ya la Suprema Corte ha determinado la necesidad de someter a un juicio... exhaustivo y reforzado cualquier distinción, por motivo de alguna de las causas que enumera el artículo 1º... en general, cuando el criterio diferenciador importe un trato desigual...

...sí es constitucionalmente válido establecer distinciones tratándose de las llamadas "categorías sospechosas"... con la condición de que estén apoyadas en razones que soporten un test de proporcionalidad reforzado, como ocurre en el caso de existir otro principio constitucional que prevalezca sobre la afectación a los derechos y libertades que el trato diferenciado pudiera ocasionar, como es el interés superior del menor...

No existe un derecho fundamental al matrimonio... existe... un derecho... de elegir con quién vivir... que no significa que tal unión deba ser reconocida bajo la institución civil del matrimonio. Tampoco existe un derecho fundamental a la adopción de menores; lo que existe es el derecho de los niños a ser

adoptados en... una familia, el compromiso del Estado de procurarles... protección y del ambiente que garantice su sano y pleno desenvolvimiento.

Por tanto, no puede sostenerse que las normas impugnadas tienden a tutelar derechos que constitucionalmente no son tales, como el casarse entre personas del mismo sexo y adoptar menores... mucho menos, que el criterio contrario al sostenido en la resolución plenaria, esto es, la inconstitucionalidad de la posibilidad de adopción... implica la afectación o privación de derechos fundamentales... en atención a su preferencia sexual.

Suponiendo que con la posibilidad para las parejas... del mismo sexo de contraer matrimonio y adoptar menores se pretendiera el fin legítimo de eliminar la discriminación a los homosexuales, los medios utilizados no resultan constitucionalmente válidos para lograrlo pues se desconoce el interés superior del niño. No puede utilizarse al menor como un instrumento para abatir una realidad social... como lo es la discriminación por razón de orientación sexual.

La duda razonable de la afectación al menor con la adopción por matrimonios del mismo sexo, que la sentencia plenaria desconoce sin apoyo probatorio alguno, impide la utilización de los menores como punta de lanza para abatir el problema de la discriminación...

...no puede prevalecer el fin legítimo de combate a la discriminación por razones de orientación sexual sobre el interés superior del menor...

La imposibilidad constitucional de adopción... no parte de una discriminación per se... sino de una realidad natural y social...

...del proceso legislativo que dio lugar a las normas impugnadas se advierte que la Asamblea... incurrió en una falta de análisis de la repercusión que... del matrimonio de parejas homosexuales ocasiona en cuanto a la adopción... La sentencia del Tribunal Pleno convalida este vicio al declarar constitucional la posibilidad de adopción por tales parejas...

...al otorgar... acceso a la pareja homosexual a la institución civil de la adopción resultan contraria al interés superior del menor...

...si bien se comparte... que el Tribunal Constitucional debe ser parte de la tendencia que evite la discriminación estableciendo criterios que no discriminen, se disiente de que la determinación adoptada sea de avance social en tal sentido, puesto que el principio de igualdad exige no equipar lo que es diferente... es la asimilación al concepto tradicional del matrimonio de todo tipo de uniones de personas lo que ocasiona una violación a dicho principio, haciendo prevalecer el interés de grupos minoritarios sobre el interés de la sociedad y el interés superior de los niños...

...la aplicación... del matrimonio a las parejas del mismo sexo requiere... de un examen particularizado que refleje la voluntad del legislador expresa y consiente sobre los efectos de la equiparación, específicamente en materia de adopción... apoyada en prueba plena de no afectación al interés superior del niño... conforme a nuestra realidad social, aunque ello fuera la tendencia de avance

social mundial - que no lo es al ser mínimo el porcentaje de países que permiten la adopción...

...debió declararse la invalidez de los artículos 146 y 391 del Código Civil del Distrito Federal...

c) Jurisprudencias del año 2015

1. Jurisprudencia 1a./J. 85/2015 (10a.)

MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. LA DEFINICIÓN LEGAL DEL MATRIMONIO QUE CONTENGA LA PROCREACIÓN COMO FINALIDAD DE ÉSTE, VULNERA LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. Las definiciones legales de matrimonio que contengan la procreación como finalidad de éste, vulneran los principios de igualdad y no discriminación contenidos en el artículo 1o. de la Constitución, al excluir injustificadamente a las parejas del mismo sexo de dicha institución, toda vez que no está directamente conectada con dicha finalidad. Como lo ha sostenido esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, la Constitución protege a la familia como realidad social, es decir, todas las formas y manifestaciones de familia que existen en la sociedad, entre las que se encuentran las homoparentales conformadas por padres del mismo sexo con hijos (biológicos o adoptivos) o sin ellos. En este sentido, la distinción resulta claramente sobreinclusiva porque quedan comprendidas en la definición de matrimonio las parejas heterosexuales que no acceden a esta institución con la finalidad de procrear, lo que muestra la falta de idoneidad de la medida para cumplir con la protección de la familia como realidad social, y que se contraponen a lo sostenido por este alto tribunal en el sentido de que ha desvinculado el matrimonio de la función procreativa. Por otro lado, resulta subinclusiva porque excluye injustificadamente del acceso al matrimonio a las parejas homosexuales que están situadas en condiciones similares a las parejas heterosexuales, lo que ocasiona que se les prive de obtener los beneficios tangibles e intangibles que otorga dicha institución a estas parejas y a los niños que decidan criar.

2. Jurisprudencia 1a./J. 43/2015 (10a.)

MATRIMONIO. LA LEY DE CUALQUIER ENTIDAD FEDERATIVA QUE, POR UN LADO, CONSIDERE QUE LA FINALIDAD DE AQUÉL ES LA PROCREACIÓN Y/O QUE LO DEFINA COMO EL QUE SE CELEBRA ENTRE UN HOMBRE Y UNA MUJER, ES INCONSTITUCIONAL. Considerar que la finalidad del matrimonio es la procreación constituye una medida no idónea para cumplir con la única finalidad constitucional a la que puede obedecer la medida: la protección de la familia como realidad social. Pretender vincular los requisitos del matrimonio a las preferencias sexuales de quienes pueden acceder a la institución matrimonial con la procreación es discriminatorio, pues excluye injustificadamente del acceso al matrimonio a las parejas homosexuales que están situadas en condi-

ciones similares a las parejas heterosexuales. La distinción es discriminatoria porque las preferencias sexuales no constituyen un aspecto relevante para hacer la distinción en relación con el fin constitucionalmente imperioso. Como la finalidad del matrimonio no es la procreación, no tiene razón justificada que la unión matrimonial sea heterosexual, ni que se enuncie como “entre un solo hombre y una sola mujer”. Dicha enunciación resulta discriminatoria en su mera expresión. Al respecto cabe recordar que está prohibida cualquier norma discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, tanto por parte de autoridades estatales como de particulares, pueden disminuir o restringir los derechos de una persona a partir de su orientación sexual. Así pues, bajo ninguna circunstancia se puede negar o restringir a nadie un derecho con base en su orientación sexual. Por tanto, no es factible hacer compatible o conforme un enunciado que es claramente excluyente.

IV. COMENTARIOS Y CONSIDERACIONES

1. Tenemos que recordar que los Estados Unidos de América están organizados políticamente como un estado de tipo federal, en donde las facultades que no están previstas en la propia Constitución como competencia del gobierno federal, se entienden reservadas a las entidades federativas, tal como lo señala la décima enmienda de dicha constitución, que por cierto es considerada la más antigua del mundo. Esta décima enmienda, desde mi punto de vista, constituye uno de los puntos centrales de crítica de la sentencia estadounidense analizada, desde el punto de vista positivo, es decir, tomando en cuenta el texto de la legislación, que es bastante claro.

2. Respecto de la sentencia OBERFEGELL, desde mi punto de vista, la opinión más convincente y sólida jurídicamente es la disidente del juez Scalia por las siguientes razones:

A) Desde el punto de vista positivo, es decir, atendiendo a las disposiciones de la propia constitución estadounidense, la materia civil (que incluye la legislación sobre matrimonio), pertenece al ámbito de competencia de los Estados (como claramente lo señala Scalia), según lo dispone expresamente la décima enmienda, toda vez que el ámbito de competencia federal debe estar previsto expresamente en la propia Constitución (en otras palabras: todas las facultades no previstas en la Constitución para el gobierno federal, se entienden reservadas a los estados). Luego entonces, es contundente el hecho de que la regulación sobre matrimonio pertenece a cada uno de los Estados, por ello en mi opinión es improcedente que la Corte declare “inconstitucionales” las legislaciones estatales en materia de matrimonio, independientemente de si permitan o no el matrimonio homosexual.

B) Por las mismas razones del punto anterior, me parece que la Corte está invadiendo una esfera de competencia que no le corresponde: la del poder legislativo estatal, que es al único que compete la regulación sobre matrimonio.

C) Lo que es claro, según la cláusula conocida como de "entera fe y crédito", prevista también en la propia Constitución, es que los Estados están obligados a reconocer los matrimonios celebrados válidamente en otro Estado, independientemente de si es heterosexual u homosexual.

D) Tiene razón Scalia cuando afirma que un tema de importancia capital para el Estado y los ciudadanos (pues en la mayor parte del mundo es reconocido el matrimonio como la base de la sociedad, y por tanto una institución de orden público), que ha suscitado tanta polémica y controversia, sea resuelto por una mayoría de nueve abogados, que además carecen de una proporcional representación respecto de los diversos grupos sociales en dicho país.

E) Por lo que se refiere a los derechos humanos, los principales argumentos de la Corte, se basan en dos derechos fundamentales: la libertad y la igualdad, pero en mi concepto, la primera extralimitada y la segunda mal entendida, por lo siguiente:

La opinión mayoritaria "descubre" (como bien señala Scalia) un derecho fundamental que nadie había percibido: una libertad extendida o ampliada, consistente en que el individuo pueda cumplir sus deseos por más nobles que sean, sin respetar el statu quo o las restricciones legales impuestas, lo cual en mi opinión es más subjetivismo que un derecho humano. Parece más libertinaje que libertad. Independientemente de cualquier postura religiosa, me parece que las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo son *contra natura*; luego no me queda tan claro que las personas involucradas ejerzan cabalmente su "libertad".

Por lo que se refiere a la igualdad, es decir al mismo trato que deben tener las parejas homosexuales que las heterosexuales, recuerdo que Aristóteles al hablar de justicia (en una de sus tantas acepciones) señalaba que ésta consistía en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Luego, tampoco me queda tan claro que exista una violación al principio de igualdad.

3. Me parece riesgoso que los jueces tengan el poder de interpretar hasta dónde llegan los derechos fundamentales, sobre todo por las repercusiones sociales que sus sentencias pueden tener. Precisamente por ser los derechos humanos principios ("mandatos de optimización") y no reglas de conducta, en ciertos casos, como el analizado en el presente trabajo, puede ser discutible la interpretación y el alcance que un determinado juez haga de los mismos.

4. Desde la perspectiva del derecho mexicano, me parecen aplicables, en esencia, las anteriores consideraciones vertidas, toda vez que nuestra constitución está copiada de la estadounidense (y toda vez que también la Suprema Corte de Justicia declaró que el matrimonio entre personas del mismo sexo en la Ciudad de México es constitucional).²

5. Coincido plenamente con la postura del ministro Aguirre Anguiano cuando afirma que no existe un derecho fundamental al matrimonio, sino un derecho de libertad para unirse en convivencia. Asimismo coincido con sus argumentos para demostrar que los derechos de igualdad y no discriminación no pueden ser aplicados al caso que nos ocupa, por las razones que ya han quedado transcritas.

6. Adicionalmente a los argumentos del ministro Aguirre Anguiano, hay uno que en mi opinión es bastante claro para considerar el matrimonio entre personas del mismo género sexual así como la posibilidad de que puedan adoptar, un hecho ilícito: el artículo 1830 del Código Civil para el Distrito Federal señala: “es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres” cuyo contenido debe estar redactado más o menos en el mismo sentido en la mayor parte de los códigos civiles del resto de las entidades federativas, así como de los europeos y latinoamericanos. El Código Civil italiano en su artículo 1343, entre algún otro, señala: “La causa é illecita quando é contraria a norme imperative, all’ ordine público o al buon costume”.

Resulta sumamente ilustrativo y claro y todavía vigente en mi concepto, lo que acerca de las buenas costumbres nos enseña el maestro don Manuel Borja Soriano en su reconocido libro “Teoría General de las Obligaciones”:

...IV. ACTOS CONTRARIOS A LAS BUENAS COSTUMBRES. 184. Ofensa a la moral. La ley niega su protección al contrato cuyo objeto tiene un contenido inmoral. Esta norma, que puede decirse existe en todos los códigos de los países civilizados, “está inspirada en un sentido de profundo respeto a la conciencia de la sociedad, que no debe ser turbada y trastornada por especulaciones torpes y por contratos escandalosos, y en un sentimiento de dignidad que la ley tiene por sí misma, porque no quiere convertirse en instrumento de la maldad de otros y hacer servir la forma del contrato y la fuerza obligatoria que le es anexa para constreñir a otros a una acción o prestación inmoral. Por otra parte esta norma, haciendo servir al derecho de medio para el perfeccionamiento de

² Previa reforma en 2009 al Código Civil de la Ciudad de México, que cambió la definición de matrimonio: de la unión entre un hombre y una mujer, por la unión de dos “personas”.

la vida humana, lo eleva así a una altura ideal, si debe creerse que el desarrollo y progreso del derecho consiste precisamente en la elevación de la ley moral a ley jurídica" (Ferrara, núm. 3, pag. 4). "el principio de la nulidad de los actos inmorales y contrarios al orden público se presenta como una norma subsidiaria a las provisiones legales, en cuanto interviene en todos aquellos vacíos dejados por la ley para mayor protección del ordenamiento... Agrega Ferrara lo siguiente: "A la norma que declara ilícitos los actos inmorales se han dirigido graves censuras, lamentando que constituya una intromisión arbitraria de la moral en el derecho, y que señala un retroceso en la legislación, o al menos, un resto de aquella confusión de principios morales y jurídicos, cuya distinción clara es una conquista de la ciencia moderna. Pero reflexionando sobre esta acusación, queda uno persuadido de que carece de fundamento... tanto las reglas morales como las jurídicas tienen por objeto la conducta humana y quieren dirigir y guiar las acciones individuales en ciertas direcciones y según cierta medida a fin de alcanzar los fines de la convivencia social...184 bis. Ripert y Renard. Ripert,... enseña que entre la regla moral y la regla jurídica no hay diferencia alguna de dominio, de naturaleza y de fin, y Renard, a su vez proclama la identidad fundamental de la moral y del derecho...185. Concepto de las buenas costumbres. El contrato inmoral es nulo como el contrato contrario al orden público y el respeto de la moral entra, a decir verdad, en el del orden público... En Francia, como en los países de Europa y de América, es el cristianismo el que ha impuesto cierta moral. Las reglas de esta moral se siguen por convicción, por hábito o por razón, poco importa. El juez comprueba su existencia y no tiene que fallar sobre su fundamento. Cuando comprueba que el contrato... quiere crear un vínculo jurídico, que sería contrario a las reglas de la moral, o permitiría infringir una de esas reglas, debe anular el contrato como contrario a las buenas costumbres...186. Necesidad de un ideal moral...¿qué es pues la regla moral, sino la regla de conducta dictada por la consideración de un ideal divino o humano? La repetición del acto inmoral no lo hace lícito porque la inmoralidad se convierta en costumbre. El asentimiento general no es muchas veces sino el hábito en el vicio. La piadosa consagración de una práctica por una opinión extraviada, no la legitima... los tribunales...tienen el deber de mantener la regla que largos siglos de moral cristiana han impuesto a la sociedad y que están encargados de defender...

7. Me parece razonable y justo otorgar protección jurídica a las minorías, en lo que no coincido fue en la forma en que se hizo. Me parece difícil que en la sociedad mexicana en que vivimos hoy día, alguien pueda considerar que el matrimonio entre personas del mismo género sexual es una "buena costumbre".

8. Me parecen cuesta arriba los argumentos de las opiniones mayoritarias de los máximos tribunales estadounidense y mexicano para justificar en el caso concreto que nos ocupa, que su decisión estuvo basada en los derechos humanos, máxime cuando las tendencias actuales jurídicas a nivel mundial en esta materia, le dan una importancia crucial al contenido y valores éticos y de justicia que debe tener el derecho como ciencia.

LA SOCIEDAD ANÓNIMA Y SUS ÓRGANOS SOCIALES

Alberto Fabián Mondragón Pedrero¹



GENERALIDADES

Al participar en la presente obra jurídica en reconocimiento al gran maestro y mejor amigo Othón Pérez Fernández Del Castillo, el cual es uno de los grandes conocedores del derecho civil, derecho mercantil y derecho notarial, implica una gran responsabilidad para reflexionar como enseña este gran académico que ha dejado su vida por más de cuarenta años en las aulas de la Facultad de Derecho de la UNAM, con su peculiar entrega y constancia de hoy y siempre.

I. CONCEPTO DE SOCIEDAD ANÓNIMA

La Sociedad Anónima es aquella persona jurídico-colectiva que, al exteriorizarse como tal respecto de terceros, existe bajo una denominación, la cual se forma libremente. A continuación, se agregan las palabras Sociedad Anónima, o las abreviaturas S.A. En tal virtud, la responsabilidad de los socios se limita al pago de sus acciones (los socios responden hasta por el monto de la literalidad de la acción).

Es una sociedad capitalista que por excelencia ofrece un esquema de desarrollo empresarial de enormes posibilidades, de responsabilidad limitada para los socios, con una denominación social, teniendo un capital social

¹ * Presidente de la Asociación de Colegios de Profesores de la Facultad de Derecho de la U.N.A.M. Presidente del Colegio de Derecho Procesal Civil de la Facultad de Derecho de la U.N.A.M. Director del Seminario de Derecho Mercantil. Titular por Oposición de las Materias de Derecho Procesal Civil, Derecho Mercantil y Títulos y Operaciones de Crédito a Nivel Licenciatura. Titular de las Materias de Formalidad del Acto Jurídico, Situación Jurídica del Empresario, Derecho Probatorio y Contratación Empresarial en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la U.N.A.M.

que representa la participación de los socios mediante títulos negociables denominados acciones.

II. REQUISITOS DE CONSTITUCIÓN

Las sociedades anónimas se constituirán ante notario público o corredor público.

II.I. REQUISITOS GENERALES DE CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL

El documento constitutivo deberá contemplar el nombre, domicilio y nacionalidad de los socios; el objeto de la sociedad, su denominación y duración; el importe del capital social; las aportaciones que cada socio realice, ya sea en numerario o en bienes diferentes a numerario, y en este último caso el criterio para determinar el valor de los bienes muebles o inmuebles; el domicilio en que se establecerá la sociedad; la manera de administrarla, el nombramiento de administradores y sus facultades señalando quien o quienes tendrán la firma social.

El legislador establece y regula cómo habrán de repartirse las utilidades o pérdidas, siendo práctica actual dar los lineamientos del artículo 16 de la LGSM.

En cuanto al fondo de reserva, la regla general es establecer, de las utilidades netas de la sociedad, el separar anualmente el 5% como mínimo hasta que importe la quinta parte del capital social, en cumplimiento del artículo 20 de la LGSM.

A su vez, al tocarse lo relativo a la disolución y liquidación de una sociedad anónima, se transcribe el contenido de los artículos 229 y 247 de la LGSM.

El estatuto social (documento constitutivo) debe inscribirse dentro de los quince días siguientes a su otorgamiento. De no hacerse, cualquier socio puede subsanar esta falta solicitando su inscripción en la vía sumaria, según lo regula el artículo 7 de la LGSM (al no tenerse a la fecha vía sumaria se tendrá que demandar en la vía ordinaria mercantil).

En reforma reciente a la LGSM, además de contemplar al notario público para darle formalidad a los actos jurídicos que celebre una sociedad, también prevé al corredor público, pues ambos son fedatarios ante quienes se formaliza la constitución y se hacen constar sus modificaciones, en cumplimiento del artículo 5 de la LGSM.

II.II. REQUISITOS PARTICULARES PARA LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Dentro de la constitución de una Sociedad Anónima a la fecha tiene trascendencia el artículo 91 de la LGSM y en particular su fracción VII, cuyo texto se transcribe a continuación:

...Artículo 91. La escritura constitutiva o póliza de la sociedad anónima deberá contener, además de los datos requeridos por el artículo 6º, los siguientes:

I. La parte exhibida del capital social;

II. El número, valor nominal y naturaleza de las acciones en que se divide el capital social, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo de la fracción IV del artículo 125;

III. La forma y términos en que deba pagarse la parte insoluta de las acciones;

IV. La participación en las utilidades concedidas a los fundadores;

V. El nombramiento de uno o varios comisarios;

VI. Las facultades de la Asamblea General y las condiciones para la validez de sus deliberaciones, así como para el ejercicio del derecho de voto, en cuanto las disposiciones legales puedan ser modificadas por la voluntad de los socios.

VII. En su caso, las estipulaciones que:

a) Impongan restricciones, de cualquier naturaleza a la transmisión de propiedad o derechos, respecto de las acciones de una misma serie o clase representativas del capital social, distintas a lo que se prevé en el artículo 130 de la LGSM.

b) Establezcan causales de exclusión de socios o para ejercer derechos de separación, de retiro, o bien, para amortizar acciones, así como el precio o las bases para su determinación.

c) Permitan emitir acciones que:

1. No confieran derecho de voto o que el voto se restrinja a algunos asuntos.

2. Otrorguen derechos sociales no económicos distintos al derecho de voto o exclusivamente el derecho de voto.

3. Confieran el derecho de veto o requieran del voto favorable de uno o más accionistas, respecto de las resoluciones de la asamblea general de accionistas.

Las acciones a que se refiere este inciso, computarán para la determinación del quórum requerido para la instalación y votación en las asambleas de accionistas, exclusivamente en los asuntos respecto de los cuales confieran el derecho de voto a sus titulares.

d) Implementen mecanismos a seguir en caso de que los accionistas no lleguen a acuerdos respecto de asuntos específicos.

e) Amplíen, limiten o nieguen el derecho de suscripción preferente a que se refiere el artículo 132 de la LGSM.

f) Permitan limitar la responsabilidad en los daños y perjuicios ocasionados por sus consejeros y funcionarios, derivados de los actos que ejecuten o por las

decisiones que adopten, siempre que no se trate de actos dolosos o de mala fe, o bien, ilícitos conforme a ésta u otras leyes...

II.III. REFLEXIONES A LA FRACCIÓN VII DEL ARTÍCULO 91 DE LA LGSM

II.III.I. *Restricciones a la circulación de las acciones*

En el documento constitutivo por primera vez se permite, fundamentalmente para los socios fundadores y posteriormente para los socios en general, el imponer restricciones de cualquier naturaleza para la transmisión de propiedad o de derecho respecto de acciones de una misma serie o clase que representen el capital social.

Trasciende dicha restricción para evitar la circulación y, en su momento, enajenación de acciones en su calidad de títulos de crédito y cosa mercantil, sin tener conocimiento previo de quién será el nuevo socio y con ello evitar descrédito para los socios y para la propia sociedad, ante el riesgo de lavado de dinero.

No debe pasar desapercibido que, en términos del artículo 130 de la LGSM, se podía pactar que la transmisión de acciones se realizara con la autorización del Consejo de Administración, sin embargo, ahora se legitima desde el documento social a los socios para controlar la transmisión de acciones.

II.III.II. *Causales de exclusión de socios*

Al insertarse la facultad para exclusión de socios, permite establecer que, no obstante que dentro de la doctrina en cumplimiento de la legislación se considera que el acto que da nacimiento a una Sociedad Mercantil es contractual, conforme a la reforma a la ley se reconoce que tiene la calidad de persona moral (jurídica o jurídico colectiva), y de presentarse conducta irregular por el socio o accionista, la permisibilidad de retirarlo sin que se afecte el denominado contrato social.

II.III.III. *Restricción para ejercer derechos de separación o de retiro*

En concordancia con la restricción a la transmisión de las acciones, es benéfico el que se pueda establecer restricción al socio al momento de desear retirarse, evitando que sus derechos se trasladen a un tercero que no genere confianza a la sociedad, y permitiendo con ello que si no se autoriza a la separación o retiro del socio la transmisión de los derechos o propiedad

de la acción, pueda la sociedad adquirir dicha parte de capital social y proceder a continuación a la reducción de dicho capital social, bajo el principio de que la sociedad no debe adquirir sus propias acciones. (Artículo 134 LGSM).

II.III.IV. *Amortización de acciones y bases para su determinación*

De conformidad con los artículos 135 y 136 de la LGSM, se observan las reglas que deben cumplirse para la amortización de acciones, destacando que la reducción en el capital social se realizará mediante sorteo ante notario o corredor titulado, siendo benéfico que puede establecerse que si algún socio incumple con sus deberes sociales por determinación de asamblea y sin necesidad de sorteo, sean amortizadas sus acciones en beneficio del buen manejo y confianza que debe haber en toda sociedad mercantil.

II.III.V. *Derecho de veto o requerimiento de voto favorable de uno o más accionistas*

Dentro de la práctica corporativa se ha presentado la problemática de minimizar a socios fundadores inicialmente y posteriormente a socios minoritarios, por determinación de aumentos de capital, al permitirse el derecho de veto o requerimiento de voto favorable de uno o más socios, se conserva la confianza en la sociedad y se respeta el derecho de la minoría.

II.III.VI. *Voto de calidad*

Se permite desde el documento constitutivo el implementar mecanismos a seguir para el supuesto de que los accionistas no lleguen a acuerdos respecto de asuntos específicos.

II.III.VII. *Suscripción preferente*

En el artículo 132 de la LGSM, se reconoce el derecho preferente en proporción al número de acciones que tendrán los accionistas, destacando que podrá limitarse o negarse el derecho de suscripción preferente para evitar el control mayoritario de uno o varios socios en detrimento de los demás socios y en particular de los socios minoritarios.

II.III.VIII. *Responsabilidad de consejeros y funcionarios*

El contenido de la reforma en este tópico deja entrever, en corto o regular plazo, una problemática. Toda vez que dichos funcionarios o consejeros en su actuación afectan a terceros y se les tiene restringida la responsa-

bilidad delimitándola para la sociedad, se corre el riesgo de fraude a los acreedores, toda vez que no debe olvidarse que, en términos de la fracción II del artículo 89 de la LGSM, el monto mínimo para integración del capital social lo establecen los propios socios.

A su vez, tratándose de la responsabilidad del órgano de administración, se aplican los lineamientos que determine la asamblea (artículo 161 LGSM) y en su caso, de oponerse una minoría de socios en un 25% si bien es cierto que podrán reclamar dicha responsabilidad, se tiene la salvedad que lo que se obtuviere quedará en beneficio de la sociedad (artículo 163 LGSM).

III. FORMAS DE CONSTITUCIÓN

III.I. CONSTITUCIÓN SIMULTÁNEA

Su soporte jurídico se encuentra en el artículo 5 de la LGSM que a la letra establece:

...Artículo 5. Las sociedades se constituirán ante fedatario público y en la misma forma se harán constar con sus modificaciones. El fedatario público no autorizará la escritura o póliza cuando los estatutos o sus modificaciones contravengan lo dispuesto por esta Ley...

Nota: En el Diario Oficial de la Federación publicado el 14 de marzo del año 2016, surge la Sociedad por Acciones Simplificada, la cual entró en vigor transcurridos seis meses de su publicación, regulándose en el artículo 263 fracción IV de la LGSM que la utilización de fedatarios públicos es optativa para efectos de la formalización de la constitución de este tipo de sociedades, reflexionando si se le olvidó al legislador el papel que tienen los fedatarios públicos de dar seguridad y certeza a negocios y actos jurídicos como sería la citada constitución de una sociedad por acciones simplificada.

III.II. CONSTITUCIÓN POR SUSCRIPCIÓN PÚBLICA

Su regulación corporativa para las sociedades mercantiles en general se encuentra en el procedimiento previsto en los artículos 92 al 101 de la LGSM.

Se consideraba esta forma de constitución por suscripción pública no trascendente, toda vez que en términos del artículo 101 de la LGSM se requiere formalización ante fedatario público e inscripción en el Registro

Público de Comercio, sin embargo, se presenta con gran importancia al ser forma de constitución de sociedades conforme a la Ley del Mercado de Valores.

Nota: Se presenta hasta la fecha descuido del legislador en el contenido del artículo 101 de la LGSM, al señalar la palabra “protocolización” ya que quizá el concepto correcto deba ser “formalización”, toda vez que los Corredores Públicos no protocolizan y también se encuentran facultados para formalizar constitución y modificación de documento social en las sociedades mercantiles.

IV. PERSONALIDAD DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES

IV.I. CONCEPTO

La personalidad es una cualidad que confiere la ley a las personas jurídicas; es una cuestión de derecho o, mejor aún, de ley, ya que es ésta la que determina quienes tienen personalidad y ninguna otra figura jurídica que no se halle entre los que según la ley tienen personalidad jurídica, pueden ser consideradas como tales, en su calidad de comerciante (artículo 3 fracción II del Código de Comercio), y al haberse formalizado su constitución de alguna de las maneras a que hace referencia el artículo 1 de la LGSM, presentándose así el reconocimiento de las personas morales, mismo que se lleva a cabo en función de la existencia de una Ley que así lo reconoce.²

IV.II. SURGIMIENTO DE LA PERSONALIDAD DE LA SOCIEDAD

Conforme al artículo 2 de la LGSM, surge dicha personalidad de la sociedad por su exteriorización respecto de terceros, se haya o no formalizado en documento público su constitución y de igual manera se haya o no inscrito dicha formalización en el Registro Público de Comercio (no se debe confundir la personalidad de la sociedad con la regularidad en la sociedad, ya que esta última surge por la inscripción en el Registro Público de Comercio, generando personalidad y responsabilidad de la sociedad diferente a los socios).³

² LEÓN TOVAR Soyla H; GONZÁLEZ GARCÍA, Hugo, *Derecho Mercantil*, México, Editorial Oxford, 2007, p. 399.

³ MONDRAGÓN PEDRERO Fabián, *Enciclopedia Jurídica de la Facultad de Derecho de la UNAM*, México, Editorial Porrúa, 2017, p. 85.

IV.III. CONSECUENCIAS DE LA PERSONALIDAD

Se seguirán los lineamientos señalados dentro de la Enciclopedia Jurídica de la Facultad de Derecho de la UNAM, en el libro correspondiente a Sociedades Mercantiles que en lo conducente establece:

Capacidad jurídica. Las sociedades como personas jurídicas colectivas gozan de personalidad jurídica, es decir son sujetos de derechos y obligaciones jurídicas por lo tanto tienen capacidad jurídica (capacidad de goce y capacidad de ejercicio).

Las sociedades están organizadas mediante órganos de representación que figuran como sus administradores. Las sociedades pueden ejercer su capacidad Jurídica a través de realizar actos jurídicos observando lo declarado por el artículo 27 Constitucional que restringe la capacidad de las sociedades por acciones para adquirir terrenos rústicos, a la extensión que sea necesaria para el cumplimiento de su finalidad.⁴

IV.III.I. *Patrimonio social*

La finalidad de la relación económica y jurídica de la sociedad es la constitución de un patrimonio propio y diferente al de los socios para la gestión en común (lo cual se obtiene al darle regularidad a la sociedad, mediante inscripción de su formalización ante fedatario público y su inscripción en el Registro Público de Comercio).

En consecuencia, debe considerarse que al generarse un patrimonio diferente al de los socios para efecto de cumplimiento de las obligaciones, como bien expresaba el maestro Mantilla Molina, hace que surja en el mundo jurídico un conjunto de bienes y derechos de la sociedad con deducción de sus obligaciones. El patrimonio no es un conjunto de objetos o de cosas, sino un conjunto de relaciones: derechos y obligaciones.⁵

La separación patrimonial tiene su vertiente pasiva en la diferenciación de responsabilidades pertinentes. En correspondencia, el patrimonio de los miembros creadores o dirigentes de la organización será soporte de las responsabilidades personales de los mismos. El patrimonio de la persona jurídica sólo responde de las deudas de la persona jurídica y únicamente lo hace con su propio patrimonio, salvo los casos excepcionales de responsabilidad solidaria e ilimitada que de manera subsidiaria tienen ciertos socios de las sociedades personales; pero en general no existen cauces de comunicación

⁴ ACOSTA ROMERO Miguel; LARA LUNA Julieta Areli, *Nuevo Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, México, 2003, p. 292.

⁵ Cfr. LEÓN TOVAR Soyla H., *op. cit.*, p. 403.

de responsabilidades de manera que el patrimonio de la persona jurídica responda por las deudas personales de sus miembros, creadores o dirigentes. Lo que sí pueden los acreedores de estos últimos es atacar la participación de ellos en la organización, cuando sea un bien patrimonial, o revocar los actos de atribución de riqueza en favor de la persona jurídica, cuando defrauden sus derechos.⁶

IV.III.III. *Capital social*

Se llama capital social a la suma de los valores de aportaciones de los socios en el momento de la constitución de la sociedad. No debe confundirse capital social con patrimonio o con activo patrimonial. El patrimonio es el conjunto general de obligaciones y derechos de una persona; el activo patrimonial es el conjunto de bienes que esa persona posee como propios, y el capital social es una cifra numérica abstracta, una referencia contable que es en principio inalterable, o para cuya alteración se requiere de un procedimiento específico.

El capital social coincidirá con el activo patrimonial sólo en el momento de constitución y de registro, el activo quedará disminuido en la porción relativa y la cifra del capital social se mantendrá intacta. Es una referencia contable, porque es utilizada para determinar si, como consecuencia de sus operaciones, la sociedad ha ganado o ha perdido.

Dentro de toda sociedad existen dos tipos capital social: el suscrito y el pagado; por el primero se debe entender la suma de lo que los socios se han comprometido a aportar a la sociedad, ya sea en dinero o en bienes diferentes al numerario, y el pagado lo que efectivamente han cubierto los socios y en tal virtud, al emitirse las acciones si se ha cubierto una parte del numerario, la acción será pagadera y si se ha cubierto la totalidad, será liberada.

IV.III.IV. *Nombre social*

Como persona que es, toda sociedad deberá tener su nombre propio. El nombre de una sociedad puede ser según se indicó de dos formas: “razón social” o “denominación”. Se llama razón social el nombre de la sociedad en el que figura el nombre completo o solo el apellido o los apellidos propios de los socios. Se llama denominación al nombre de la sociedad en que no figuran apellidos de los socios, y que se forma libremente pero debiendo ser distinto o no permitir confusión con el de cualquier otra sociedad, autorizando el nombre social la Secretaría de Economía.

⁶ *Ibidem*, p. 405.

IV.III.V. *Domicilio social*

Es el lugar en el que la sociedad tiene establecido. Dice Garrigues que la ley cierra el paso a toda combinación o maniobra fraudulenta en la elección del domicilio, fijando las condiciones para que un determinado lugar geográfico tenga el concepto legal de domicilio de una sociedad; hallarse establecida la representación legal, ejercer actividades propias de su objeto, etc., pero agrega que ha de ser el único, aunque puede tener varias sucursales de donde se infiere que todo establecimiento que los estatutos designen además del domicilio social, tendrá el concepto jurídico de sucursal

V. ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD MERCANTIL

V.I. GENERALIDADES

En la Sociedad Anónima, al formalizarse su constitución se identifica con claridad tres grandes órganos sociales necesarios para su funcionamiento como son: la Asamblea general de socios, el Órgano de Administración y el Órgano de vigilancia (comisario).

V.I.II. *Asamblea de Accionistas*

Es el órgano supremo del cual emanan las decisiones que le dan vida e impulso a la sociedad en su marcha, políticas y proyectos clasificándose en: Constitutiva, Ordinarias, Extraordinarias, Especiales y modalidad de Mixta.

V.I.II.I. Asamblea general constitutiva

Como se señaló con anterioridad, surge por comparecencia ante fedatario público como lo es el Notario o Corredor Público (Constitución simultánea), o bien, por suscripción pública. Por regla general se reúne solo una vez y se ocupa de comprobar la existencia de la primera exhibición con base al estatuto social: si hay aportaciones en especie examinará el avalúo de las mismas y en su caso lo aprobará; de deliberar sobre la participación que en las utilidades se hubiesen reservado los fundadores; nombrar los administradores, comisarios que han de fungir en el plazo señalado en los estatutos, así como quien usará la firma social.

V.I.II.II. Asamblea general ordinaria

Son aquéllas que deben celebrarse por lo menos una vez al año dentro de los cuatro meses que sigan a la clausura del ejercicio social y por Ley se ocuparán de los siguientes asuntos:

- Los asuntos generales que se hayan incluido en la orden del día.
- Discutir, aprobar o modificar el informe de los administradores a que se refiere el enunciado general del artículo 172 de la LGSM (marcha, políticas y proyectos seguidos por los administradores, tomando en consideración los criterios contables, aplicando las reglas generales del artículo 33 del Código de Comercio).
- El informe del Comisario que deberá cumplir con los lineamientos de la fracción IV del artículo 166 de la LGSM.
- En su caso, nombrar al órgano de administración (Administrador Único o Consejo de Administración), y a los Comisarios.
- Determinar los emolumentos que se asignen para el órgano de administración y para los comisarios cuando no hayan sido fijados en los Estatutos.

V.I.II.III. Asambleas generales extraordinarias

Este tipo de asambleas se pueden celebrar en cualquier tiempo, para tratar los asuntos que enumera el artículo 182 de la LGSM como son:

- Prórroga de la duración de la sociedad. Supuesto que se presenta si se señala un plazo cierto y determinado de vida de la sociedad, debiéndose tomar en consideración que en la fracción IV del artículo 6º. De la LGSM, la vida de la sociedad podrá ser “indefinida”.
- Disolución anticipada de la sociedad. Cabe mencionar que la disolución anticipada se presenta en los supuestos a que hacen referencia las fracciones II, III, IV y V del artículo 229 de la LGSM, con la salvedad que en el caso de la fracción I del precepto mencionado, no se presenta la figura de disolución anticipada por tratarse de expiración del plazo fijado en el documento social.
- Aumento o reducción del capital social. Por lo que respecta a los aumentos de capital social, si bien es cierto que se encuentran reconocidos en el artículo 9º. de la LGSM, para su procedencia, exclusivamente se requiere que se encuentre íntegramente suscrito y pagado cualquier otro aumento de capital social anterior.
- Relativo a la reducción o disminución del capital social se presentan diversas reglas entre las cuales destacan:
 - a) Derecho de veto en aumentos o disminuciones de capital social en términos del artículo 91 fracción VII incisos a) y c) de la LGSM .
 - b) Reducción de capital social mediante reembolso a los socios proporcionalmente a sus aportaciones o liberación concedida a los accionistas de exhibiciones no realizadas (artículo 9º. De la LGMS).

- c) Amortización de acciones aplicando las reglas de los artículos 135 y 136 de la LGSM, respetando la regla prevista en la fracción VII inciso b) del artículo 91 de LGSM, al momento de constitución de la sociedad.
- Cambio de objeto de la sociedad.
 - Cambio de nacionalidad de la sociedad.
 - Transformación de la sociedad.
 - Fusión con otra sociedad.
 - Emisión de acciones privilegiadas.
 - Amortización por la sociedad de sus propias acciones.
 - Emisión de acciones con goce.
 - Emisión de bonos.
 - Cualquiera otra modificación del contrato social.
 - Los demás asuntos para los que la ley o el contrato social exijan un quórum especial.

V.I.II.IV. *Asambleas generales especiales*

Son las que deberán de conocer y resolver de cualquier proposición que pueda perjudicar los derechos de las categorías de acciones que la integran (acciones de voto limitado, preferentes sin limitación de votos o acciones privilegiadas), o acciones de diversas series.

VI. ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

VI.I. GENERALIDADES

La administración de la sociedad constituye un órgano que debiendo ser desempeñado de manera personal, es revocable y remunerado, y al mismo corresponde, como ejecutivo que es, por un lado llevar la dirección de los negocios sociales; la administración de la propia sociedad, en donde destaca la necesidad de que se lleve y mantenga un sistema de contabilidad adecuado a las necesidades de la empresa; a los administradores corresponde, por otro lado, tener la representación de la sociedad, además de que es su responsabilidad hacer que se cumplan los acuerdos de las asambleas, tomados de conformidad con la ley y los estatutos sociales.

Así, la función de gestión que se encuentra encomendada a los administradores requiere de la existencia de facultades de decisión y ejecución de todos los actos relativos a la consecución del fin social, y que son realizados al interior de la propia sociedad de manera permanente por los propios

administradores, quienes se pueden auxiliar de otros órganos gestores y también directivos que apoyen sus labores como el caso de los gerentes.

Al dirigir y administrar una sociedad mercantil, adicionalmente se presenta como una consecuencia necesaria la de representar a la persona moral ante terceros.

A su vez, tiene como función particular formar la voluntad social, salvo en aquellos casos que expresamente se reserva dicha función a la Asamblea, cuyas características son las siguientes:

- Administración Interna;
- Administración de Bienes, incluyendo el poder de disposición;
- Representación General de la Sociedad frente a particulares y Autoridades;
- Transferencia a otros Órganos que intervienen en forma permanente, diaria y directa en los negocios sociales.

Es aplicable a la representación legal de las Sociedades Mercantiles la ejecutoria emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Octava Época, Semanario Judicial de la Federación, Página 189, que a la letra establece:

Representación Legal de las Sociedades Mercantiles. Del texto de los artículos 10, 143, 148 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, no se desprende que el Presidente del Consejo de Administración de una Sociedad Mercantil, por el solo hecho de su nombramiento, pueda tener la facultad de representar legalmente en juicio a la sociedad. La Representación del Consejo corresponde a su Presidente, pero solo en lo relativo a la Ejecución de actos concretos que se refieran a su objeto social y cuando no se haga la designación especial de un Delegado para tal efecto. En consecuencia, si la empresa cuenta con un Consejo de Administración, a éste corresponde su Representación, en su carácter de Órgano Colegiado, salvo que los Estatutos establezcan un sistema diverso.

La ejecutoria transcrita en forma clara y precisa regula que el presidente del Consejo de Administración en el ámbito interno de la sociedad tiene todo género de facultades para el cumplimiento del objeto social. Sin embargo, para representar legalmente a la sociedad ante terceros, si es un órgano colegiado en conjunto debe generarse su actuación como regla general, siendo su regla particular, que en el estatuto social se permita que individualmente los Integrantes del Consejo de Administración desarrollen sus facultades, mismas que se contemplan al aplicarse la figura del mandato y en particular el contenido de los artículos 2554 y 2587 del Código Civil Federal (siendo los mismos preceptos los que se regulan en el Código Civil de la hoy Ciudad de México).

VI.II. FACULTADES DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

En su actuación el administrador o administradores desarrollan su encomienda con la calidad de representantes o de mandatarios de la sociedad mercantil.

En su calidad de representante de la sociedad el administrador o administradores podrán realizar todas las operaciones inherentes al objeto de la sociedad, lo anterior con fundamento en el párrafo primero del artículo décimo de la LGSM.

A su vez, el órgano de administración desarrolla facultades de mandatario, cuando realiza uno o varios actos jurídicos que le encomienda su mandante, los cuales no tienen que ver con el objeto de la sociedad, señalándose normalmente en los documentos constitutivos de formalización de las sociedades la expresión, en forma enunciativa y no limitativa las facultades a que hacen referencia los artículos 2554 y 2587 del Código Civil Federal (siendo los mismos preceptos en el Código Civil de la hoy Ciudad de México). Es por ello que el artículo 142 de la LGSM establece que la administración de la sociedad estará a cargo de uno o varios mandatarios temporales con la característica de revocables quienes pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad.

Se señaló con anterioridad que el órgano de administración podía ser conformado por un administrador único o bien, por un consejo de administración. Aquel que sea nombrado como órgano de administración inicialmente era obligatorio que otorgara garantía por la responsabilidad en que pueda incurrir durante el desempeño de sus funciones, sin embargo, a la fecha el artículo 152 de la LGSM establece que en forma protestativa se garantice la responsabilidad en que pudiera incurrir el órgano de administración al señalar:

...Artículo 152. Los estatutos o la asamblea general de accionistas, podrán establecer la obligación para los administradores y gerentes de prestar garantía para asegurar las responsabilidades que pudieran contraer en el desempeño de sus cargos...

VI.III. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

En forma particular se destaca la responsabilidad de los administradores en los siguientes supuestos:

- Con relación a la sociedad mercantil por violación de las obligaciones inherentes al cargo fijadas por la Ley o por el Estatuto Social.

- Ante los Acreedores Sociales por la inobservancia de las obligaciones que afectan el mantenimiento de la integridad del capital social.
- Ante los Socios y terceros, el daño por cualquier acto irregular, ya sea por acción o por omisión del Órgano de Administración.
- Los efectos de la responsabilidad por culpa.
- Los inherentes a su Mandato derivados de las obligaciones que les impone la Ley o el Estatuto Social en términos del artículo 157 LGSM.
- La responsabilidad por no cuidar la realidad de las aportaciones (artículo 158 fracción I de la LGSM).
- Por el incumplimiento al pago de dividendos a los Accionistas (art. 158 fracción II de la LGSM).
- Por haber descuidado la existencia y mantenimiento de los sistemas de contabilidad, control, registro, archivo e información.
- Por el inexacto cumplimiento de los acuerdos de Asamblea.

VI.IV. TERMINACIÓN DEL CARGO DE ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

De conformidad con el artículo 181 fracción II de la LGSM, una de las formas de terminación del cargo de administrador o consejo de administración es mediante asamblea general ordinaria, sin embargo, trasciende el contenido del artículo 150 párrafo segundo de la citada LGSM al establecer que la terminación de las funciones del administrador o consejo de administración, o de los gerentes, no extingue las delegaciones ni los poderes (facultades) otorgados durante su ejercicio, lo que implica que los mandatos otorgados a terceros subsisten mientras no hayan sido revocados, y que en múltiples ocasiones, se desconoce en qué época y qué facultades fueron otorgadas a los diferentes mandatarios, por descuido al deber del comerciante como son las sociedades mercantiles, de dar cumplimiento al artículo 36 del Código de Comercio que a la letra establece:

... Artículo 36. En el libro o los libros de acta se harán constar todos los acuerdos relativos a la marcha del negocio que tomen las asambleas o juntas de socios y en su caso, los consejos de administración...

VII. ÓRGANO DE VIGILANCIA (COMISARIO)

VII.I. GENERALIDADES

La vigilancia constituye una actividad de carácter permanente al interior del ente social y es realizada por un órgano que puede ser individual o

colegiado (comisario o colegio), designado por la asamblea, que tiene como misión genérica la de supervisar las actividades de gestión y representación que en forma permanente realiza la administración y cuenta, además, con facultades y obligaciones específicas establecidas en la ley o bien los estatutos sociales, tales como la revisión del informe que anualmente debe presentar la administración a la asamblea general ordinaria, en relación con el cual deben rendir un informe complementario; convocar a la celebración de asambleas en defecto de los administradores, hacer que se inserten en el orden del día de las asambleas de accionistas los asuntos que consideren de importancia, participar en las asambleas de accionistas y en las sesiones del consejo de administración con voz pero sin voto, cuando se trate de supuestos vinculados con el informe del órgano de administración o del propio órgano de vigilancia. Sin embargo, tienen facultades para votar y por excelencia en las asambleas extraordinarias, si tienen la calidad de comisarios, pero a su vez son accionistas que no se encuentren en alguno de los impedimentos a que hace referencia el artículo 165 de la LGSM.

VII.II. FACULTADES Y OBLIGACIONES DE LOS COMISARIOS

El artículo 166 de la LGSM en forma clara, precisa y sencilla establece dichas facultades y deberes al establecer:

Artículo 166. Son facultades y obligaciones de los comisarios:

I. Cerciorarse de la constitución y subsistencia de la garantía que exige el artículo 152, dando cuenta sin demora de cualquiera irregularidad a la Asamblea General de Accionistas;

II. Exigir a los administradores una información mensual que incluya por lo menos un estado de situación financiera y un estado de resultados.

III. Realizar un examen de las operaciones, documentación, registros y demás evidencias comprobatorias, en el grado y extensión que sean necesarios para efectuar la vigilancia de las operaciones que la ley les impone y para poder rendir fundadamente el dictamen que se menciona en el siguiente inciso.

IV. Rendir anualmente a la Asamblea General Ordinaria de Accionistas un informe respecto a la veracidad, suficiencia y razonabilidad de la información presentada por el Consejo de Administración a la propia Asamblea de Accionistas. Este informe deberá incluir, por lo menos:

A) La opinión del Comisario sobre si las políticas y criterios contables y de información seguidos por la sociedad son adecuados y suficientes tomando en consideración las circunstancias particulares de la sociedad.

B) La opinión del Comisario sobre si esas políticas y criterios han sido aplicados consistentemente en la información presentada por los administradores.

C) La opinión del comisario sobre si, como consecuencia de lo anterior, la información presentada por los administradores refleja en forma veraz y suficiente la situación financiera y los resultados de la sociedad.

V. Hacer que se inserten en el Orden del Día de las sesiones del Consejo de Administración y de las Asambleas de Accionistas, los puntos que crean pertinentes; LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN Secretaría General Secretaría de Servicios Parlamentarios Centro de Documentación, Información y Análisis Última Reforma DOF 02-06-2009 24 de 41

VI. Convocar a Asambleas ordinarias y extraordinarias de accionistas, en caso de omisión de los Administradores y en cualquier otro caso en que lo juzguen conveniente; VII. Asistir, con voz, pero sin voto, a todas la sesiones del Consejo de Administración, a las cuales deberán ser citados;

VIII. Asistir, con voz pero sin voto, a las Asambleas de Accionistas, y

IX. En general, vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo todas las operaciones de la sociedad.

Concluiré expresando que el doctor Othón Pérez Fernández del Castillo valida el concepto “legitimidad”, que quiere decir “conforme a derecho”, al cumplir a cabalidad con los requerimientos de una actuación leal como académico y ser humano.

LA FAMILIA COMO BASE DE LA SOCIEDAD VISTO DESDE EL MATRIMONIO Y LAS UNIONES DE HECHO EN RELACIÓN CON LA LEY DE SOCIEDAD DE CONVIVENCIA PARA EL DISTRITO FEDERAL

Eduardo Montoya López



I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de la evolución del derecho, han existido diversas posturas en cuanto a cuál es el origen de la familia, siendo, en una idea conservadora, el matrimonio como el único término recurrente para tal respuesta, sin embargo, hoy en día, dicha idea ha ido cambiando, por lo cual las diversas uniones que no se encuentren bajo la referida figura, han ido ganando derechos y obligaciones, equiparándose en algunos casos a los del matrimonio.

El término “igualdad” ha sido parte fundamental de la evolución ya referida; de esta forma y con independencia de las diferentes posturas al respecto, es más que evidente que aunque las uniones no derivadas del matrimonio y las familias consagradas de dichas uniones se trate de un grupo desprotegido y en donde una gran mayoría tratan de ocultar su actuar, son una realidad, por lo que merecen un reconocimiento por parte de nuestras leyes en todos y cada uno de los ámbitos de competencia.

Dentro del presente trabajo se estudia la familia bajo una premisa mayor consistente en la igualdad, su evolución y la imperante vinculación con el bien común, tratando de evitar su discriminación y respetando las formas en las que puede presentarse dentro de una sociedad, teniendo siempre presente que la familia derivada del matrimonio no es la única, por cual existen diversas formas de familia que no deriven del mismo, siendo el caso particular, aquellas que se deriven de la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal.

Evidentemente, el presente trabajo puede tener diversos puntos de vista y posiciones al respecto. Hay quienes estar a favor, otros en contra de las

uniones de personas por un medio diverso al matrimonio, y si a esto le sumamos la posibilidad de uniones de personas del mismo sexo, resultará claro un rechazo mayor, argumentando que es contra la naturaleza misma de las personas y de la procreación. Sin embargo, lo que es evidente es que hoy en día existen diversas formas de familia y que no todas tienen origen en el matrimonio, por lo cual merecen ser estudiadas y ser tomadas en cuenta, siendo ésta la principal finalidad del trabajo en cuestión.

No pretendemos entrar en un debate religioso, político o filosófico respecto de cuál es la mejor forma en que las personas deben unirse y formar su familia, ya que, insistimos, el presente únicamente trata de realizar un estudio y análisis respecto de una ley que ha sido publicada y aprobada para la protección de todas aquellas personas que se encuentren dentro de su hipótesis, siendo esta la única razón del mismo.

Indudablemente cada persona tiene su opinión respecto de las uniones entre personas por un medio diverso al matrimonio convencional o al concubinato, o bien su opinión si es que éstas son entre homosexuales, pero como sociedad debemos respetar a todos los integrantes de nuestra comunidad y buscar una armonía social independientemente del tipo de unión que elijan o si éstos son del mismo sexo.

Así las cosas, en la medida en que todos respetemos a las personas como tal y respetemos su dignidad, su esencia, su libre actuar, es que vamos a poder salir adelante tanto como personas en lo particular como sociedad en lo grupal, por lo que el presente trabajo es sólo una opinión respecto de esa tolerancia y actuar que debemos de tener todos en torno a esta evolución del concepto de familia. Me queda claro que siempre habrá posturas u opiniones que no compartamos, sin embargo, las uniones de facto siempre han existido, así como siempre ha existido la homosexualidad, por lo que únicamente se trata el presente como el estudio de una forma de familia, diferente a la convencional y que hoy en día nuestras leyes deben proteger satisfaciendo la mayor cantidad de demandas que exige.

El presente estudio me parece un buen paso para entender cómo una ley, en este caso la de Sociedad de Convivencia, que había existido en el anonimato sin un ordenamiento que regulara su actuar, puede proteger a un grupo de personas. Es evidente que las implicaciones de la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal y por tanto de este trabajo, generan opiniones encontradas, ya que incluso la Suprema Corte de Justicia, en su momento, buscó diversas acciones de inconstitucionalidad presentados por Instituciones como la Procuraduría General de la República y diversos Estados quienes, hasta entonces, trataron de desvirtuar los efectos originados por ésta, argumentando que los únicos matrimonios válidos

debían ser celebrados entre un hombre y una mujer, por lo que los matrimonios entre homosexuales debían ser declarados nulos y contrarios a la las leyes e instituciones ya existentes, hecho en el que incluso Derechos Humanos se ha pronunciado.

Otras cuestiones que se tratan en el presente trabajo y que obviamente resaltan su importancia, es el determinar el origen de los ya aprobados matrimonios entre personas del mismo sexo y por ende la familia como tal, y el trato que la Suprema Corte de Justicia de la Nación le da, así como el derecho de los homosexuales a adoptar hijos, analizando si los niños adoptados sufren o tienen alteraciones en su desarrollo cuando crecen y qué tanto les puede afectar si son educados por una familia “gay”, o bien, hasta qué punto se les pueden restringir dichos derechos, por lo que la presente investigación adquiere una importancia tal, que puede llegar a discernir algunas de las cuestiones ya referidas y por tanto ser de ayuda para una mejor armonía y convivencia social.

De esta forma, lo único que resta mencionar es que se trata de una postura personal y que busca ser cien por ciento jurídica, por lo que los puntos de vista aquí versados se tratan de ideas personales sin distingo de raza, creencia o ideología y en donde la principal finalidad, es regular una conducta que se da y que existe en nuestra sociedad desde sus mismos inicios y que previo a la ley estudiada, nadie había tenido el valor para pronunciarse al respecto, por lo que si bien es cierto no es perfecta, sí puede mejorarse en muchos aspectos, y qué mejor que pueda servir el presente trabajo para ello.

II. LAS UNIONES DE HECHO COMO MEDIO PARA FORMAR UNA FAMILIA

Tal y como lo señalé anteriormente, una de las principales discusiones que existen al respecto, es la de determinar si las uniones de hecho pueden ser consideradas como familia en todos y cada uno de sus aspectos obligacionales, misma que para algunos autores es la base de toda sociedad, por lo que por didáctica debemos definir los conceptos que la gente puede llegar a confundir respecto del tema que estamos abordando, tales como pareja, concubinato, familia, matrimonio, uniones de hecho y uniones extramatrimoniales y después determinar si la familia es o no la base de cualquier sociedad.

Si bien es cierto que existen diversas definiciones al respecto, mencionaré las que a mi parecer son la más acertadas acorde a la investigación, mismas que son las siguientes:

Pareja: Se refiere al conjunto de dos personas, pero también puede y de hecho es aplicada a relaciones efímeras, circunstancias, donde no hay convivencia.

Pareja no casada: Es la que se refiere a la relación de dos personas sin hijos.¹ Este término, de forma personal, no me parece claro ya que hoy en día se puede no estar casado e igualmente tener hijos, por lo que no puede aplicarse de forma indiscriminada.

Concubinato: Es la unión sexual de un hombre y una mujer que viven en lo privado y públicamente como si fueran cónyuges (sin serlo), libres de matrimonio y sin impedimento para poderlo contraer, que tiene una temporalidad mínima de cinco años o tienen un hijo.² Esta postura igualmente ya ha sido superada en virtud de las modificaciones al Código Civil mediante las cuales adaptaron para que pudieran ser entre hombres o bien entre mujeres y no forzosamente entre un hombre y una mujer.

Por su parte, el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 291 Bis, señala:³

Las concubinas y los concubinos tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio han vivido en forma constante y permanente por un periodo mínimo de dos años que preceden inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude éste capítulo.

No es necesario el transcurso del período mencionado cuando, reunidos los demás requisitos tengan un hijo en común.

Si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito, en ninguna se reputará concubinato. Quien hay actuado de buena fe podrá demandar del otro, una indemnización por daños y perjuicios.⁴

¹ BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes, *Parejas no casadas y pensión de viudedad*, Madrid, Editorial Trivium, 1992, p. 54.

² CHÁVEZ ASENCIO, Manuel, *La familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales*, México, Editorial Porrúa, 1985, p. 295.

³ Este artículo se reformó según publicación en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el 29 de diciembre del 2009, ya que anteriormente señalaba: La concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente y por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo... De la simple lectura del artículo, nos podemos dar cuenta que antes de la reforma y aún y cuando ya estaba publicada la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal, no se encontraba regulado que pudiese darse concubinato entre hombres o bien entre mujeres, tal y como más adelante abundaremos.

⁴ *Código Civil para el Distrito Federal*, México, Editorial Sista, mayo 2010.

Familia: Es el lugar donde se encuentran diferentes generaciones y donde se ayudan mutuamente a crecer en sabiduría humana y a armonizar los derechos individuales con las demás exigencias de la vida social.⁵

Igualmente existe otra definición de familia que considero acorde al sistema mexicano:

Es el núcleo central de la sociedad civil.⁶ Tiene ciertamente, un papel económico importante, que no puede olvidarse, pues constituye el mayor capital humano, pero su misión engloba muchas otras tareas. Es, sobre todo, una comunidad natural de vida, una comunidad que está fundada sobre el matrimonio y, por ello, presenta una cohesión que supera la de cualquier otra comunidad social.⁷

Matrimonio, según la Real Academia Española de la Lengua es la unión de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales.⁸

Nuestro Código Civil, en su artículo 146, define el matrimonio como la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua y debe celebrarse ante el juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el mismo Código.⁹

Vale la pena mencionar que incluso para algunos autores como Chávez Ascencio, el matrimonio tiene una doble vertiente:

la jurídica y la religiosa, en donde la primera es un vínculo jurídico enfocado a una comunidad de vida de una pareja con la característica de conyugalidad, y la segunda es un sacramento, en donde está presente Cristo, quien sale al encuentro de los cónyuges para permanecer con ellos, para que con su mutua entrega se amen con perpetua fidelidad, como Él mismo amó a la Iglesia, por la cual se entregó... El matrimonio no es papel, es Cristo.¹⁰

⁵ *Carta de los Derechos de la Familia*. Preámbulo, F; cfr. Juan Pablo II, Ex. Ap. *Familiaris consortio*, n. 21.

⁶ Por sociedad civil, debemos entender “la manera más perfecta a través de la cual la libertad y la independencia pueden llevarse a cabo”. Seligman, Adam B. *The idea of Civil Society*, The Free Press, New York, USA, 1992, pp. 22-23.

⁷ *Declaración final del III Encuentro de Políticos y Legisladores de América*. Buenos Aires, Argentina, 3-5 de agosto de 1999.

⁸ “Matrimonio”, Def. 1e, *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*. Impreso, 2004.

⁹ *Código Civil para el Distrito Federal*, México, Editorial Sista, mayo 2016.

¹⁰ CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel F, *El matrimonio*. México, Editorial Limunsa, 1990, pp. 11-19.

Esta postura, aunque puede considerarse totalmente religiosa, enmarca el pensamiento de la corriente conservadora que únicamente considera el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer, hecho que, como veremos más adelante, hoy en día ha cambiado radicalmente.

Unión de hecho: Unión extramatrimonial, en donde los convivientes se unen exclusivamente por amor, la cual no es impropia, imposible, inmoral o ilegal, con el objeto de mejorar sus ingresos o su nivel de vida.¹¹

A nuestro juicio, no siempre es por mejorar un nivel de vida o bien ingresos, sino simplemente por el hecho de querer estar con la persona independientemente de las condiciones y sin la necesidad de tener algún documento, fuere cual fuere su denominación.

Unión marital de hecho: Es la constituida por un hombre y una mujer que conviven en aparente matrimonio.¹²

En esta definición, no debemos olvidar que las uniones de hecho también pueden ser entre un hombre y un hombre, o una mujer y una mujer, por lo que no es exclusivo que sean hombre con mujer.

Uniones extramatrimoniales de hecho: esta terminología pone el acento en la informalidad de la unión, sin importar la finalidad que se busque por parte de las personas.

Es de señalar, que la definición doctrinal del concubinato, en primer término establecía como requisito que fuera entre un hombre y una mujer,¹³ por lo que si la definición del Código Civil para el Distrito Federal, anterior a la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal solamente contemplaba dicha posibilidad, resulta más que evidente que nuestra normatividad no estaba preparada para la ley objeto de nuestra investigación y menos aún para las uniones entre hombres con hombres, o bien, entre mujeres con mujeres, debiendo darse por tal, diversas modificaciones a ordenamientos tanto locales como federales, que sólo contemplaban las uniones de personas que fueran de sexo diverso.

También de las anteriores definiciones, nos podemos dar cuenta que ninguna de ellas considera a la familia como la base de la sociedad, por lo

¹¹ NOVELLINO, Norberto J. *La pareja no casada. Derechos y Obligaciones*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 2006, pp. 74 y 45.

¹² AZPIRI O, Jorge. *Uniones de Hecho*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2010, p. 27.

¹³ Anterior a las reformas, el artículo 291 del Código Civil para el Distrito Federal, establecía: La concubina y el concubinario, tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un periodo mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo.

que no podemos ni debemos hacer una distinción entre los mismos conceptos, si éstos ni sus caracteres, nos muestran diversidad alguna. Una vez hecha la anterior aclaración, podemos mencionar que no solamente la unión matrimonial debe ser considerada como familia y con esto la base de toda sociedad, y más aun tomando en consideración la diversidad de los autores que opinan en este mismo sentido.¹⁴

Así, por ejemplo, para Graciela Medina¹⁵ “no debe considerarse sólo a la familia como el conjunto de personas unidas por lazos de parentesco o por nexos de matrimonio, ya que de lo contrario y en este sentido no se podrían considerar a las uniones homosexuales como una familia.”

Igualmente, la autora considera que no debe restringirse en la actualidad el concepto de familia como al grupo humano con vínculos parentales o matrimoniales, dado que ello excluiría a la familia extramatrimonial sin hijos, entendiendo ésta como a la relación concubinaria heterosexual sin descendientes, hecho que a mi juicio igualmente es erróneo.

De esta forma, y tal como comenta la autora citada,

las uniones homosexuales comparten los caracteres comunes a la generalidad de las familias (este término de familia, para los conservadores es considerado exclusivo de aquel derivado de la unión matrimonial, hecho que a nuestro juicio es equivocado), tales como:

- Convivencia.
- Solidaridad.
- Afectividad.
- Lazos emocionales.
- Apoyo moral.
- Permanencia.
- Publicidad.

En este sentido, la propia Iglesia católica, y a reserva de ver más adelante el trato que se le da al respecto, por medio de Juan Pablo II, hizo la referencia a las características de las uniones de hecho con el matrimonio, mencionando como las mismas las siguientes:

—El carácter puramente fáctico de la relación. Conviene poner de manifiesto que suponen una cohabitación acompañada de relación sexual (esto las distingue de otro tipo de convivencias) y de una relativa tendencia a la estabilidad (distinción de las uniones de cohabitación

¹⁴ Como la maestra Graciela Medina.

¹⁵ MEDINA, Graciela, *Uniones de hecho, homosexuales*, Buenos Aires, Editorial Culzoni, 2001, p. 23.

esporádica u ocasionales). Las uniones de hecho no comparten derechos y deberes matrimoniales, ni pretenden una estabilidad basada en el vínculo matrimonial.

- Algunas uniones de hecho, son clara consecuencia de una decidida elección. La unión de hecho “a prueba” es frecuente entre quienes tienen el proyecto de casarse en el futuro, pero lo condicionan a la experiencia de la unión sin vínculo matrimonial, semejante al matrimonio, a prueba, pero a diferencia de este pretenden un reconocimiento social.¹⁶

En este mismo orden de ideas, e independientemente de las definiciones que ya hemos dado, debemos hacer especial mención del hecho de que a nuestro juicio jamás puede equipararse una unión de hecho con un matrimonio, ya que el segundo implica una institución y, aun cuando pueden tener las mismas implicaciones legales que los primeros, los mismos derechos y obligaciones son diferentes por las formalidades en las que se da una y otra. Sin embargo, ambas tienen características comunes, hecho que nos debe llevar a la creación de normas para proteger los derechos y obligaciones de todas aquellas personas que decidan unirse con otras y formar una familia, independientemente del género de éstas y de las formalidades con las que lo hagan.

Resulta claro que no pretendemos entrar en discusión del porqué se dan las uniones diversas al matrimonio,¹⁷ algunas de ella reguladas en la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal y en el Código Civil para el Distrito Federal; sin embargo, sí debemos evitar equipararlas al matrimonio en cuanto a medios para formar una familia. Aquí vale la pena precisar que con la aprobación de los matrimonios del mismo sexo la ley referida poco a poco cayó en desuso por cuestiones prácticas que serán objeto de un estudio diverso al presente.

Por otro lado, para los autores Ángel López y López, Vicente Montes y Encarnada Roca,¹⁸ las uniones de hecho diversas al matrimonio y que también forman familias, constituyen un sistema complementario de la actividad pública en lo que se refiere a la dispensación de servicios, y en donde, en momentos de crisis económicas, frente a Estados pobres e incapaces de auxiliar a los ciudadanos, adquieren gran relevancia, ya que no se puede

¹⁶ Juan Pablo II. Ex. Ap. *Familiaris consortio*, n. 80.

¹⁷ Anteriormente llamadas de hecho por no estar reguladas en la ley en cuanto a derechos y obligaciones.

¹⁸ LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel; MONTES PENADÉS, Vicente L.; ENCARNA ROCA Y TRÍAS. *De-recho de Familia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 18.

negar que los miembros de las uniones homosexuales se dispensan servicios de atención y cuidado como los restantes miembros de otros grupos familiares, y que de no brindarse esa atención sería el Estado quien debería encargarse del amparo del necesitado.

Es decir, así como los matrimonios no pueden equipararse a las uniones de hecho, a mi juicio, igualmente la postura que toma la Iglesia católica es errónea al ser tajante y señalar que el matrimonio no puede ser reducido a una condición semejante a la de una relación homosexual; esto es contrario al sentido común.¹⁹ En el mismo sentido, el pontificado señala que para el caso de las relaciones homosexuales que reivindican ser consideradas unión de hecho, las consecuencias morales y jurídicas alcanzan una especial relevancia,²⁰ y si bien es cierto que puede ser radical dicha postura, también lo es que son instituciones diversas pero que ambas deben ser reconocidas y protegidas por la ley.

En este punto, es de resaltar que si bien es cierto que en los Estados en general no existe una reglamentación detallada de la protección que deben tener las uniones entre homosexuales, también lo es que cualquier situación inherente a los mismos debería de ser tratada no con base en estos, sino en lo que representan, debiéndose subsanar con los principios del derecho familiar. De igual forma es de resaltar que uno de nuestros principios constitucionales protege el derecho a la no discriminación, en concreto el artículo 1 constitucional, que señala:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

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

¹⁹ La Declaración del Consejo Permanente de la Conferencia Episcopal Francesa, a propósito de la proposición de ley de «pacto civil de solidaridad», en sus páginas 9-17. En 1998 continua mencionando que: “No hay equivalencia entre la relación entre dos personas del mismo sexo y aquella formada por un hombre y una mujer. Sólo esta última puede ser calificada de pareja, porque implica la diferencia sexual, la dimensión conyugal, la capacidad de ejercicio de la paternidad y la maternidad. La homosexualidad, es evidente, no puede representar este conjunto simbólico.”

²⁰ *Catecismo de la Iglesia Católica*. Nn 2357-2359, Congregación para la Doctrina de la Fe, Inst. *Persona humana*, 29-12-1975; Pontificio Consejo para la Familia. *Sexualidad humana: verdad y significado*, 8-12-1995, n. 104.

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

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

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 sexuales, 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.²¹

Atendiendo al principio constitucional ya referido, surge la cuestión de si ninguna persona debe ser discriminada en atención a su raza, condición social, sexo, género, etcétera. ¿Qué sucederá con los niños cuyos padres son homosexuales, o qué sucederá con aquéllos que han decidido unirse de facto? ¿No deben ser considerados como pertenecientes a un entorno familiar?

Este mismo principio lo expresa Cesare Massimo Bianca²² al señalar:

En cuanto al Derecho de Familia, cabe señalar que el principio de igualdad a ultranza se aplica en orden a la filiación; con respecto a los hijos no cabe aceptar ningún tipo de distinción, diferenciación o discriminación en razón de su origen matrimonial o no matrimonial.

Dicho en otras palabras, la familia tiene derecho a ser protegida y promovida por la sociedad, como muchas constituciones vigentes en Estados que todo el mundo reconoce.²³

²¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sista. 2012.

²² MASSIMO BIANCA, Cesare, "Dove va il Diritto di Famiglia?", en *Famiglia. Rivista di Diritto Della Famiglia e delle Successioni in Europa*, mencionado por López y López, Ángel, Vicente L. Montés Penadés y Encarna Roca y Trías. *op. cit.*, p. 25.

²³ Nota: "En Europa, por ejemplo, en la Constitución de Alemania: «El matrimonio y la familia encuentran especial protección en el ordenamiento del Estado» (Art. 6); España: «Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia» (Art. 39); Irlanda: «El Estado reconoce a la familia como el grupo natural primario y fundamental de la sociedad y como institución moral dotada de derechos inalienables e imprescriptibles, anteriores y superiores a todo derecho positivo. Por ello el Estado se compromete a proteger la constitución y autoridad de la familia como el fundamento necesario del orden social y como indispensable para el bienestar de la Nación y el Estado» (Art. 41); Italia: «La República reco-

Es éste un reconocimiento, en justicia, de la función esencial que la familia representa para la sociedad. A este derecho originario de la familia con independencia de que sea matrimonial o no, corresponde un deber de la sociedad, no sólo moral, sino también civil. El derecho de la familia deber ser promovido por la sociedad, y el Estado debe reconocerlo por todos los medios legales ya que se trata de una cuestión que afecta al bien común. Santo Tomás de Aquino, con una nítida argumentación, rechazaba, por ejemplo, la idea de que la ley moral y la ley civil puedan determinarse en oposición: “Son distintas, pero no opuestas ya que ambas se distinguen pero no se disocian, entre ellas no hay univocidad, pero tampoco contradicción.”²⁴

Estas ideas, han originado que nuestro máximo Tribunal, haya emitido diversas tesis y jurisprudencias para proteger el derecho de la familia, así como de los menores, con independencia del tipo de unión que tengan sus padres, destacando que si bien es cierto, todas estos tipo de uniones tienen como elemento común a las parejas, las cuales son el núcleo de toda sociedad, también lo es, que no deben de regularse de forma idéntica, en virtud

noce los derechos de la familia como sociedad natural fundada en el matrimonio» (Art. 29); Polonia: «El matrimonio, esto es, la unión de un hombre y una mujer, así como la familia, paternidad y maternidad, deben encontrar protección y cuidado en la República de Polonia» (Art. 18); Portugal: «La familia, como elemento fundamental de la sociedad, tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado y a la realización de todas las condiciones que permitan la realización personal de sus miembros» (Art. 67).

También en Constituciones de todo el mundo: Argentina «...la ley establecerá...la protección integral de la familia» (Art. 14); Brasil: «La familia, base de la sociedad, es objeto de especial protección por el Estado» (Art. 226); Chile: «...La familia es el núcleo fundamental de la sociedad...Es deber del Estado...dar protección a la población y a la familia...» (Art. 1), República Popular China «El Estado protege el matrimonio, la familia, la maternidad y la infancia» (Art. 49); Colombia, «El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad» (Art. 5); Corea del Sur: «El matrimonio y la vida familiar se establecen en base a la dignidad individual e igualdad entre los sexos; el Estado pondrá todos los medios a su alcance para que se logre este fin» (Art. 36); Filipinas: «El Estado reconoce a la familia filipina como fundamento de la Nación. De acuerdo con ello debe promoverse intensamente la solidaridad, su activa promoción y su total desarrollo. El matrimonio es una institución social inviolable, es fundamento de la familia y debe ser protegido por el Estado» (Art. 15); México: «...la Ley...protegerá la organización y el desarrollo de la familia» (Art. 4); Perú: «La comunidad y el Estado...también protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad» (Art. 4); Ruanda: «La familia, en tanto que base natural del pueblo ruandés, será protegida por el Estado» (Art. 24).”

²⁴ Este punto de vista es el que refiere el Derecho Canónico para la familia basada en el matrimonio.

que tienen elementos diversos entre ellos, hecho que insistimos, no es óbice para regularlas y bajo el principio de igualdad, ser consideradas como familia.

Dentro de las tesis y jurisprudencias más destacadas tenemos las siguientes:

SOCIEDAD DE CONVIVENCIA, MATRIMONIO Y CONCUBINATO. EL HECHO DE QUE CONSTITUYAN INSTITUCIONES SIMILARES CUYA FINALIDAD ES PROTEGER A LA FAMILIA, NO IMPLICA QUE DEBAN REGULARSE IDÉNTICAMENTE. El artículo 2 de la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal prevé que dicha sociedad es un acto jurídico bilateral que se constituye cuando dos personas físicas, de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua. En este sentido, es indiscutible que la sociedad referida, al igual que el matrimonio y el concubinato, es una institución cuya finalidad es proteger relaciones de pareja, basadas en la solidaridad humana, la procuración de respeto y la colaboración. Ahora bien, el hecho de que la sociedad de convivencia, el matrimonio y el concubinato constituyan instituciones similares, no equivale a sostener que existe un derecho humano que obligue a regular idénticamente tales instituciones, ya que éstas tienen sus particularidades y no pueden equipararse en condiciones ni en efectos; sin embargo, el derecho a la igualdad implica que no pueden permitirse diferencias de trato entre personas que se hallen en situaciones análogas o notablemente similares sin que exista un ejercicio legislativo de motivación y justificación, por lo que tal juicio de relevancia es aplicable para la sociedad de convivencia respecto de las instituciones del matrimonio y concubinato, por tratarse de vínculos familiares.

Tesis: Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. 242467. 8 de 11. Tercera Sala. Volumen 6, Cuarta Parte. Pag. 71. Tesis Aislada(Civil) Volumen 6, Cuarta Parte.

FILIACION NATURAL. MEDIOS RECONOCIDOS PARA SU ESTABLECIMIENTO, CON RELACION AL PADRE. De conformidad con el artículo 360 del Código Civil vigente, la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio se establece, con relación al padre, bien, primero, por el reconocimiento voluntario o bien, segundo, por una sentencia que declare la paternidad, para lo cual el artículo 382 del mismo ordenamiento concede la acción de investigación en los cuatro casos que limitativamente numera el propio precepto. Pero el mismo código agrega un tercer medio —el legal— de establecimiento de la filiación natural en su artículo 383, al estatuir que se presumen hijos del concubinario y de la concubina: I, los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato, II, los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina. Estas reglas son idénticas a las que en materia de filiación legítima establece el artículo 324 del propio ordenamiento, ya que conforme a éste, se presumen hijos de los cónyuges: I, los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio y, II, los hijos nacidos

dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo. Entonces, pues, cuando se está en el caso de un hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida en común del concubinario y de la concubina o bien después de los ciento ochenta días de iniciado el concubinato, es evidente que ya no se trata de un caso en que hay que investigar la paternidad para establecer la filiación natural, sino que se está en presencia de una auténtica filiación natural, legalmente establecida, y que, por lo mismo, ya no hay necesidad de investigar, puesto que, como, acaba de decirse, legalmente se encuentra ya establecida por expresa presunción de la ley civil en su invocado artículo 383, del mismo modo que en tratándose de los hijos legítimos lo hace, según también ya se vio, el artículo 324. Y si ello es así, es claro que el hijo goza de una posesión de estado que no puede arrebatársele sino por sentencia ejecutoria dictada en juicio contradictorio en que se destruya dicha presunción, siendo esta la razón por la que el artículo 352 establece al respecto la protección del juicio plenario, y el 353 concede acción interdictal al hijo a quien se pretendiera despojar o perturbar en dicha posesión; en la inteligencia de que aunque estos dos últimos preceptos se refieren expresamente a los hijos nacidos de matrimonio, debe sin embargo establecerse que igualmente protegen a los hijos naturales, por virtud del bien conocido principio de aplicación analógica de que donde existe la misma razón legal, debe existir igual disposición de derecho.

Tesis: 1a. CCCLXXVI/2014 (10a.). Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. 2007804. 3 de 14. Primera Sala. Libro 11, Octubre de 2014, Tomo I. Pág. 620. Tesis Aislada (Constitucional).

DERECHO DE FAMILIA. SU CONCEPTO. En el sistema jurídico mexicano, basado en un sistema constitucional y democrático, el derecho familiar es un conjunto de principios y valores procedentes de la Constitución, de los tratados internacionales, así como de las leyes e interpretaciones jurisprudenciales, dirigidos a proteger la estabilidad de la familia y a regular la conducta de sus integrantes entre sí, y también a delimitar las relaciones conyugales, de concubinato y de parentesco, conformadas por un sistema especial de protección de derechos y obligaciones respecto de menores, incapacitados, mujeres y adultos mayores, de bienes materiales e inmateriales, poderes, facultades y deberes entre padres e hijos, consortes y parientes, cuya observancia alcanza el rango de orden público e interés social.

Tesis: 1264. Apéndice 1917-Septiembre 2011. Novena Época. 1013863. 8 de 10. Tribunales Colegiados de Circuito Tomo V. Civil Segunda Parte TCC Segunda Sección. Familiar Subsección 1. Sustantivo. Pág. 1415. Jurisprudencia(Civil) Tomo V. Civil Segunda Parte. TCC Segunda Sección. Familiar Subsección 1. Sustantivo.

FILIACIÓN, PRUEBA DE LA. HIJOS NACIDOS DURANTE EL CONCUBINATO (LEGISLACION DEL ESTADO DE VERACRUZ). La posesión de estado de hijo a que alude el artículo 272 del Código Civil del Estado de Veracruz, sólo es admisible como supletoria de las actas del Registro Civil, tratándose de hijos nacidos de

matrimonio; luego es inexacto que a falta de esa posesión y con fundamento en el precepto aludido, para demostrar la filiación sean admisibles todos los medios de prueba que la ley autoriza. No obstante, es verdad que el artículo 303 del ordenamiento invocado establece que se presuman hijos del concubinario y la concubina, los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato, o durante los trescientos siguientes al en que cesó la vida en común y bajo un mismo techo y del mismo modo que la investigación de la paternidad, conforme al artículo 314, está permitida, tratándose de hijos nacidos fuera de matrimonio, cuando el hijo se encuentre en posesión de estado de hijo del progenitor cuya paternidad se pretende; que hubiese sido concebido durante el tiempo en que los supuestos padres habitaron bajo el mismo techo, viviendo como marido y mujer; o cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba en contra del pretendido padre, presupuestos que deben quedar debidamente demostrados para que la acción intentada proceda.

Tesis: Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. 240495. 7 de 16. Tercera Sala. Volumen 163-168, Cuarta Parte. Pág. 49. Tesis Aislada(Civil) Volumen 163-168, Cuarta Parte.

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO TRATÁNDOSE DE LA ADOPCIÓN POR MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMOSEXO. La protección al interés superior de los niños y las niñas consagrado en el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es un principio que exige su cumplimiento por parte del Estado en todos sus niveles de gobierno y ámbitos competenciales y si bien es cierto que tratándose de la institución civil de la adopción, los derechos de los menores sujetos a adopción se encuentran en posición prevalente frente al interés del adoptante o adoptantes, también lo es que ello no se traduce en que la orientación sexual de una persona o de una pareja lo degrade a considerarlo, por ese solo hecho, como nocivo para el desarrollo de un menor y, por ello, no permitirle adoptar. Cualquier argumento en esa dirección implicaría utilizar un razonamiento vedado por el artículo 1º constitucional que, específicamente, prohíbe la discriminación de las personas por razón de sus preferencias, lo que además sería contrario a la interpretación que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha desarrollado respecto del tipo de familia protegido por el artículo 4o. constitucional y los derechos de los menores. Así pues, en el caso de la adopción, lo que exige el principio del interés superior del menor es que la legislación aplicable permita delimitar el universo de posibles adoptantes, sobre la base de que ofrezcan las condiciones necesarias para el cuidado y desarrollo del menor establecidas en la ley, para que la autoridad aplicadora evalúe y decida respecto de la que represente su mejor opción de vida, pues sostener que las familias homoparentales no satisfacen este esquema implicaría utilizar un razonamiento constitucionalmente contrario a los intereses de los menores que, en razón del derecho a una familia, deben protegerse.

Tesis: P./J. 13/2011. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. 161284.25 de 92. Pleno. Tomo XXXIV, Agosto de 2011. Pag. 872. Jurisprudencia(Constitucional) Tomo XXXIV, Agosto de 2011.

GARANTÍA DE IGUALDAD. ESTÁ CONTENIDA IMPLÍCITAMENTE EN EL ARTÍCULO 5o. CONSTITUCIONAL. El análisis del primer párrafo del artículo 5o. Constitucional, que establece: “A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. ...”, permite constatar, en principio, que este precepto garantiza a todos los gobernados, entre otras cosas, el ejercicio de las libertades de comercio y de industria que sean lícitas y, en segundo término, que esa facultad se otorga a todas las personas sin distinción alguna, es decir, sin hacer diferencias de nacionalidad, raza, religión o sexo, ya que su contenido no establece salvedad alguna al respecto; circunstancia que constituye un fundamento importante de la garantía de libertad de comercio, ya que el artículo 5o. constitucional, al permitir a todas las personas ejercer el comercio o la industria que les acomode, siempre y cuando sean lícitos y no opere alguna de las limitantes a que alude el mismo numeral, excluye implícitamente de tal prerrogativa todo trato desigual que no pueda ser justificado constitucionalmente o apoyado en el interés público, puesto que no debe soslayarse que el disfrute pleno de la garantía otorgada por la Carta Magna en el imperativo de cuenta exige necesariamente la actualización del principio de igualdad material o real entre los titulares de esa garantía, dado que jurídicamente la igualdad se traduce en que varias personas, cuyo número es indeterminado, que participen de la misma situación, tengan la posibilidad y la capacidad de ser titulares cualitativamente de los mismos derechos y obligaciones que emanen de la ley aplicable frente al Estado, lo cual estará en función de sus circunstancias particulares. En este sentido, el numeral 5o. constitucional prevé sustancialmente ese principio fundamental de igualdad, en virtud de que tiene como finalidad colocar a todos los gobernados, cualquiera que sea su categoría o condición social, en igualdad de condiciones frente a la necesidad de vida de escoger el comercio, el oficio, el trabajo o la industria que les acomode, con las únicas salvedades de que éstos sean lícitos y de que no ataquen los derechos de terceros ni ofendan los intereses de la sociedad.

Tesis: P. XC/2000. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. 191689. 57 de 92 Pleno Tomo XI, Junio de 2000. Pag. 26. Tesis Aislada (Constitucional) Tomo XI, Junio de 2000.

MENORES DE EDAD. SU PROTECCIÓN EN EL DERECHO FAMILIAR. El derecho familiar se ocupa, de manera preponderante, de la protección de los menores a través del ejercicio de la patria potestad, considerada como la institución protectora de la persona y bienes de los hijos menores de edad no emancipados, que tiene su origen en la filiación y de manera concomitante, se encarga de regular el derecho de visitas y convivencias.

Tesis: I.5o.C. J/12. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. 162544. 2 de 8. Tribunales Colegiados de Circuito. Tomo XXXIII, Marzo de 2011. Pag. 2232. Jurisprudencia (Civil) Tomo XXXIII, Marzo de 2011

De igual manera, vale la pena precisarse el hecho que las familias creadas bajo la Ley de Sociedad de Convivencia, aún y cuando han caído en desuso en virtud de la proliferación de las que han decidido unirse en matrimonio por los derechos ganados para la comunidad lésbico gay, no deben dejar de considerarse como tal, como familia en virtud de lo ya referido, por lo que ante cualquier situación o pensamiento conservador, debemos entender que forma parte de la sociedad y de la familia como núcleo principal de ésta.

III. CONCLUSIONES

Aun cuando en toda sociedad siempre existan grupos desprotegidos, estos en algún momento van a exigir un reconocimiento social, mismo que el Estado está obligado a proporcionarles a todos sus integrantes. En virtud de lo anterior y ante la existencia siempre reconocida pero ignorada de los grupos lésbico gay, estos han buscado la manera que su actuar sea en primer término tolerado y posteriormente respetado y reconocido por todos sus integrantes.

Una de las principales discusiones para aceptar a las uniones que no derivan de los matrimonio y en particular cuando se refieren a las de homosexuales, radica principalmente en determinar si éstas pueden ser consideradas como “familia”, sin embargo, no existe un impedimento para llamarlas así, ya que el término, en ninguna de sus acepciones limita a que deban ser entre un hombre y una mujer forzosamente y mucho menos, las delimita en función de que tengan o no tengan descendencia ya que incluso comparten caracteres comunes con la generalidad de las familias convencionales, por lo que las uniones entre homosexuales no debe excluirse respecto del término ya citado, hecho que indudablemente ha derivado en que el término “matrimonio”, haya tenido modificaciones en diversas legislaciones del mundo limitándose a mencionarlo hoy en día como “la unión entre personas” independientemente del sexo que se trate.

De esta forma, las obligaciones derivadas tanto del concubinato como del matrimonio convencional entre un hombre y una mujer, tienen aspectos en común con las que tienen las uniones de facto y por tanto las derivadas entre personas del mismo o de diferente sexo y que son también reguladas en la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal, por lo que las características que las diferencian no se tratan de impedimentos sólidos que permitan rechazar las uniones lésbico gay y las familias que éstos han creado, ya que se trata de aspectos subjetivos, que no han

sido plenamente acreditados como limitantes reales que permitan un rechazo hacia estas uniones sin importar de que tipo sean. De esta manera, las sociedades de convivencia actualmente se han establecido como una alternativa de unión y de familia para todas aquellas personas que desean unirse bajo una figura diversa al matrimonio convencional o al concubinato, aun cuando la finalidad, a mi juicio, de dicha Ley, no era ésta.

Así, la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal, además de velar por el bien común, contiene inmerso el principio de igualdad, mismo que debe orientarse hacia todas aquellas personas que se encuentran bajo la hipótesis de la ley referida y de todas aquéllas que no forzosamente sean matrimonios o uniones convencionales.

En tal sentido, la ley de referencia establece requisitos similares a los existentes para el matrimonio en el Código Civil para el Distrito Federal, por lo que su regulación en un ordenamiento diverso, lo único que causa es una ambigüedad en cuanto a la función de la misma; sin embargo, ambos son base para formar familias.

Igualmente, la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal, equipara las uniones derivadas de sus sociedades a los concubinatos y a los matrimonios en lo relativo a las obligaciones alimentarias, derechos sucesorios, interdicción y de familia en general, generándose con ellos derechos y obligaciones recíprocas entre las partes, por lo que aun cuando se trata de figuras totalmente distintas, la presente ley lo único que hace es equipararlas, hecho que indudablemente ocasiona un deterioro social de la institución del matrimonio convencional y que tanto han intentado proteger la Iglesia católica y las corrientes más conservadoras.

En decir, la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal aun cuando va en contraposición con la institución del matrimonio y con el concubinato, le permite a las personas unirse mediante una figura diversa a éstos y, por tanto, regular sus relaciones de acuerdo a un contrato que deberá contener las formalidades establecidas en la misma, equiparando sus derechos y obligaciones a los de la familia con independencia de que las uniones fueran de tipo homosexual o no, por lo que tanto la ley en cuestión como el Código Civil para el Distrito Federal regulan un mismo aspecto, siendo éste los derechos y las obligaciones derivadas de las uniones entre personas y aunque la ley estudiada contemplaba además las homosexuales, hoy en día tienen prácticamente la misma función.

De esta forma, el presente trabajo resulta relevante social y jurídicamente hablando, ya que permite comprender y entender mejor otro tipo de uniones que día a día son más comunes en nuestra sociedad, y para evitar discriminarlas debemos entender sus derechos como personas que son, sin

importar su preferencia sexual y la forma en que decidan interactuar con los demás.

Podemos concluir, entonces, que la familia es el lugar donde se encuentran diferentes generaciones y donde se ayudan mutuamente a crecer y armonizar los derechos individuales con las demás exigencias de la vida social, con independencia de título con el que se ostenten generándose de tal unión derechos y obligaciones que serán sancionadas por la ley, tal y como la propia iglesia señala en la Carta de los Derechos de la Familia promulgada por Juan Pablo II, por lo que no existe razón alguna para hacer ningún tipo de distingo aun cuando sean considerados aspectos religioso.

LA COMPRA CON DINERO AJENO

RÉGIMEN CIVIL, CUESTIONES FISCALES Y LAVADO DE DINERO

Matías Eduardo Pérez García



I. INTRODUCCIÓN

Vaya mérito del Dr. Othón Pérez Fernández del Castillo para este homenaje breve, que a través de este trabajo, se queda corto en relación con su invaluable obra y legado que deja a nuestra Universidad Nacional Autónoma de México. Hace mucho tiempo que no veíamos pasar por los pasillos de nuestra Facultad a un académico tan versátil. Maestro de todos los cursos de Derecho civil, fundador de la cátedra de Derecho notarial y registral, ahora imparte la cátedra de mediación, tan congruente con la conclusión lógica de la carrera de un jurista. Como el general de élite que conoce a la perfección todas las armas del su ejército y todas las estrategias para ganar una batalla, este jurista de talla internacional, madura, evoluciona y adquiere la capacidad para recular y mirar desde arriba esa naturaleza humana conflictiva tan compleja que da origen a tantas batallas, y hoy es capaz de decir, para terminar la batalla sin sangre: “Deja tus armas, deja tu orgullo y tu soberbia y dialoga, cede, transige, media, concluye y sé feliz con la tranquilidad de no haber derramado una gota de sangre ni una lágrima”. Y tenemos ahora a un Othón maduro, mediador y pacifista. ¡Cuán exitosa síntesis de ser humano!

Comienzo este modesto homenaje a su manera, con los ejemplos narrativos con los que nos deleitó en sus clases a los que tuvimos la fortuna de ser sus alumnos.

El señor Martínez, con dinero propio, piensa comprar una casa para asegurar su futuro y el de su esposa. “¿Por qué no invertimos esos ahorros en una casa?”, dice Martínez. “¿Y cómo piensas hacer eso?”, pregunta su esposa. “Pues compramos una casa tu y yo” explica él. “Pues la comprarás tú, que tienes dinero”, replica ella, “porque yo no tengo dinero”. “No, la compramos los dos; los dos somos compradores” explica Martínez.

A partir de la entrada en vigor de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita (en adelante “Ley Antilavado”) esta problemática, que permanecía dormida en las más destacadas plumas del derecho civil, de pronto cobra una importancia de primer grado en la práctica. En efecto, al comprar un inmueble, el notario ante quien se realice la operación está obligado a comprobar, en primer lugar, que si el precio de la propiedad es mayor a \$642,321.00 Pesos (8,025 veces el salario mínimo), su pago no puede ser hecho en efectivo, por lo que las partes deberán acreditar que el medio de pago sea un cheque, por ejemplo. En segundo lugar, el notario debe dejar documentado cuál fue el medio de pago que se utilizó en lugar del dinero en efectivo.¹

Si quien paga el precio es uno sólo de los compradores, caben varias preguntas de derecho civil, de cuya respuesta dependerá el tratamiento fiscal que debemos darle a dicha operación.

Una persona que pretende ser comprador, pero que no aporta nada al pago del precio, ¿es realmente un comprador en el estricto sentido de la definición de la compraventa? Si la compraventa es el contrato por el cual uno o varios compradores *se obligan* a pagar un precio cierto y en dinero al vendedor, a cambio de que este les transmita la propiedad de una cosa, y uno de los compradores no desembolsa ni un centavo, independientemente de que el otro absorbe toda la carga, ¿aquel puede ser calificado realmente como comprador? ¿Realmente está comprando su 50% de derechos de copropiedad? ¿No estamos en presencia de una necesaria donación de dinero previa, para que ese comprador pueda desembolsar y *comprar*? ¿Se tratará de una gestión de negocios con ratificación simultánea? ¿Habrá en el fondo una estipulación en favor de tercero con aceptación inmediata de este? o ¿cualquiera de estos artificios cabe en un solo acto llamado simplemente compraventa, sin importar el origen de los recursos del precio? En el caso de que el señor Martínez hubiera comprado la casa, no para su esposa, sino para él y su hijo menor de edad que no tiene recursos, si suponemos que existe una donación de dinero previa para que el menor pueda participar en la compra como auténtico comprador, ¿podrá el padre disponer de los recursos donados al menor para comprar una casa? ¿Ello implicaría disponer de los recursos del menor ilegalmente sin consideramos que el dinero es un mueble precioso a la luz del artículo 436 del Código Civil?² ¿Este mecanismo sería legalmente posible?

¹ Artículos 32 y 33 de la Ley Antilavado.

² Somos de la opinión que el dinero no es un mueble precioso dado su carácter fungible. Los muebles preciosos en nuestra opinión, por definición no deben ser sustituibles por

En lo fiscal, si quedó documentado en la escritura que sólo uno de ellos pagó el 100% del precio, ¿será el único que podrá beneficiarse de la deducción del costo comprobado de adquisición al venderse la propiedad en lo futuro? ¿En compras de terreno con construcciones no destinadas a habitación, el señor Martínez pagó el 100% del precio. Él pagó el 100% del IVA que generó la operación. Y su actividad económica le permite acreditar con posterioridad dicho IVA. ¿Él podrá acreditar el 100% de todo el IVA que pagó, aunque sólo acabó siendo dueño del 50% del inmueble?

Como podemos ver, las interrogantes que surgen en el plano fiscal, así como sus soluciones, dependen de la figura que, en lo civil, le demos a esta operación. Así las cosas, para solucionar la problemática, es necesario ocuparnos en un primero momento, de la calificación del acto en el plano del derecho civil (primera parte) para deducir el régimen fiscal adecuado a dicha calificación (segunda parte).

II. LAS FIGURAS DEL DERECHO CIVIL EN JUEGO

Por virtud de la compraventa, un sujeto llamado vendedor transmite la propiedad de una cosa a otro llamado comprador, que se obliga a pagar por ella un precio cierto y en dinero. Para ser comprador, hay que obligarse a pagar por una cosa, un precio cierto y en dinero. *A contrario sensu* y estrictamente, si no me obligo a pagar un precio cierto y en dinero, no soy comprador. El carácter sinalagmático de la compraventa y la teoría de la causa que sustenta dicho carácter, hacen que sin dicha obligación del comprador, no hay compraventa. Es decir, es porque el comprador se obliga a pagar dicho precio, que el vendedor transmite la propiedad de la cosa comprada y recíprocamente; es porque el vendedor le va a transmitir la cosa al comprador, que éste tiene causa para obligarse a pagar un precio. Siendo que el contrato de compraventa es inconcebible sin la obligación del comprador, en apariencia, una persona que no va a pagar el precio, no podría comprar. Sin embargo esta aparente dificultad lógica, no es obstáculo para que la compraventa se lleve a cabo si una tercera persona se obliga a pagar el precio para que la propiedad le sea transmitida a otro. En la práctica, una persona sin recursos puede comprar, si obtiene de otro esos recursos, caso en el cual, estaríamos en presencia, necesariamente de una donación previa de dinero —el precio—que le permite al comprador cumplir con su obligación.

otro u otros bienes de la misma especie y calidad.

Dos hipótesis se perfilan en el caso. En la primera, el comprador, aún sin recursos, se obliga a pagar el precio, con lo cual la compraventa se perfecciona (artículo 2249 del Código Civil para el Distrito Federal, en adelante simplemente Código Civil). El tercero hace una donación de dinero al comprador, con lo cual, este cumple con su obligación y el contrato queda cumplido y el problema lógico de la calificación del comprador queda resuelto porque una persona se obligó a pagar un precio y lo pagó.

En la segunda hipótesis, el tercero comparece al acto de la compraventa solamente para pagar el precio directamente al comprador. El contrato lo firman únicamente vendedor y comprador sin que el tercero figure ni firme el contrato. En esta segunda hipótesis, también existe un acto de liberalidad del tercero que viene a pagar el precio —sin ser comprador— en favor del verdadero comprador. ¿Hay una donación del precio aunque el dinero nunca pase por las manos del comprador? Si. Hay la intención de *regalar* el precio al comprador y este, al firmar el contrato de compraventa, acepta dicha donación. Pero para que la donación se perfeccione, es necesaria la aceptación expresa del donatario y en este caso, el donatario, firma un contrato de compraventa y no se menciona expresamente la donación del precio. ¿Existe una verdadera donación? Si en el acto de la firma del contrato de compraventa, en presencia del comprador, el tercero paga el precio y en el contrato aparece que el tercero pagó el precio —no para pagar una deuda en favor del comprador, ni para prestarle el dinero del precio—, sino como un regalo, y el comprador lo firma, existe aceptación expresa de la donación aun cuando el dinero no pasa físicamente por las manos del comprador. Si por el contrario, nada se especifica en el contrato, no habrá donación necesariamente. Tendríamos que averiguar a título de qué, el tercero paga el precio por el comprador, pero no podríamos presumir una donación. El *solvens* (pagador) pudo haber pagado el precio porque le está prestando el dinero al comprador; o porque de esa forma está pagando una deuda que tiene con el comprador; o porque es depositario del dinero del comprador y tiene un mandato de pago a tercero. Si en el contenido del contrato, ni en ningún otro documento, no aparece la clara y expresa intención de la donación, no habrá tal ni puede presumirse. De cualquier forma la compraventa sería perfecta, ya sea que se mencione la donación en el contrato de compraventa, o que con anterioridad exista un contrato de donación firmado por donante y donatario, o porque el pago del precio se haya hecho a título de préstamo, pago de deuda, mandato de pago, etc. Desde que el vendedor recibe el precio y lo acepta, no existe duda sobre la existencia y la consumación de la compraventa. Subsiste sin embargo, en el peor de los casos, la cuestión de saber si existió una donación previa o no. ¿Y qué nos importa si

la compraventa ya quedó consumada? Mucho. Existe un régimen fiscal y un régimen de lavado de dinero que hoy nos obliga a dejar claro dos aspectos. El primero es fiscal: ¿En favor de quién debe expedirse el Comprobante Fiscal Digital por Internet (en adelante CFDI) de la operación? Si decimos que en favor del comprador, por el simple hecho de que este fue quien cumplió con su obligación de pago, pese a que no tiene recursos y ese dinero lo obtuvo de un tercero, dejamos expeditas las facultades de verificación de la autoridad fiscal y de la autoridad en materia de lavado de dinero, para verificar de dónde salió ese dinero. Exponemos al comprador a dos investigaciones; la primera de carácter fiscal, y la segunda en materia de lavado de dinero. Si por el contrario, expedimos el CFDI en favor del tercero pagador, existe una discordancia entre dicho CFDI, y las declaraciones fiscales en el sentido de que el comprador, que supuestamente cumplió él mismo con su obligación de pago. Además surgiría el problema del costo comprobado de adquisición para efectos de enajenaciones futuras, de lo cual nos ocuparemos en la segunda parte.

En la práctica, sobre todo notarial, existe una obligación de consejo integral del notario a las partes, que no se agota con las figuras del derecho civil, sino que tiene que ver con la prevención de problemas fiscales y en materia de lavado de dinero. Analizaremos las figuras en juego.

III. LA DONACIÓN DEL PRECIO●

a) En la compraventa se menciona al tercero pagador y se menciona que el pago del precio se realiza como un regalo o donación expresamente. Si en el contrato de compraventa se menciona claramente que un tercero vino a pagar el precio y lo hizo a título de regalo o de donación, la firma del comprador, en nuestra opinión vale como aceptación expresa de esa donación, sin que haya que redactar, en documento por separado, un contrato de donación. Dicha donación se regirá por las disposiciones del Código Civil, relativas a dicho contrato, aunque la ortodoxia y la seguridad jurídica, hacen conveniente que siempre se otorgue una donación expresa y por separado, previa al pago del precio.

b) En la compraventa se menciona al tercero pagador sin mencionar a qué título aporta el precio. En este caso no habrá habido donación y en las relaciones entre el tercero pagador y el comprador, habrá que investigar, cuál fue la causa eficiente de dicho pago por un tercero. La carga de la prueba la tendrá el tercero pagador que pretenda recuperar ese dinero del comprador.

c) En la compraventa ni en ningún otro documento fiscalizable aparece el tercero pagador ni el título por el que hizo el pago del precio. En este supuesto, si el tercero pagador quisiera recuperar el dinero del precio que pagó por el comprador, tendrá la carga de la prueba del pago y del título por el cual se hizo el pago, es decir, la causa por la cual está pagando por el comprador. El problema en este supuesto sería de tipo fiscal y en materia de lavado de dinero. El comprador tendrá que explicar a la autoridad fiscal por qué no declaró en su momento esos recursos y por qué no pagó el impuesto por ese ingreso y además tendrá que justificar el origen lícito de los recursos ante la autoridad en materia de lavado de dinero.³

En todo caso, si la donación se consigna en instrumento público ya sea en el mismo instrumento que la compraventa, o en uno anterior, es conveniente que el notario haga saber al donatario comprador, que el ingreso derivado de la donación debe ser declarado a la autoridad fiscal cuando esta exceda de la cantidad de \$600,000.00 Pesos, en los términos del artículo 90 párrafo segundo de la Ley del Impuesto Sobre la Renta.

III.I. EL TERCERO PAGA EL PRECIO EN PAGO DE UNA DEUDA SUYA CON EL COMPRADOR

Puede suceder que el tercero pagador, con el fin de cumplir una obligación previa que este tiene con el comprador, paga el precio de la compraventa con el consentimiento del comprador —su acreedor— y logra así, la extinción de su obligación. Para que dicha obligación se extinga, es necesario que el comprador expida un recibo de pago al tercero pagador (deudor), por la cantidad que corresponde al precio, o bien, que se mencione, dentro del contrato de compraventa, que el tercero pagó el precio en pago de una deuda previa que este tenía con el comprador. Consideramos que en esta hipótesis, el notario debe expedir el CFDI de la compraventa y su complemento, al comprador, sin importar que un tercero haya pagado el precio, ya que el dinero se le debía al comprador; este es en realidad el dueño de este dinero, sólo que no lo tenía en sus manos.

³ Aunque jurídicamente la autoridad tiene la carga de la prueba del origen ilícito de los recursos, en la práctica y conforme a la interpretación de la Ley Antilavado y sus disposiciones complementarias, el otorgante del contrato puede ser sancionado por el sólo hecho de no acreditar el origen lícito de los recursos, como si se tratara de una presunción de culpabilidad, y tendría que acudir a los medios de defensa que las leyes le dan para destruir tal presunción, haciendo respetar el principio de presunción de inocencia y de buena fe.

III..II EL TERCERO PAGA EL PRECIO PORQUE ES DEPOSITARIO DEL DINERO DEL COMPRADOR

Esta hipótesis tiene un régimen igual a la anterior. El dinero pertenece al comprador, y lo único que hace el tercero es devolverlo al comprador (depositante) pagando directamente al vendedor por instrucciones del comprador. Se aplica el mismo régimen fiscal. De hecho es interesante observar que, de alguna manera esta hipótesis ocurre cuando el precio se paga mediante un cheque. En efecto, con el libramiento del cheque, el comprador (cuentahabiente depositante) da instrucciones al banco para que este pague el cheque al vendedor. En este último caso tenemos la ventaja adicional de que se cumple perfectamente con las disposiciones prohibitivas de la Ley Antilavado en sus artículos 32 y 33.

III.III. EL TERCERO PAGA EL PRECIO PORQUE TIENE PACTADO UN PRÉSTAMO DE ESA CANTIDAD CON EL COMPRADOR (MUTUATARIO)

No hay problema con este caso, siempre que se deje constancia del mutuo para darle seguridad al tercero pagador (mutuante), ya sea consignando el mutuo en el propio instrumento de compraventa, o bien en documento por separado. Si el mutuo se consigna en instrumento público ya sea en el mismo instrumento que la compraventa, o en uno anterior, es conveniente que el notario haga saber al mutuuario comprador, que el ingreso derivado del mutuo debe ser declarado a la autoridad fiscal cuando este excede de la cantidad de \$600,000.00 Pesos, en los términos del artículo 90 párrafo segundo de la Ley del Impuesto Sobre la Renta.

III.IV. EL TERCERO PAGA EL PRECIO AL PACTAR CON EL VENDEDOR UNA ESTIPULACIÓN EN FAVOR DE TERCERO (EL COMPRADOR)

La economía general de este supuesto es muy parecida a la donación, sin embargo, en el contrato estipulatorio que subyace a la compraventa, intervienen el vendedor y el tercero pagador, y no el tercero pagador (como donante) y el comprador (como donatario) del precio. Pero concebir este negocio jurídico como una compraventa, supondría la aceptación inmediata del comprador, en la estipulación hecha en su favor, lo cual volvería este mecanismo innecesariamente complicado y artificial.

Para que esta figura sea eficaz, el pagador del precio tendría en primer lugar, que estipular con el propietario del bien que se desea comprar, una oferta de compraventa en favor del tercero (comprador). En dicho acto, el pagador entregaría el precio al vendedor. El comprador —que en el negocio estipulatorio es el tercero—, al aceptar la estipulación, da su aceptación al contrato de compraventa, con el cual este quedaría perfeccionado.

El régimen fiscal de esta figura sería el de una donación de dinero desde el momento en que el tercero comprador, acepta la estipulación y con ello la compraventa y la donación de su precio. En este caso, es importante que al redactar el acto de aceptación, el tercero declare que acepta la estipulación, que acepta en consecuencia la compraventa y, muy importante, que acepta la donación del precio que se pagó al vendedor, con lo cual se perfecciona también la donación.

IV. EL RÉGIMEN FISCAL DE LA COMPRA CON DINERO AJENO

IV.I. RÉGIMEN FISCAL DE LA CIUDAD DE MÉXICO

En todos los casos en los que el objeto material de la compraventa sea un inmueble, el comprador, independientemente de quién haya pagado el precio, debe pagar el Impuesto Sobre Adquisición de Inmuebles establecido en el artículo 112 y siguientes del Código Fiscal del Distrito Federal. Ello es así porque el impuesto grava la adquisición de un inmueble con independencia del precio-. Puede no haber precio si se trata de una donación o de una adjudicación a título de herencia o legado. Puede ser que haya un precio por tratarse de una compraventa; y ese precio puede ser pagado con dinero propio del comprador, o de un tercero. La existencia o no del precio y el origen de este, no son trascendentes para la causación del Impuesto Sobre Adquisición de Inmuebles. El sólo hecho de adquirir un inmueble, causa este impuesto a cargo del adquirente.

V. RÉGIMEN FISCAL FEDERAL

En materia federal, la compraventa inmobiliaria puede causar dos impuestos; el Impuesto Sobre la Renta por enajenación y el Impuesto Sobre la Renta por Adquisición.

1. El Impuesto Sobre la Renta por Enajenación de Bienes.

Se causa cuando se obtiene una ganancia consistente en la diferencia entre lo que el vendedor pagó en su momento por el bien que está ven-

diendo, y el precio que recibe al vender actualmente, tomando en consideración la inflación, así como la depreciación que el inmueble ha sufrido entre la fecha en que se compró el inmueble, y la fecha en que se vende. Este tributo siempre es a cargo del vendedor y no cambia en nada su cálculo por el hecho de que el dinero del precio haya sido pagado por un tercero, ya que grava el ingreso derivado del pago del precio, independientemente de quién se lo haya pagado al vendedor e independientemente del acto jurídico formal por el que se le haya pagado el precio. En este orden de ideas, el Impuesto Sobre la Renta por enajenación será el mismo en cualquiera de las hipótesis expuestas en la primera parte de este trabajo.

2. El Impuesto Sobre la Renta por Adquisición de Bienes.

Este impuesto grava el ingreso que obtiene una persona en especie, es decir, el aumento que experimenta su patrimonio al adquirir un bien, cualquiera que sea la forma en que lo adquiera.

Sucede que en la compraventa, que es un contrato sinalagmático, puede ser que el patrimonio del comprador no cambió porque pagó por el bien que adquiere, exactamente su valor comercial, caso en el cual, su patrimonio solamente experimentó un cambio cualitativo consistente en que antes tenía “X” cantidad de dinero, y hoy, en lugar de tener ese dinero en numerario, tiene un bien que vale exactamente esa misma cantidad de dinero. En este caso, no habrá Impuesto Sobre la Renta por Adquisición en razón de que no hay un ingreso cuantitativo.

Hay casos en que se compra demasiado caro y el patrimonio sufre una pérdida. Un departamento que comercialmente vale un millón de Pesos, se puede comprar en un millón y medio de Pesos. El comprador habrá sufrido una pérdida patrimonial cuantitativa de medio millón de Pesos. Fiscalmente no habrá ingreso que cause dicho impuesto.

Pero hay casos en que se compra un inmueble demasiado barato. Cuando la diferencia entre el valor comercial del inmueble, y el precio pagado, es de más de un 10% del precio, se causa el Impuesto Sobre la Renta por Adquisición de Bienes a cargo del comprador.

Ahora bien, para efectos de este trabajo, se genera el siguiente cuestionamiento: Si bien, la operación de compraventa es onerosa, es decir, se pagó un precio cierto y justo por el inmueble, cuando este precio es pagado por un tercero en su totalidad, la persona del comprador experimenta una ganancia consistente en el valor del inmueble. Y ello, sin pagar un solo centavo por el mismo. ¿No está recibiendo en su patrimonio un ingreso en especie, que debería ser gravado con el Impuesto Sobre la Renta por Adquisición?

Supongamos que, como ya lo expusimos en la primera parte, el dinero del precio es un regalo que el tercero le está haciendo. ¿Esa donación no está gravada con el Impuesto Sobre la Renta por Adquisición? La respuesta es afirmativa en principio, independientemente de que el donatario que recibe el dinero del precio con el que compra, sea descendiente del donante pagador del precio y por esta razón, la operación de donación se encuentre exenta por aplicación del art. 93 fracción XXIII inciso a) de la Ley del Impuesto Sobre la Renta. Esta hipótesis se aplica en la donación y en la estipulación en favor de tercero (que implica una donación del precio pagado por el promitente —pagador—al estipulante —vendedor—).

La pregunta que surge en seguida es: en estas hipótesis, ¿el objeto del impuesto es la adquisición de un inmueble o la adquisición del dinero que se paga como precio en la compra de dicho inmueble? Consideramos que el impuesto grava el ingreso consistente en el dinero que el comprador recibe en donación por parte del tercero pagador, para pagar el precio. Ello es así, porque el acto traslativo de dominio del inmueble, no es una donación entre el propietario y el adquirente, sino se trata de una compraventa. Aunque un tercero está pagando el precio, el contrato es de compraventa. La liberalidad la encontramos en el acto por el que un tercero, sin recibir nada a cambio del comprador, graciosamente paga el precio. Se trata de un ingreso monetario que recibe el comprador, aunque inmediata y directamente el dinero pase del pagador al vendedor sin pasar por las manos del comprador. La liberalidad no está en el acto traslativo de propiedad del inmueble.

Para efectos prácticos y con el fin de dejar bien claro a la autoridad fiscal, cuál es el objeto de este impuesto, es conveniente hacer la donación del dinero del precio en forma previa, expresa y en instrumento por separado. Ello con la finalidad de no confundir a la autoridad fiscal ante una eventual revisión: El objeto del impuesto no es la adquisición de un bien inmueble, sino una cantidad de dinero que resultará ser pagada como precio al vendedor. Y ello queda claro haciendo la donación en instrumento previo por separado, que causará el impuesto, sin que la compraventa cause ya dicho impuesto, o bien, estará exenta del impuesto en los casos del artículo 93 fracción XXIII de la citada ley.

3. La expedición de los comprobantes fiscales.

En la compraventa con dinero ajeno ¿a quién se debe expedir el CFDI por el pago de los impuestos, derechos, honorarios y gastos? Si en realidad quien está erogando el dinero del precio, es un tercero distinto al comprador, ¿podrá el comprador con posterioridad, hacer deducible el costo comprobado de adquisición a que se refiere el art. 121 de la Ley del Impuesto

Sobre la Renta? En consecuencia, ¿en favor de quién se debe expedir el complemento del CFDI?

A) El CFDI.

El Comprobante Fiscal Digital por Internet, ¿se debe expedir en favor del comprador, o del tercero pagador? En nuestra opinión, el CFDI de la operación debe expedirse al comprador, quien debe poder así, comprobar que hizo al notario el pago de los impuestos de la operación. Normalmente, el tercero pagador no tendría interés en obtener dicho comprobante con sus datos fiscales, máxime que se trata de un gasto no deducible para él. Sin embargo existe un caso excepcional en el que el tercero pagador podría tener interés en obtener su CFDI por esta operación. Si la compra genera Impuesto al Valor Agregado por ser su objeto material una construcción no destinada a casa habitación, en los términos de los artículos 1º y 9 fracción II de la Ley del IVA y la actividad económica y régimen fiscal del tercero pagador le permiten hacer la acreditación de ese IVA pagado en la compraventa, quizás tenga interés en acreditar dicho impuesto. Sin embargo, al analizar el artículo 1º párrafo tercero de la Ley del IVA, nos percatamos de que el sujeto del impuesto es el vendedor. Y el vendedor *traslada* el impuesto en forma expresa y por separado del precio al *adquirente* del bien, es decir, al comprador, de tal suerte que, aunque el dinero provenga del tercero pagador, el obligado a pagar el impuesto es el comprador y por consecuencia, el CFDI, debe ser expedido a este y no al tercero pagador, quien en la operación fiscal, no es el que recibe el traslado del impuesto.

B) El complemento del CFDI.

Si el tercero pagador es quien efectivamente pagó el precio de la compraventa, sin que el comprador hay desembolsado ni un solo centavo, ¿puede este deducir, en los términos del artículo 121 fracción I de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, ese costo de adquisición? Sí. Sin ningún problema. Entendemos que la intención del legislador de condicionar dicha deducción, a la existencia del complemento del CFDI, es comprobar que efectivamente, en el plano fiscal, hubo una erogación real por la compraventa, independientemente de quién pagó el precio. Así, por ejemplo, si yo adquirí un inmueble por herencia de mi padre, es decir, no pagué nada por él, al vender dicho inmueble puedo deducir el precio que mi padre pagó por él. Así lo establece el artículo 124 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta.

Ahora bien, para disipar cualquier diferencia de criterio, en caso de controversia con la autoridad fiscal, nuevamente aquí es de invaluable utilidad, el hacer explícita la donación del dinero del precio. Así, será el comprador quien efectivamente haya pagado el precio, aunque este no haya pasado

por sus manos, y tendrá entonces derecho a que el complemento del CFDI se expida a su nombre. De lo contrario, nos exponemos, en un futuro cuando el comprador quiera vender, a que la autoridad fiscal alegue que el costo comprobado de adquisición del inmueble, no es deducible para el comprador porque no lo pagó él y que el artículo 124 en la parte relativa al costo comprobado de adquisición en tratándose de donaciones y herencias, no le es aplicable a la compra con dinero ajeno en virtud del principio de aplicación estricta de las leyes fiscales a que se refiere el artículo 5 del Código Fiscal de la Federación y, por lo tanto, no se puede aplicar análogamente este beneficio al comprador que no pagó el inmueble. Así las cosas, conviene hacer la donación previa y expresa; fue el comprador quien pagó el precio, y ahora que vende, puede deducirlo.

V.I. LEY FEDERAL PARA LA PREVENCIÓN E IDENTIFICACIÓN DE OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA

Son dos categorías de obligaciones, las que se tienen que cumplir en este tipo de operaciones. A la primera categoría podemos llamarle obligaciones propiamente en materia de prevención, que se encuentran contenidas en los artículos 17 y 18 de la Ley Antilavado. En las compraventas con dinero ajeno, ya sea que el tercero intervenga formalmente en el acto o no, el notario sólo tendrá que dar el aviso de operaciones vulnerables, tomar la declaración al comprador, sobre la existencia de lavado de dinero y sobre la existencia de relación de negocios con el vendedor. En estos casos, el tercero pagador del precio, ya sea que intervenga formalmente en el acto notarial o no, no es dueño beneficiario, porque no recibe el beneficio ni ejerce ningún derecho de uso, goce disfrute o aprovechamiento del inmueble comprado; sólo aportó el precio. Consideramos que este tipo de operaciones no traen consigo ninguna diferencia en esta materia en relación con las compraventas “normales” en las que el comprador paga el precio con dinero propio.

A la segunda categoría de obligaciones les podemos llamar restricciones en uso de efectivo. En compras con dinero ajeno, no cambian las restricciones. En los términos del artículo 33 de la Ley Antilavado, el notario y las partes en la compraventa, no sólo están obligadas a pagar el precio con un medio diverso al efectivo, sino que deben acreditar cuál es ese medio distinto al efectivo, con el que se está pagando el precio, cuando este es mayor de 8,025 veces el salario mínimo.

¿Qué problemas puede causarnos con la autoridad en la materia, el hecho de que otro pague, con su chequera, el precio de nuestra compraventa?

Ninguno. Si el donatario acredita que el dinero proviene de una donación, y que dicha donación ha sido debidamente declarada a la autoridad fiscal, y sus impuestos debidamente pagados, o bien, que la donación está exenta por las razones y fundamentos ya expuestos, la autoridad en materia de lavado de dinero no puede imponer sanciones al comprador ni al pagador en esa operación. La diferencia entre el régimen legal de la compraventa con dinero ajeno antes de la entrada en vigor de la Ley Antilavado y el régimen actual, es la obligación de acreditar el medio de pago, que puede dar origen a una investigación sobre el origen de los recursos del tercero pagador. Pero esta investigación no afectaría al acto jurídico de la compraventa ni generaría sanciones para el notario ni para las partes en dicho contrato. En el peor de los casos el sujeto de la investigación sería el tercero pagador, y tendría consecuencias sólo en el caso de que no hubiese declarado al fisco el ingreso de ese dinero, o que se demostrara el origen ilícito de los recursos.

En este último caso, las obligaciones del notario se limitan a exigir la acreditación del medio de pago del precio de la compraventa y no van más allá de eso. Es decir, el notario no está obligado a exigir al tercero pagador que le acredite el origen de los recursos con los que va a pagar el precio, pues tal obligación no se encuentra en el artículo 33 de la Ley Antilavado. Tampoco el notario está obligado, en los casos de compras con dinero ajeno, a emitir las alertas que por vía electrónica el portal de la Unidad de Inteligencia Financiera pone a su disposición. Si la operación queda debidamente transparentada con la donación del dinero correctamente documentada, no hay motivo de sospecha, ya que, si bien, el comprador puede tener apariencia de no contar con recursos para pagar el precio, su posibilidad se transparentó y queda fiscalizada con la donación.

Lo que la Ley Antilavado aporta, es información a las autoridades para rastrear de dónde viene el flujo de dinero en las compraventas inmobiliarias, y en la compra con dinero ajeno, la autoridad ya puede conocer quién aportó el dinero y cómo se pagó la compraventa, con lo cual, contará con la información de la cuenta bancaria del tercero pagador, y tendrá mayores elementos para investigar si esos recursos tienen un origen lícito o no.

LA ÉTICA EN LOS CONTRATOS

Bernardo Pérez Fernández del Castillo



El notario es un jurista y como tal un conocedor profundo y analista experto de la ley. Cuando se le encarga hacer un contrato, su finalidad última, es buscar las bases sólidas que sostengan jurídicamente el pacto entre los contratantes, que el contrato sea válido, equitativo, justo y que corresponda a las verdades de lo querido y expresado por las partes. La destreza en la redacción y la seguridad jurídica que proporciona la fe pública, no son elementos suficientes para que sea justo: debe haber también equidad, es decir, evitar cualquier abuso de una de las partes en contra de la otra.

¿CÓMO SE LOGRA LA ÉTICA NOTARIAL EN LOS CONTRATOS?

1) Con imparcialidad y, 2) que en el contrato haya equidad y proporción.

1. Por lo que respecta a la imparcialidad el notario, al igual que el juez, los empleados judiciales, registradores de la propiedad y del Registro Civil, los corredores públicos y los árbitros, no deben inclinarse en favor de una de las partes y en contra de la otra. (Justicia distributiva —todos son iguales frente a la ley—). Moral y jurídicamente, el notario debe desempeñar su función con libertad, sin presiones ni compromisos previos. Para ello las leyes notariales señalan claramente cuáles son las incompatibilidades y prohibiciones que circunstancialmente inclinarían la voluntad del notario hacia una de las partes, comprometiendo su imparcialidad.

Son incompatibles con la actividad notarial “Toda dependencia a empleo, cargo o comisión público, privado o de elección popular, y con el ejercicio de la profesión de abogado en asuntos en que haya contienda. El notario tampoco podrá ser comerciante, ministro de culto o agente económico de cualquier clase en términos de las leyes respectivas.” (Artículo 32 de la Ley del notariado). Por ejemplo, el abogado litigante busca en los litigios que una parte domine a la otra, no puede defender a ambas partes, pues

cometería el delito de prevaricato; en cambio el notario busca el equilibrio entre las partes.

Son prohibiciones, por ejemplo:

Actuar como notario en instrumentos o asuntos en que tengan interés, disposición a favor, o intervengan por sí, representados por o en representación de terceros, el propio notario, su cónyuge o parientes consanguíneos o afines hasta el cuarto y segundo grados, respectivamente, o sus asociados o suplentes y los cónyuges o parientes de ellos en los mismos grados o en asuntos en los cuales tenga esta prohibición el o los notarios asociados, o el notario suplente; (Artículo 45 de la citada ley).

El notario desde luego es un jurista, pero su compromiso primordial es tanto con el conocimiento de las leyes como con la ética de asesorar y redactar equitativamente los contratos. Su actuación, además de veraz, debe inclinarse en el consejo, asesoramiento o redacción en beneficio de ambas partes. De esta forma logrará la justicia preventiva como decía Joaquín Da Costa “Notaría abierta, juzgado cerrado”.

En ocasiones pudiera pensarse que hay la tentación de actuar con parcialidad, por ejemplo, en las asambleas en donde el notario asesora las decisiones del administrador, quien es el que le paga sus honorarios, en contra de los intereses de algunos accionistas.

2. En cuanto a la equidad, en la redacción de los contratos es de primordial importancia que el notario aplique toda su inteligencia, creatividad e imaginación para lograr la equidad en los contratos. Justicia conmutativa —dar a cada quien lo suyo—. La desproporción entre lo que da una de las partes y recibe, puede provocar la lesión. (Artículo 17 C.C.). Hablar de desproporción nos lleva a hablar del vicio subjetivo y objetivo, el primero que, abusando de la inexperiencia, ignorancia o miseria de una de las partes, la otra reciba algo desproporcionado a lo que da o hace (Artículo 17 c.c.). Sin proporción en los contratos su nulidad está a la vista.

¿CÓMO INTERVIENE EL NOTARIO EN LA REDACCIÓN DE UNA ESCRITURA?

El notario interviene en el asesoramiento y redacción de una escritura de acuerdo con tres supuestos: 1. Cuando no se ha celebrado contrato privado; 2. Cuando se ha celebrado un contrato privado informal; 3. Cuando son contratos celebrados en formularios prestablecidos o son contratos de adhesión o condiciones generales de contratación.

En el primer caso el notario escucha, interpreta y aconseja en forma imparcial a las partes y finalmente, redacta, certifica y autoriza el contrato en escritura pública luego de la firma de los contratantes.

En el segundo, ante el contrato privado, el notario, después de examinar que no haya vicios en el consentimiento ni desproporción, tiene que asesorar y explicar a las partes el sentido y alcance de las cláusulas y redactar la escritura con claridad, concisión y precisión jurídica (102 XII y XIII LN).

En el tercer supuesto, las inmobiliarias, las constructoras, fraccionadoras, las instituciones financieras, los organismos públicos de vivienda, etcétera imponen al notario la redacción de contratos de adhesión o sus condiciones generales de contratación pre redactadas unilateralmente por una de las partes, económicamente la más poderosa, para ser aceptada por la parte más débil. Para que tengan plena validez las renunciaciones establecidas en los contratos de adhesión y las condiciones generales de contratación sobre bienes inmuebles, deben ser inscritos en la Procuraduría del Consumidor (Artículo 73 de la Ley de Protección al Consumidor).

En este tipo de contratos el notario tiene poco margen de actuación, pues estas empresas dicen: “o lo tomas en los términos redactados o lo dejas”. En estos casos el notario debe, en primer lugar, conocer bien la redacción de dichos contratos; en segundo, explicar al adherente el contenido y alcance de sus cláusulas; y, tercero rechazar aquellas cláusulas que vayan en contra de las leyes prohibitivas y de su interpretación jurisdiccional.

¿CUÁLES SON LAS CLÁUSULAS INÚTILES, LAS ABUSIVAS Y LAS NULAS?

Son cláusulas inútiles aquellas que aparecen en los contratos y son de un estilo antiguo que ya no corresponde a la realidad. Por ejemplo, las que dicen: “Las partes declaran que el precio es el justo y equitativo”; “Que en el presente contrato no existe lesión, error, dolo, mala fe, ni violencia y que desde ahora renuncian a pedir la nulidad por dichos conceptos”; “Declara el vendedor que ha recibido el precio y que con la firma de la presente escritura otorga el recibo más eficaz que en derecho proceda”

¿CUÁLES SON LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS?

Podemos enunciar las siguientes:

A) “Pacto comisorio” es cuando la rescisión o la ejecución forzada de un contrato se deja al arbitrio unilateral de una de las partes. Este pacto va en

contra de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que en el artículo 17 dice: “Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.” Va en contra del Código Civil, artículo 1797 que dispone: “La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes” y del artículo 14 Constitucional que dice: “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.” Es frecuente que en un contrato de mutuo o de fideicomiso se establezca que el acreedor o el fideicomisario en primer lugar “podrá ceder, gravar o enajenar el inmueble que garantiza la obligación sin la necesidad de juicio y sin necesidad de notificar al deudor o fideicomitente en segundo lugar.” El Código Civil en el artículo 2302 establece: “Queda prohibida la venta con pacto de retroventa, así como la promesa de venta de una bien raíz que haya sido objeto de una compraventa entre los mismos contratantes.” La ratio legis de esta disposición es evitar los abusos de los acreedores que exigían a los deudores pusieran a su nombre el inmueble con el que garantizaban el cumplimiento de la deuda, con la promesa de que cuando recibieran el pago, retransmitirían el inmueble nuevamente a nombre del deudor.

B) Otra cláusula se llama “anatocismo” (capitalización de intereses o intereses sobre intereses) que está prohibida por el Código Civil que en el artículo 2397 dispone: “las partes no pueden, bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses.” Por su parte, la Ley de Protección al Consumidor, establece en el artículo 68 que: “Únicamente se podrán capitalizar intereses cuando exista acuerdo previo de las partes, en cuyo caso el proveedor deberá proporcionar al consumidor estado de cuenta mensual. Es improcedente el cobro que contravenga lo dispuesto en este artículo”. Ahora bien, el anatocismo está permitido en materia mercantil, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Protección al Consumidor que en el artículo 68 dice: “Únicamente se podrán capitalizar intereses cuando exista acuerdo previo de las partes, en cuyo caso el proveedor deberá proporcionar al consumidor estado de cuenta mensual. Es improcedente el cobro que contravenga lo dispuesto en este artículo.”

C) La cláusula rebus sic stantibus establece en los contratos de tracto sucesivo o de ejecución continuada que el contrato no será revisado si por el cambio en las condiciones aumenta la onerosidad de las contraprestaciones a cargo de una de las partes. Frente a esta cláusula existe la teoría de “la

imprevisión en los contratos” que está regulada en el Código Civil del Distrito Federal en los artículos 1796, 1796 BIS y 1796 TER y que da la posibilidad de revisar el contrato, bajo las circunstancias especiales previstas en dicho precepto. Es decir, “... surjan en el intervalo acontecimientos extraordinarios de carácter nacional que no fuesen posibles de prever y que generen que las obligaciones de una de las partes sean más onerosas, dicha parte podrá intentar la acción tendiente a recuperar el equilibrio entre las obligaciones conforme al procedimiento señalado en el siguiente artículo.” (Artículo 1796 segundo párrafo C.C.)

D) El pacto “leonino”. Se denomina así cuando en una sociedad se conviene que todas las utilidades serán para uno de los socios y las pérdidas para el otro. Así lo establece el artículo 2696: “Será nula la sociedad en que se estipule que los provechos pertenezcan exclusivamente a alguno o algunos de los socios y todas las pérdidas a otro u otros.” Por su parte, el artículo 2697 dispone que no puede estipularse que a los socios capitalistas se les restituya su aportación con una cantidad adicional, haya o no ganancias”.

Por ejemplo, en las sociedades anónimas es nulo el pacto en el que se establezca que todos los socios responden solidariamente de las pérdidas con su patrimonio.

E) La “usura”. No obstante que en el mutuo y en el reconocimiento de deuda pueden pactarse intereses, uno de los problemas económicos más grandes suscitados en nuestro país, es el de los intereses desmedidos. Basta recordar lo que se conoció como el *Barzón* y en la actualidad, los intereses que se generan con el uso y falta de pago de las tarjetas de crédito. Son tantos los ingresos por intereses bancarios que se dice que los bancos españoles que actúan en nuestro país, se sostienen con las ganancias que obtienen de los mexicanos, quienes reditúan a esas instituciones intereses muy cuantiosos y difíciles de pagar. En los créditos civiles los deudores tienen las siguientes defensas:

Art. 2395. “El interés legal es el nueve por ciento anual. El interés convencional es el que fijen los contratantes, y puede ser mayor o menor que el interés legal; pero cuando el interés sea tan desproporcionado que haga fundadamente creer que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor, a petición de éste, el juez, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso, podrá reducir equitativamente el interés hasta el tipo legal”.

En el caso de los intereses desmedidos se menciona, además de la ignorancia, inexperiencia y miseria, el apuro pecuniario (Art. 17)

Art. 2396. “Si se ha convenido un interés más alto que el legal, el deudor, después de seis meses, contados desde que se celebró el contrato, puede reem-

bolsar el capital, cualquiera que sea el plazo fijado para ello, dando aviso al acreedor con dos meses de anticipación y pagando los intereses vencidos”.

Por su parte, el artículo 231 del Código Penal de la Ciudad de México, en la fracción X asimila al fraude la “usura”, al decir: “Valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de una persona, obtenga de ésta ventajas usurarias por medio de contratos o convenios en los cuales se estipule rédito o lucros superiores a los vigentes en el sistema financiero bancario.”

F) Cláusula penal. Esta cláusula que se utiliza en los contratos para cuantificar los daños y perjuicios que se puedan causar en caso de incumplimiento de una de las partes, evita los peritajes para la comprobación de éstos. La cláusula penal no puede ser mayor a la cuantía del negocio. Esta cláusula no funciona en la compraventa de inmuebles en abonos cuando no se ha entregado la posesión física del inmueble, toda vez que el artículo 2311 del Código Civil dice que, en caso de rescisión, el comprador tendrá que dar una indemnización a título de rentas y otra por el deterioro que haya sufrido la cosa vendida, pero si no ha habido entrega no hay rentas que pagar ni deterioro que resarcir. A mayor abundamiento, el último párrafo del artículo 2311 dice que “Las convenciones que impongan al comprador obligaciones más onerosas que las expresadas, serán nulas.”

G) La “Simulación”. El artículo 2180 establece que: “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”. Esta falta de ética que va en contra de la verdad y de la justicia, se da cuando los otorgantes, para defraudar a los acreedores y no ser embargados o rematados en sus bienes, simulan un contrato de mutuo con garantía hipotecaria para dar preferencia sobre un inmueble a un tercero aparente, o bien, enajenan sus bienes con la misma finalidad, pero siempre siendo falsas operaciones. Otra forma de simulación para evadir impuestos, se da cuando en las compraventas se establecen precios distintos a los reales, o bien, cuando en las operaciones comparecen “testaferros” “hombres de paja” o “prestanombres”. Por lo que se refiere a los actos en contra de los acreedores, existe la acción pauliana (2163 C.C.) y en cuanto a las cuestiones fiscales existe el delito de evasión de impuestos.

Así las cosas, el contrato es un acto jurídico particularmente fértil para desplegar la ética de las partes y del abogado, como también puede ser un peligroso caldo de cultivo para cometer los abusos más inmorales de los que el *home economicus* sea capaz.

Al profesor de derecho corresponde transmitir el valor de la ética y su fundamental importancia en los contratos.

Al abogado le toca proteger a su cliente de los abusos contractuales sin inclinar injustamente la balanza hacia su lado.

El juez y el árbitro tienen por tarea reequilibrar los contratos echando mano de la teoría de la imprevisión y anulando cláusulas leoninas y abusivas.

Finalmente, para hablar del homenajeadado, el mediador debe sensibilizar a las partes para dejar a un lado sus armas y reconocer las injusticias de un contrato para transigir éticamente. Y, también hablando del homenajeadado, el notario debe siempre ser imparcial, impedir los abusos en los contratos e informar acuciosa y oportunamente a las partes, de los alcances de las cláusulas que desean pactar, ejerciendo la ética con toda plenitud.

LA DESAPARICIÓN DE LA VENTA JUDICIAL EN EL CÓDIGO CIVIL FEDERAL

Óscar Solís Arana



I. INTRODUCCIÓN

¿Por qué es importante el tema de la compraventa en nuestros días? Se podría pensar que ya todo está escrito en relación con este tema, sin embargo sigue siendo uno de los tópicos más trascendentes para la vida nacional en virtud de que las operaciones en específico de compraventa de bienes inmuebles que se celebran en nuestro país son uno de los elementos que se toman en cuenta para conocer el desarrollo y crecimiento que se va alcanzando por parte de los gobiernos en turno.

Según el último informe rendido por el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores del 2015, se otorgaron para ese año 261,129 créditos para vivienda nueva y 135,097 para vivienda usada. En 2014 se otorgaron 258,084 de vivienda nueva y 131,543 de vivienda usada. En 2013, se otorgaron 254,876 créditos para vivienda nueva y 128,647 de vivienda usada, lo que establece que en tan sólo tres años se alcanzaron 1,169,376 créditos para adquirir vivienda nueva o usada, generando necesariamente igual número de contratos de compraventa para soportar dichas operaciones.

Estos números reflejan el movimiento que se da con los inmuebles con tan sólo el indicador de dicha institución, faltando tomar en consideración los números que se registran en otras dependencias que conceden beneficios sociales, en la banca privada y en las sociedades financieras de objeto múltiple, que reflejaran otro tanto de operaciones de adquisición de inmuebles.

En términos del informe presentado por la Sociedad Hipotecaria Federal en el 2015, se estimó que 1,159,480 hogares demandarían algún tipo de crédito para vivienda, lo que justifica la necesidad de contar con una adecuada regulación para este tipo de operaciones con la finalidad de establecer

con claridad. ¿Qué pasa cuando los créditos no son pagados y se necesita tramitar los procedimientos para buscar la devolución de los mismos? ¿Y qué pasa cuando existen terceros con un interés sobre el inmueble al momento en que se llevan a cabo los procedimientos correspondientes?

En este trabajo se abordará, desde la definición del contrato de compraventa, cómo se perfecciona el consentimiento en la venta judicial, qué opinan los autores al respecto, qué pasa con la venta judicial, qué ha señalado la corte y cuáles son las consecuencias relacionadas.

II. DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA Y DE LA COMPRAVENTA JUDICIAL

Para poder entender claramente la figura jurídica que se analizará es importante hacer referencia a su definición y regulación en la norma sustantiva a través de lo que se señala en el código y mediante la opinión que han emitido los tratadistas al respecto. Nos podremos percatar que tanto en las disposiciones normativas como en las propias opiniones de los autores, no se deja claro cómo debe operar una venta judicial.

Así, el artículo 2248 del Código Civil Federal establece lo siguiente:

Artículo 2248. Habrá compra-venta 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.

En cuanto a las ventas judiciales se señala en los artículos 2323 al 2326 del citado código lo siguiente:

DE LAS VENTAS JUDICIALES

Artículo 2323. *Las ventas judiciales en almoneda, subasta o remate públicos, se regirán por las disposiciones de este Título, en cuanto a la substancia del contrato y a las obligaciones y derechos del comprador y del vendedor, con las modificaciones que se expresan en este Capítulo. En cuanto a los términos y condiciones en que hayan de verificarse, se regirán por lo que disponga el Código de Procedimientos Civiles.*

Artículo 2324. No pueden rematar por sí, ni por interpósita persona, el Juez, Secretario y demás empleados del juzgado; el ejecutado, sus procuradores, abogados y fiadores; los albaceas y tutores, si se trata de bienes pertenecientes a la sucesión o a los incapacitados, respectivamente; ni los peritos que hayan valuado los bienes objeto del remate.

Artículo 2325. Por regla general las ventas judiciales se harán en moneda efectiva y al contado, y cuando la cosa fuere inmueble pasará al comprador libre de todo gravamen, a menos de estipulación expresa en contrario, a cuyo efecto el juez mandará hacer la cancelación o cancelaciones respectivas, en los términos que disponga el Código de Procedimientos Civiles.

Artículo 2326. En las enajenaciones judiciales que hayan de verificarse para dividir una cosa común, se observará lo dispuesto para la partición entre herederos.

De lo señalado en el artículo 2323 parecería tan simple advertir dos momentos: (i) todo lo que tenga que ver con la sustancia del contrato, es decir, consentimiento, objeto, forma, licitud en el motivo fin del acto, ausencia de vicios en el consentimiento etc., deberá regirse por el título de la compraventa y (ii) todo lo que tenga que ver con el procedimiento de la venta judicial o venta forzada se deberá tramitar en los términos que se fijan en el código de procedimientos civiles; es decir, todo lo que tenga que ver con el certificado de libertad de gravámenes, el avalúo, los edictos para convocar postores, el procedimiento y calificación de las posturas y finalmente el fincamiento del remate y su aprobación.

Sin embargo, como se verá al paso de las apreciaciones de los autores, no se ponen de acuerdo del todo y se llega a un punto del cual no hay una determinación firme que es la formulación del consentimiento.

El maestro Bernardo Pérez Fernández del Castillo, en su libro “Contratos Civiles”, señala lo siguiente:

Venta forzosa.

Se da la venta forzosa, cuando un propietario se encuentra obligado a vender para dar cumplimiento a una obligación o a la ley. En el primer caso, para el cumplimiento de una obligación se embarga y se remata el bien, de acuerdo con las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles; lo mismo si está garantizada con una prenda o hipoteca. En estos casos la propiedad se transmite cuando el remate quedo fincado y la formalidad se cumple cuando el juez firma en rebeldía. Ahora bien, en la copropiedad, el copropietario tiene dos acciones, la común dividendum si la cosa puede dividirse y la venta forzosas si no admite división. También hay venta forzosa cuando el juez firma el contrato prometido en cumplimiento de una promesa de venta. El juez firma por imperio y cumplimiento de la ley y no en representación del vendedor. En estos casos no se obliga ni al saneamiento para el caso de evicción ni por los vicios ocultos.¹

¹ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Contratos Civiles*, México, Editorial Porrúa, 2014, p. 147

Como se puede apreciar de esta opinión, no queda claro cuando se emite el consentimiento en la venta judicial, ya que el autor establece que: "... la propiedad se transmite cuando el remate quedo fincado y la formalidad se cumple cuando el juez firma en rebeldía...", situación que no es tan exacta como se verá en este trabajo.

Los autores Fausto Rico Álvarez y Patricio Garza Bandala, en su libro "Contratos Civiles" en relación a las ventas judiciales, señalan lo siguiente:

VENTAS JUDICIALES

La primera afirmación que debemos hacer es que la Ley no determina lo que debemos entender por venta judicial, por lo que el significado de dicho concepto debe ser elaborado por la doctrina.

El Código Napoleón previó un capítulo denominado "De los remates en pública subasta" en el que reguló algunas disposiciones relativas a la división de los bienes comunes por medio de su venta en almoneda pública.

El Código Civil de 1884 introdujo la expresión "ventas judiciales" y aplicó el mismo régimen jurídico a las celebradas en almoneda, subasta y remate público.

Art. 2926. Las ventas judiciales en almoneda, subasta o remate públicos, se registrarán por . . .

El Código Civil vigente reglamenta dichas ventas de la misma manera que su antecesor:

Art. 2323. Las ventas judiciales en almoneda, subasta o remate públicos, se registrarán por las disposiciones de este Título, en cuanto a la substancia del contrato y a las obligaciones y derechos del comprador y del vendedor, con las modificaciones que se expresan en este Capítulo. En cuanto a los términos y condiciones en que haya de verificarse, se registrarán por lo que disponga el Código de Procedimientos Civiles.

En doctrina la mayoría de los autores aplican las disposiciones de la compraventa a los remates judiciales, fundamentándose en lo dispuesto por el artículo transcrito. El legislador intentó usar como sinónimos los vocablos "almoneda", "subasta" y "remate", cuando sólo los dos primeros lo son. Consideramos que las disposiciones que regulan el remate judicial debieron preverse en exclusiva dentro de los ordenamientos adjetivos.

En nuestra opinión, para elaborar un concepto de venta judicial es necesario distinguir cuatro figuras:

- Compraventa celebrada con autorización judicial. Es un contrato de compraventa en el que el órgano jurisdiccional interviene para el sólo efecto de aprobar su celebración, en razón del posible abuso que pudiere sufrir alguna de las partes."
- Compraventa celebrada en ejecución de un contrato de promesa de compraventa. Es un contrato de compraventa en el que el Juez se sustituye en

la voluntad del promitente que, después de haber sido requerido, se niega a celebrar el contrato definitivo. No se le aplica el régimen previsto en el capítulo “De ventas judiciales”, ya que la Ley la omite al referirse exclusivamente a “las ventas judiciales en almoneda, subasta o remate públicos”.

- Compraventa celebrada en almoneda o subasta pública. Es un contrato de compraventa en el que el precio se determina por medio de las pujas que varios postores realizan ante el órgano jurisdiccional. La compraventa en almoneda o subasta pública puede ser voluntaria o necesaria; en el primer caso —la compraventa voluntaria— el órgano jurisdiccional solo interviene a efecto de determinar el precio en que habrá de celebrarse el contrato, en el segundo supuesto —la compraventa necesaria— el Juez interviene tanto para sustituirse en la voluntad de quien no desea celebrar el contrato como para determinar el precio que será objeto del mismo.
- Remate Judicial. En un acto procesal orientado a realizar el valor de los bienes del deudor moroso a fin de satisfacer el importe de los daños y perjuicios sufridos por su acreedor. No consideramos que tenga la naturaleza jurídica de un contrato de compraventa.

Concluimos que sólo tiene lugar la venta judicial cuando el órgano jurisdiccional, en virtud del imperio que la Ley le concede, se sustituye en la voluntad de alguna de las partes en el contrato de compraventa.

La ley prohíbe que determinadas personas participen como licitadoras en la subasta o remate públicos, con el objeto de evitar un posible conflicto de intereses:

Art. 2324. No pueden rematar por sí, ni por interpósitas persona, el juez, secretario y demás empleados del juzgado; el ejecutado, sus procuradores, abogados y fiadores; los albaceas y tutores, si se trata de bienes pertenecientes a la sucesión o a los incapacitados, respectivamente, ni los peritos que hayan valuado los bienes objeto del remate.

En nuestra opinión el numeral transcrito debería formar parte del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y no del Código Civil, por lo que debería ser derogado.

En lo relativo a los términos y condiciones en los que habrá de celebrarse el contrato, la Ley determina lo siguiente:

Art. 2325. Por regla general las ventas judiciales se harán en moneda efectiva y al contado, y cuando la cosa fuere inmueble pasará al comprador libre de todo gravamen, a menos de estipulación expresa en contrario, a cuyo efecto el juez mandará hacer la cancelación o cancelaciones respectivas, en los términos que disponga el Código de Procedimientos Civiles.

El artículo transcrito establece que “por regla general las ventas judiciales se harán en moneda efectiva y al contado”. Consideramos que toda excepción a dicha regla debería preverse expresamente, a efecto de limitar la discrecionalidad con la que el Juez ha de conducirse en las diligencias de mérito. Sin embargo,

de la lectura de distintas disposiciones de la legislación adjetivas deducimos que el juzgador goza de relativa libertad para aceptar las condiciones que para el pago del precio le sean propuestas por los postores.

Respecto a la libertad de gravámenes con que los derechos reales sobre inmuebles pasa al “comprador”, opinamos que es una solución correcta únicamente para el caso del remate judicial, ya que las cantidades obtenidas de dicho acto se destinan precisamente a solventar la responsabilidad del deudor por el incumplimiento de sus deudas, por lo que los gravámenes que garantizaron su pago no tendrían ya razón de subsistir, siempre que las personas en cuyo favor se establecieron hayan sido llamadas debidamente a juicio. Tratándose de la almoneda o subasta pública, la regla general respecto a los gravámenes debería ser que subsistieran.

Por último, en lo relativo a la división de los bienes comunes, el Código Civil regula lo siguiente:

Art. 2326. En las enajenaciones judiciales que hayan de verificarse para dividir una cosa común, se observará lo dispuesto para la partición entre herederos.

El artículo transcrito es un resabio de lo que disponía el Código Napoleón y su contenido ya lo prevé la Teoría General de los Bienes, por lo que consideramos que debería derogarse.²

Como se puede advertir, los autores no precisan de forma clara en qué momento se perfecciona el consentimiento en la venta judicial. Sólo se advierten los tipos de operaciones que se ponen en consideración de un juez pero no señalan cuando se genera la transmisión de propiedad en virtud de una venta judicial.

Por su parte el Dr. Jorge Alfredo Domínguez Martínez en su libro “Derecho Civil Contratos”, en cuanto a la venta judicial, señala:

Venta Judicial

El Código Civil regula en sus artículos del 2323 al 2326 las denominadas ventas judiciales, cuya naturaleza indicada es comúnmente cuestionada, particularmente porque quienes le niegan el carácter de compraventa, no ven la comparecencia ni menos la voluntad del deudor demandado como vendedor. Así se expresan AGUILAR CARBAJAL y ZAMORA Y VALENCIA.

“El hecho de que el artículo 2323 del C.C. disponga que la venta en almoneda se rija por las disposiciones de ese Título —dice AGUILAR CARBAJAL— no quiere decir que sea contrato.”

Si bien es cierto que el precio puede fijarse por un tercero, requiere el acuerdo de voluntades al respecto y en el remate no lo hay; el Juez al firmar en

² RICO ÁLVAREZ Fausto y GARZA BANDALA Patricio, *De los Contratos Civiles*, México, Editorial Porrúa, 2015, p. 75

rebeldía del demandado no lo hace como representante de éste. Lo único que debía decirse que, salvo la reglamentación procesal, en las lagunas, se aplicarían las reglas del contrato de compraventa, por analogía.

La adjudicación de la propiedad por el adquirente, en remate, se efectúa, no cuando haya acuerdo de voluntades, ya que nunca la habría, *sino cuando judicialmente se aprueba el remate efectuado y para darla a la adquisición la forma legal correspondiente, se otorga la escritura pública; mientras no se otorgue, el acto sería anulable.*

De los anteriores principios se deduce que el postor que fincó el remate a su favor puede transmitir sus derechos, puesto que los adquiere desde la aprobación del remate.

Si se presentase el caso de evicción, en la propiedad adquirida mediante remate, el vendedor sólo tendría que devolver el precio, por ser de buena fe, nunca tendría que pagar daños y perjuicios, ni se le aplicarían las demás agravaciones previstas en el contrato de compraventa según el artículo 2141.

En cuanto a los vicios de la cosa, solo responde el ejecutado de los redhibitorios, artículo 2162.

Aun cuando la ley —según ZAMORA Y VALENCIA— califique como “venta judicial” la enajenación forzada en almoneda, subasta o remate públicos de bienes del deudor, como consecuencia de un procedimiento judicial y que tiene por finalidad obtener la liquidez de esos bienes para pagar a su acreedor el monto total o parcial de su crédito tal operación técnicamente no es una compraventa”

No debe confundirse el momento de la enajenación de los bienes, con el otorgamiento del documento que, cuando se refiere a bienes inmuebles, es necesario para la validez del acto.

El hecho de que la ley equipare la enajenación forzada en los términos apuntados con el contrato de compraventa, es sólo para los efectos de lograr una mejor calificación e interpretación de esa figura.

No es un contrato, porque no existe acuerdo de voluntades entre el propietario del bien y deudor del crédito que da origen al procedimiento judicial, y el mejor postor en la audiencia de remate, para transmitir la propiedad del bien a cambio de un precio cierto y en dinero, ya que por regla general el propietario no acude a esa audiencia y aunque lo hiciera y manifestara su conformidad con el procedimiento, su consentimiento es irrelevante para la enajenación del bien.

Por otra parte, ni una ni otra persona, ni aun el juez del conocimiento fijan el precio en que se remata la cosa; tampoco los peritos que por disposición legal deben valorar la cosa, ya que ellos sólo señalan un valor que servirá de base para calificar la legalidad de las posturas. En todo caso, el mejor postor será el que fije el precio al ofrecer una cantidad a cambio de la cosa, que debe de ser cuando menos la mínima que sea considerada como postural legal. En tal forma, si no hay acuerdo de voluntades entre el propietario y el adquirente en el remate,

ni respecto a la transmisión del bien ni respecto del precio, no puede hablarse de contrato y menos de contrato de compraventa.

La llamada venta judicial y técnicamente enajenación forzada de bienes como consecuencia de un procedimiento judicial, se rige respecto de la substancia del acto y de sus efectos, por las disposiciones de la compraventa civil, con las excepciones que se señalan en el capítulo correspondiente y respecto a los términos y condiciones en que deban de verificarse, por las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles (2323).

Por nuestra parte, tengamos simplemente en cuenta que se dan muchos casos en los cuales la autoridad judicial sustituye al vendedor y firma en su rebeldía. Tal es el caso de la venta a consecuencia de un procedimiento judicial por una promesa incumplida; ello nos hace recordar que hay muchos contratos que se celebran aun sin voluntad de contratar de los intervinientes y no por eso dejan de ser contrato. Precisamente el contrato prometido, el convenio de suplencia entre notarios, las capitulaciones matrimoniales, en su caso también las ventas judiciales, supuestos en los cuales en realidad, la voluntad ya es secundaria en la ejecución pues la celebración la ordena la ley o la autoridad judicial.

En esas condiciones, al tener lugar la sustitución de la autoridad judicial en la voluntad del demandado y darse así el consentimiento, y al haber objeto además sí estamos ante una compraventa.

Tengamos en cuenta por lo demás que a las ventas judiciales les es aplicable todo lo relativo a las ordinarias respecto de las obligaciones de las partes, con sólo las modificaciones del capítulo relativo (artículo 2323); quienes intervienen en el juicio como jueces, peritos, abogados, etcétera, no pueden comprar por sí ni por interpósita persona lo que se vende en el juicio (artículo 2324); las ventas son por lo general sin gravámenes, por lo que el juez debe mandar cancelar los que hubiera (artículo 2325) y si el comprador sufre evicción el demandado deberá restituir lo que aquél pagó (artículo 2141).³

Este autor, si bien reconoce la existencia contractual de la venta judicial, confunde los momentos procesales que pueden generar la transmisión de la propiedad en virtud de que “fincamiento del remate” y “aprobación del remate”, son dos etapas distintas que precisamente son las que han creado la confusión en el foro y hasta la fecha no existe una determinación clara de cuando se genera la transmisión de la propiedad.

El maestro Carlos Sepúlveda Sandoval en su libro “Contrato Civiles”, con relación a la venta judicial, señaló lo siguiente:

En el último apartado relativo a la regulación de la compraventa del Código Civil Federal —conformado éste por los artículos del 2323 al 2326—, se

³ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ Jorge Alfredo, *Derecho Civil, Contratos*, México, Editorial Porrúa, 2007.

encuentra la normatividad de un acto jurídico que en esencia resulta distinto al contrato de compraventa que se ha venido analizando, que lo es el denominado como la venta judicial.

Puede expresarse que la colocación de esos dispositivos dentro de la normatividad de la compraventa —a manera de justificación—, radica en la asimilación que se hace por el ordenamiento legal en cita, respecto de algunas implicaciones específicas de ese acto de autoridad en cuanto a las consecuencias o efectos de este contrato traslativo de dominio, en tanto que otras no es posible considerarlas de esa manera.

2323. Las ventas judiciales en almoneda, subasta o remate público, se regirán por las disposiciones de este Título, en cuanto a la substancia del contrato y a las obligaciones y derechos del comprador y del vendedor, con las modificaciones que se expresan en este Capítulo. En cuanto a los términos y condiciones en que se hayan de verificarse se regirán por lo que disponga el Código de Procedimientos Civiles.

En consecuencia, la naturaleza jurídica de la venta judicial, como acto que deriva de un procedimiento judicial, ha sido motivo de análisis por la doctrina, al procurarse su determinación como una modalidad de la compraventa, es decir, en considerarla como un contrato, o bien, como un acto jurídico en esencia distinto a éste.

De esa manera, encontramos que el tratadista Becerra Bautista —apoyándose en la opinión del jurista italiano Satta—, nos dice que no obstante que la transformación de un bien en dinero desde un punto de vista económico, tanto en la venta voluntaria como en la forzada a través del remate, se encamina hacia la misma finalidad; desde el enfoque jurídico el encuentro de las voluntades participantes en éstas es bastante distinto; pues en tanto que en la primera aparece como un consentimiento conformado por las voluntades de comprador y de vendedor, en la judicial o forzada se integra por la voluntad negocial del comprador y un acto de coacción, por lo que se duda que en ésta surja un contrato de dicho acuerdo.

El antes citado autor abunda sobre la temática, al expresar que las corrientes doctrinarias de que se trata, pueden quedar comprendidas de la siguiente forma: la teoría contractualista, que sostiene el criterio de que la voluntad del deudor-vendedor es representada en la venta forzosa por el órgano jurisdiccional que tiene, por ley, el poder de manifestar la voluntad con efecto decisivo en interés del vendedor —a lo que agrega la opinión del jurista Cernelutti, quien considera que el Estado expropia al deudor de su poder de disposición y en virtud del mismo, celebra un contrato normal de venta con el tercero adquirente—; la teoría publicista, que le asigna a la venta judicial el carácter de un contrato de derecho público, al sostener que la operación se concierta por la voluntad del órgano estatal y la del adquirente, al emanar del poder que tiene el primero de disponer sin la voluntad de deudor y, por último, la teoría ecléctica —sostenida por el antes citado autor italiano Satta—, a través de la que se

esgrime que la venta judicial es una institución autónoma, que se saca del proceso en que surge, dentro del ejercicio de la actividad jurisdiccional, con implicaciones distintas a la venta normal, no pudiendo confundirse con ésta, al tener verificativo mediante un procedimiento judicial.

De las anteriores teorías, la última es la más aplicable a nuestro derecho, como se puede advertir de la referencia siguiente del autor Rojina Villegas, quien le atribuye la naturaleza de un acto de autoridad: “Existe un acto jurídico por cuanto que hay manifestación de voluntad con la intención de que se produzcan efectos de derecho. Ese acto jurídico supone también la concurrencia de dos voluntades; pero a pesar de ser bilateral, no es un contrato. Hay una doble manifestación de voluntades, tanto por parte del juez que ordena la enajenación de los bienes, como por parte del adquirente. Tiene la forma de contrato y, en principio se considera que si el dueño de la cosa firma voluntariamente la escritura de enajenación existe dicho acto; pero si no lo hace, en rebeldía firma el juez. Aún en el caso de que el dueño de los bienes o ejecutado, esté conforme en otorgar la escritura pública o privada, no existe sino una apariencia de contrato en la redacción de ese documento. Propiamente este acto jurídico es consecuencia de otro anterior, en que el juez ha decretado el remate o venta judicial de la cosa. Posteriormente el dueño podrá dar su conformidad firmando el documento respectivo como título para el adquirente; pero substancialmente la enajenación se llevó a cabo por la subasta pública sin la conformidad del ejecutado”.

Ese criterio de considerar a la venta judicial como un acto de la autoridad jurisdiccional distinto en esencia a un contrato, es el que impera en nuestro sistema jurídico, como se corrobora a través de la lectura de los criterios siguiente del Máximo Tribunal:

VENTA JUDICIAL. Caso en el que su eficacia está condicionada a la decretoria de adjudicación. (Legislación del Estado de Nuevo León). Es cierto que para la validez y existencia de la compraventa es suficiente la convención entre las partes sobre la cosa y su precio, independientemente de que la primera no hay sido entregada ni el segundo satisfecho, conforme lo dispone el artículo 2143 del Código Civil de Nuevo León. Sin embargo, esa regla es inaplicable si se trata de una venta judicial en la que se reservó la adjudicación del bien subastado hasta en trato entregara el comprador la sume en que se fincó el remate, caso en que la adquisición quedó sujeta al cumplimiento de dicha condición.

Octava Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación. Tomo; I. Segunda Parte 2. Página: 764.

VENTA JUDICIAL. NATURALEZA DE LA. (LEGISLACIÓN DE GUANAJUATO). El artículo 2928 del Código Civil del Estado de Guanajuato establece “Por regla general, las ventas judiciales se harán en moneda efectiva y al contado y cuando la cosa fuere inmueble pasará al comprador, libre de gravamen, a menos de esti-

pulación expresa en contrario...” Ahora bien, si en la especie se adjudicó una finca en remate judicial, determinándose que ésta pasaba al adjudicatario, con el gravamen hipotecario que la misma reportaba, no puede después pretenderse que dicho gravamen haya quedado insubsistente, aduciéndose que las ventas judiciales son contratos que se rigen por lo dispuesto para las compraventas, y que no habiéndolo consentido el adjudicatario la hipoteca, ésta no puede subsistir. En efecto, no es de aceptarse tal tesis, porque en toda venta judicial sólo se realiza un acto de autoridad y no es un contrato, ya que falta el consentimiento del presunto vendedor, a quien forzosamente se le enajena un bien de su propiedad, y además, el precio tampoco es estipulado o convenido por las partes, sino fijado por los peritos. Faltando estos dos elementos esenciales en la compraventa, no puede decirse que las ventas judiciales constituyen contratos, y el artículo 2926 del Código Civil citado que les aplica el régimen jurídico de la compraventa, sólo debe entenderse en el sentido de que establece entre el ejecutado y el adquirente en remate o en adjudicación judicial, los mismos derechos y obligaciones que la ley determina entre vendedor y comprador, sin que por ello convierta a un acto que se ejecuta contra la voluntad del dueño de la cosa, en un contrato de compraventa.

Quinta Época. Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Tomo XVI, Página 1326

Por otra parte, en cuanto a las implicaciones que derivan de la venta judicial, estimamos conveniente destacar algunos aspectos que resultan por importantes: se establecen prohibiciones para adquirir directamente o por medio de interpósita persona el bien objeto del remate a todas aquellas personas, que por el desempeño de un determinado cargo, o bien, por la situación de privilegio en que se encuentran, llegaren a obtener una ganancia de lucro indebido, como lo son jueces, secretarios y demás empleados de juzgados, perito, etc.; la forma de cubrirse el precio por el adquirente, generalmente deberá tener verificativo al contado; cuando se trate de bienes inmuebles, salvo pacto en contrario, pasará libre de todo gravamen al comprador, y por último, para el caso de que se sufre evicción, el adquirente solo tendrá derecho a la restitución del precio que hubiere pagado; lo que se corrobora de la lectura de los dispositivos siguiente del Código Civil Federal:

2324. No pueden rematar por sí, ni por interpósita persona, el Juez, Secretario y demás empleados de juzgado; el ejecutado, sus procuradores, abogados y fiadores; los albaceas y tutores, si se trata de bienes pertenecientes a la sucesión o a los incapacitados, respectivamente; ni los peritos que hayan valuados los bienes objeto del remate.

2325. Por regla general las ventas judiciales se harán en moneda efectiva y al contado, y cuando la cosa fuere inmueble pasará al comprador libre de todo gravamen, a menos de estipulación expresa en contrario, a cuyo efecto el juez mandará hacer la cancelación o cancelaciones respectivas, en los términos que dispone el Código de Procedimientos Civiles.

23241. En las ventas hechas en remate judicial, el vendedor no está obligado por causa de la evicción que sufriere la cosa vendida, sino a restituir al precio que haya producido la venta.⁴

De igual manera que los autores anteriores, no determina claramente en qué momento se perfecciona la venta judicial para efectos de la transmisión de propiedad quedando en la oscuridad el punto de partida de la transmisión de los derechos y su consecuente oposición frente a terceros.

El profesor Miguel Ángel Zamora y Valencia en su libro “Contrato Civiles” señala, con relación a la compraventa judicial, lo siguiente:

El contrato de compraventa judicial. Aun cuando la ley califique como “venta judicial” la enajenación forzada en almoneda, subasta o remate públicos de bienes del deudor, como consecuencia de un procedimiento judicial y que tiene por finalidad obtener la liquidez de esos bienes para pagar a s acreedor el monto total o parcial de su crédito, tal operación técnicamente no es una compraventa.

No debe confundirse el momento de la enajenación de los bienes, con el otorgamiento del documento que, cuando se refiere a bienes, es necesario para la validez del acto.

El hecho de que la ley equipare a la enajenación forzada en los términos apuntados con el contrato de compraventa, es sólo para los efectos de lograr una mejor calificación e interpretación de esa figura.

No es un contrato, porque no existe acuerdo de voluntades entre el propietario del bien y deudor del crédito que da origen al procedimiento judicial, y el mejor postor en la audiencia de remate, para transmitir la propiedad del bien a cambio de un precio cierto y en dinero, ya que por regla general el propietario no acude a esa audiencia, y aunque lo hiciera y manifestara su conformidad con el procedimiento, su consentimiento es irrelevante para la enajenación del bien.

Por otra parte, ni una ni otra persona, ni aun el juez del conocimiento fijan el precio en que se remata la cosa; tampoco los peritos que por disposición legal deben valuar la cosa, ya que ellos sólo señalan un valor que servirá de base para calificar la legalidad de las posturas. En todo caso, el mejor postor será el que fije el precio al ofrecer una cantidad a cambio de la cosa, que debe ser cuando menos la mínima que sea considerada como postura legal. En tal forma, si no hay acuerdo de voluntades entre el propietario y el adquirente en el remate, ni respecto a la transmisión del bien ni respecto del precio, no puede hablarse de contrato y menos de contrato de compraventa.

La llamada venta judicial y técnicamente enajenación forzada de bienes como consecuencia de un procedimiento judicial, se rige respecto de la sustancia del

⁴ SEPÚLVEDA SANDOVAL Carlos, *Contratos Civiles*, México, Editorial Porrúa, 2006.

acto y de sus efectos, por las disposiciones de la compraventa civil, con las excepciones que se señalan en el capítulo correspondiente y respecto a los términos y condiciones en que deban de verificarse, por las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles (2323).

La transmisión del dominio del bien en estas operaciones, se verifica en el momento en que queda firme el auto o acuerdo por el cual el juez del conocimiento aprueba el remate en favor del mejor postor. La transmisión del dominio no se opera cuando el postor ofrece la mejor postura, es decir, cuando ha manifestado su voluntad de adquirir el bien en determinado valor, ni cuando se otorga el documento que pueda ser necesario para la validez de la translación.

Siendo la transmisión de propiedad de bienes muebles un acto consensual, si se rematan éstos, bastará como título para el adquirente, una copia certificada del acto de remate.

Si se trata de bienes inmuebles cuyo valor no exceda de la cantidad que resulte de multiplicar por trescientos sesenta y cinco el importe del salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, bastará también con la certificación del acta de remate, ya que no sería posible celebrar el acto en forma privada y ante testigos, pues emana de un procedimiento judicial.

Solo cuando el remate es respecto de bienes inmuebles, cuyo valor exceda la cantidad precisada en el párrafo anterior, debe constar el acto en escritura pública y en el caso de que compareciere el deudor a firmar la escritura, no está transmitiendo la propiedad del bien ni perfeccionando la operación por su voluntad, ya que la translación de dominio se operó cuando quedó firme el auto que aprobó el remate y sólo está consintiendo en darle al acto la forma prescrita por la ley; y si no comparece, la escritura la debe firmar el juez.

No pueden adquirir bienes por remate, bajo sanción de nulidad absoluta del acto (8) ni por sí, ni por interpósita persona, el secretario y demás empleados del juzgado; el ejecutado, sus procuradores, abogados o fiadores; los peritos que hayan valuado los bienes, ni los albaceas o tutores, si se trata de bienes pertenecientes a la sucesión o a los incapacitados, respectivamente (2324).

Las enajenaciones judiciales se harán, por regla general, en moneda efectiva y al contado, y cuando la cosa fuere inmueble, pasará al adquirente libre de todo gravamen, a menos de estipulación expresa en contrario, a cuyo efecto el juez mandará hacer la cancelación o cancelaciones respectivas (2325).

En estas operaciones, si el adquirente sufre evicción, el ejecutado sólo está obligado a restituir “el precio que haya producido la venta” (2141).

Por último, el ejecutado no tiene la obligación de responder por los vicios ocultos, ya que se supone que los peritos, al valuar los bienes dentro del procedimiento judicial, tomaron en cuenta esos vicios para determinar el valor que sirviera de base al remate (2162).⁵

⁵ ZAMORA Y VALENCIA Miguel Ángel, *Contratos Civiles*, México, Editorial Porrúa, 2007.

Si bien este autor se planta en decir que: "...La transmisión del dominio del bien en estas operaciones, se verifica en el momento en que queda firme el auto o acuerdo por el cual el juez del conocimiento aprueba el remate en favor del mejor postor", no advierte la existencia de dos momentos, uno cuando se realizan los ofrecimientos por parte de los postores en la audiencia de remate y el juez "finca el remate" y el otro cuando emite una sentencia llamada interlocutoria en la que se "aprueba" el remate, dejándonos con la duda de cuando se verificó la transmisión de la propiedad.

Como se podrá percatar el lector, existe una variedad de opiniones con relación a la venta judicial, en virtud de que las disposiciones que se encuentran establecidas en los artículos 2323 a 2326 del Código Civil Federal, no dejan clara cuál es la verdadera naturaleza de la compraventa.

El tema principal de este asunto es determinar en qué momento se perfecciona la compraventa judicial, ya que si seguimos la línea del artículo 2249, la compraventa se vuelve perfecta en el momento en que las partes se ponen de acuerdo en precio y cosa, es decir, en el momento en que se mite el consentimiento, lo que no se transparenta en la venta judicial por no ser clara la forma en que se perfecciona el consentimiento.

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.

Sobre el consentimiento algunos autores han hecho aportaciones para saber en qué momento se perfeccionan los contratos en los siguientes términos: El Dr. Jorge Alfredo Domínguez Martínez refiere lo siguiente:

CONSENTIMIENTO.

A) La pluralidad de sujetos en el contrato.

Los contratos, como negocios jurídicos, son plurisubjetivos, o más claramente calificados a propósito, son pluripersonales, es decir, en virtud del acuerdo habido en su estructura, requieren para ésta dos o más voluntades cuya proyección coincidente integra el consentimiento, elemento éste primero en el orden de estudio de los que son elementos esenciales y al que para su presentación y comentarios destinamos este apartado. Es preferible ciertamente, dicho sea de paso, referirse a negocios pluripersonales como una derivación de lo que con tino anota ZAMORA Y VALENCIA, pues es equívoco referirse a negocios plurilaterales para hacer alusión a los negocios que requieren dos o más voluntades en su composición; con ello se evitan confusiones con los contratos unilaterales, a los que nos referiremos más adelante y que sí corresponde a los contratos por los cuales sólo una de las partes se obliga, como la promesa

unilateral, la donación, y el depósito gratuito, entre otros. ZAMORA Y VALENIA alude al respecto de negocios monosubjetivos y plurisubjetivos.

Así pues, los contratos no se integran con una sola voluntad, su primer elemento esencial no es una simple manifestación de voluntad, su integración requiere dos o más voluntades coincidentes y cuya concurrencia es calificada como consentimiento. Cualquier consideración en torno a éste, es en el concepto de esa pluralidad de voluntades. Recordemos al efecto, aquella ilustrativa consideración de BAUDRY LACANTINERIE Y BARDE con la que ponen de manifiesto la voluntad única en los negocios unipersonales y el consentimiento en los pluripersonales. “Yo puedo querer solo —señalan los autores citados—, pero —advierten— no puedo consentir solo, porque el consentimiento —concluyen—es un concurso de voluntades.” En realidad se puede querer solo pero no se puede consentir solo, para que alguien consienta, se necesita, en un planteamiento lógico, el querer previo del otro.

B) Sentidos amplio y restringido.

Todas las ideas anteriores nos ofrecen dos aceptaciones del consentimiento como elemento esencial del contrato con aplicación en dos diversos supuestos de presentación. Podemos tener en cuenta por una parte al consentimiento en sentido amplio como acuerdo de voluntades y por la otra al consentimiento en sentido estricto como aceptación. El acuerdo no prejuzga sobre qué voluntad se somete a la otra, sino simplemente toma en cuenta la convención; la aceptación por su parte supone una propuesta sugerente.

Así, el consentimiento como acuerdo, es el señalado, por ejemplo, en los artículos 1794 (supuesto lo previsto en los dos inmediatos anteriores), 1795 fracción IV, 1796, 1803 del Código Civil, en los cuales precisamente la utilización del vocablo podría substituirse por el acuerdo de voluntades como fórmula, por ejemplo: “Los contratos se perfeccionan por el mero acuerdo de voluntades...” (artículo 1796), o bien: “El acuerdo de voluntades puede ser expreso o tácito...” (artículo 1803).

No podemos decir lo mismo respecto de lo contenido en el artículo 1812, cuyo texto enuncia las situaciones consideradas por la ley como vicios del consentimiento, con referencia expresa al error, a la violencia y al dolo, según el cual el consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo, supuesto este en el que consentimiento no sería adecuadamente considerado como el acuerdo de voluntades es decir. No procedería leer “el acuerdo de voluntades no es válido...”, pues si bien podría darse el caso de que las dos voluntades contratantes incurrieren en error, fueren violentadas o sorprendidas dolosamente, no es ésto lo previsible para los vicios, pues además de poco probable, quedarían sin ese tratamiento de nulidad los casos que la ley supone en la realidad o sean los relativos a la voluntad aceptante en la relación contractual; la ley se refiere en este caso ciertamente al consentimiento como aceptación, o sea, a que la aceptación no es válida si ha

sido dada por error, arrancada por violencia o sorprendida por dolo. Así pues, en la última disposición citada por consentimiento debe entenderse aceptación.

C) Plenitud volitiva

Precisamente relacionado ello con los vicios del consentimiento, dejemos dicho que las voluntades partícipes en la formación del consentimiento, requisito este a su vez para la estructura del contrato, deben estar configuradas con su correspondiente declaración o exteriorización, resultante de un proceso volitivo interno que sea su origen y su fundamento. Dicho en sentido opuesto, sea la voluntad que fuere, pues ellos es aplicable a cuanta voluntad participa en la configuración del consentimiento, deberá ser el resultado de un proceso mental interno, iniciado por concebir la posibilidad de contratar, reflexionarlo internamente con los factores razonables en un sentido y otro y decidir los términos y alcances de la contratación. Hasta este momento, aun la decisión, todo ha quedado en el fuero interno del sujeto titular de la voluntad correspondiente; de esa manera el proceso interno precede a una exteriorización de la voluntad congruente con aquél y así se manifieste y quede plasmada y sellada para integrar el consentimiento sano requerido para la integración del contrato.

Cualquier supuesto con el ensamble requerido de cada fuero interno con su respectiva declaración o exteriorización, si bien no perfecto, sí por lo menos lo suficientemente consistente, no dará al traste con las intenciones negociales de los intervinientes. En cambio, una voluntad interna sin exteriorización, es una voluntad estéril, sin trascendencia para el mundo de lo jurídico; todo quedará en intenciones; y por último una mera declaración sin verse precedida de un proceso interno congruente, puede devenir en una voluntad y por ende, en un consentimiento viciado, o inclusive hasta irreal, por ser tristemente hueco, sin solidez alguna, totalmente insubstancial al no tener más que la pura apariencia.

No es indispensable decíamos la perfección en el ensamble de cada voluntad; es suficiente su aproximación a ello, pues no debemos perder de vista, a lo cual nos referiremos más adelante, la posible participación de errores cometidos al contratar, pero intrascendentes en la vida de la figura contractual en la cual aparecen, como sucede precisamente con los errores llamados indiferentes; por el contra, con los errores vicio o nulidad o más agresivamente con los errores obstáculo y obstativo sí se lesiona la estructura del contrato en el que aparecen. Lo mismo podemos decir de algunos temores irrelevantes y otros verdaderos miedos alteradores de la libertad en la voluntad al contratar.

D) Consentimiento expreso y consentimiento tácito.

“El consentimiento —señala el artículo 1803 del Código— puede ser expreso o tácito.” “Es expreso —continúa en su texto— cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.

En el texto transcrito están enunciados, ciertamente, los dos tipos de consentimiento en función a cómo se manifiestan partícipes las voluntades, es

decir, expresamente por una parte y tácitamente por la otra, con explicación de cómo tienen lugar una y otra.

Las voluntades en el consentimiento expreso se manifiestan de viva voz, con palabras o verbalmente (como la ley lo señala), por escrito, o sea, con la firma o la huella digital en su caso, o por signos inequívocos, como pueden ser las señas, sean movimientos corporales, guiños, y en general cualquier expresión para ofrecer o aceptar, que si bien no sea por palabra o firmas, de cualquier manera expresa ofrecimiento o conformidad. El consentimiento tácito tiene lugar cuando al no haber manifestaciones expresas, hay ciertos hechos o actos de los cuales se desprenden esas conformidades. Se está en el caso efectivamente ante una presunción, pues de esos hechos o actos conocidos por ser apreciables y apreciados por los sentidos, se hace derivar algo desconocido que no puede ser objeto de prueba directa, como en el caso es el consentimiento. Como tales, podemos citar la compra hecha en los autoservicios al colocar la mercancía comprada en los carros usados por la clientela para ese efecto, la compra del periódico sin pronunciar palabra o bien, la compra de una golosina, la toma de fotografías o el uso de un telescopio con el mero depósito de monedas en una máquina que trabaja precisamente con la inserción de monedas o fichas.

No bajo cualquier supuesto puede tener lugar válidamente el consentimiento tácito; los contratos que conforme a la ley requieren ser por escrito, es decir, los contratos formales, a los que después nos referiremos, necesitan invariablemente de consentimiento expreso, pues la firma o la huella son las manifestaciones de éste. El consentimiento tácito sólo puede darse en los contratos consensuales, o sean, aquellos que no requieren de formalidad alguna para celebrarse.

Desafortunadamente no se toca el tema relacionado con la emisión del consentimiento por parte de un tercero como el caso sucede en la venta judicial, en la que, como se sostiene en este trabajo, será el juez el que la emita en el momento en que se resuelva fincar el remate en favor de determinada persona.

El maestro Miguel Ángel Zamora y Valencia establece:

El consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades en los términos de una norma para la producción de las consecuencias previstas en la misma.

Como la voluntad es un elemento indispensable del acto jurídico y los contratos son una especie del género actos jurídicos, necesariamente se requerirá de esa voluntad en el contrato, pero como éste siempre es un acto plurisubjetivo, la unión acorde de las voluntades de los contratantes en los términos de un supuesto jurídico, toma el nombre de consentimiento.

Ahora bien, esas voluntades deben estar acordes respecto de un objeto de interés jurídico y en relación con la materia contractual, ese objeto es la conducta proyectada como una prestación o como una abstención, ya sea para dar cierta cosa, prestar un servicios o realizar una abstención.

Por último, el consentimiento respecto de tal conducta, necesaria y forzosa-mente debe manifestarse o exteriorizarse de alguna manera para que tenga existencia social y por ende jurídica.

EL CONSENTIMIENTO ● COMO ELEMENTO DE EXISTENCIA.—La voluntad es la intención, ánimo o resolución de hacer una cosa y la voluntad desde el punto de vista jurídico es esa intención para realizar un acontecimiento referida a la obtención de efectos jurídicos prevista en la norma.

En los actos plurisbujetivos, la unión acorde de voluntades de los sujetos que intervienen, en los términos señalados en la norma o supuesto jurídico, se llama consentimiento.

Por lo anterior, en el contrato, el consentimiento es la unión o conjunción acorde de voluntades de los sujetos contratantes, en los términos de la norma, para crear o transmitir derechos y obligaciones.

Si en un determinado supuesto no existiera esa unión o conjunción acorde de voluntades en los términos de la norma, podría existir o un hecho jurídico o uno o varios actos monosubjetivos que originarán consecuencias de derechos, pero no existiría un contrato, ya que es un elemento para la existencia de éste el que se dé ese consentimiento con la aceptación señalada.

LOS CONTRATOS DE TRACTO SUCESIVO son aquellos en que las prestaciones de las partes o los de una de ellas, se ejecutan o cumplen dentro de un lapso determinado, porque no es posible real o jurídicamente cumplirlos en un solo acto, como en el arrendamiento y en el comodato.

El interés práctico de esta clasificación se manifiesta: Primero, en caso de resolución o nulidad del contrato deben las partes restituirse sus prestaciones en forma recíproca, lo que es perfectamente posible en los contratos de ejecución instantánea, pero no lo es en los de tracto sucesivo, porque existen prestaciones en ellos que quedan consumadas definitivamente y no es posible devolverlas, como el uso en un contrato de arrendamiento y por lo tanto la nulidad o la resolución del contrato sólo opera hacia el futuro en los de tracto sucesivo y en los instantáneos opera al pasado; y Segundo, para determinar si se estudian o no las causas de terminación o extinción del contrato, ya que los contratos de ejecución instantánea no tienen por qué estudiarse las causas de terminación del contrato por ejecutarse las prestaciones en un solo acto, pero sí tienen que estudiarse en los de tracto sucesivo, para determinar hasta qué momento deben continuar ejecutándose las prestaciones de las partes.

Hay contratos que generan obligaciones que pueden cumplirse en un solo acto, pero que necesariamente debe transcurrir cierto tiempo entre la fecha de su celebración y la del cumplimiento de la obligación. Tal sucede con los contratos de mandato, de prestación de servicios profesionales, de obra a precio alzado, entre otros. Estos contratos son instantáneos conforme al punto de vista señalado, pero por la circunstancia de que se necesita ese lapso a efecto de poder cumplir con la o las obligaciones que generan, es necesario equipararlos

a los de tracto sucesivo para el efecto de estudiar sus causas de terminación, ya que alguna circunstancia (ajena a la voluntad de las partes) o a una conducta de los interesados, puede hacer imposible el cumplimiento de la obligación, impedir ese cumplimiento o ser motivo de incumplimiento y, en cada caso en forma singular, dependerá de esa circunstancia o conducta la responsabilidad o no del deudor. En un contrato de mandato puede darse una revocación o renuncia del encargo y si éstas son extemporáneas harán responsable al autor de los daños y perjuicios originados a la otra parte (2596); pero la muerte del mandante o del mandatario antes del cumplimiento del encargo, no origina esa responsabilidad (2595). En el contrato de obra alzado, si el dueño se desiste de la obra, deberá pagar al empresario el valor de los materiales adquiridos, sus gastos y la ganancia que hubiera tenido de no mediar ese desistimiento. (2635)

De igual manera se deja de considerar a la emisión del consentimiento cuando se realiza en un procedimiento de venta judicial en la que el juez es el que sustituye en el vendedor la emisión del consentimiento y se concreta este cuando el juez “finca” el remate en favor de determinada persona.

Por su parte, Bernardo Pérez Fernández del Castillo refiere, en cuanto al consentimiento, lo siguiente:

CONSENTIMIENTO.

El consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades sobre la creación o transmisión de derechos y obligaciones. Este debe recaer sobre el objeto jurídico y el material del contrato.

La manifestación de voluntad debe exteriorizarse de manera tácita, verbal, escrita o por signos indubitables.

El consentimiento en los contratos se integra con dos elementos: la oferta y la aceptación. Sin embargo “La diferencia entre propuesta y aceptación se hace irrelevante cuando una de las partes no presenta a la otra para su aceptación una propuesta conclusa, sino que ambas partes formulan conjuntamente el texto del contrato y posteriormente ambas manifiestan su conformidad suscribiéndolo. En este caso cabe decir que cada parte se halla al propio tiempo en la posición de proponente y de aceptante”

No hay consentimiento y por lo tanto acuerdo de voluntades.

1. Cuando hay un error en la naturaleza del contrato. Por ejemplo uno de los contratantes considera que por donación está adquiriendo un auto y el otro piensa que se lo está vendiendo.

2. Cuando hay error sobre la identidad del objeto. Una persona concerta con otra la enajenación de un rancho; el comprador se refiere al ubicado en el Estado de Morelos y el vendedor al que se encuentra en Guanajuato.

3. En los contratos *intuitu personae*, no hay consentimiento si hay error en la identidad de la persona, toda vez que se celebran tomando en cuenta la calidad de la persona. Por ejemplo cuando se dona una cosa a una persona y equivocadamente la recibe otra.

4. En algunas ocasiones se confunde el consentimiento con los tratos o acuerdos preliminares, en los que se ha conversado sobre el posible contenido del contrato. Los tratos no se consideran consentimiento pero cuando por dolo o mala fe de una de las partes hay divergencia entre los tratos y el contrato, se incurre en la culpa *in contraendo* que puede ser causa de nulidad del contrato.

¿Cómo se perfecciona el consentimiento entre presentes y entre ausentes?

Entre presentes, al instante, o sea en el mismo momento en que las partes expresan su voluntad.

Entre ausentes. Si es por teléfono o a través de cualquier otro medio electrónico, óptico o de cualquier otra tecnología que permita la expresión de la oferta y la aceptación de ésta en forma inmediata, se considera como si estuvieran presentes (1805); si es por telégrafo.

Como se podrá percatar el lector, los autores coinciden en que el consentimiento se perfecciona por el acuerdo de las partes y tratándose de la compraventa éste contrato se perfecciona cuando las partes se ponen de acuerdo en precio y cosa lo que ratifica que la voluntad de las partes es la que determina el perfeccionamiento de la compraventa y de los demás contrato.

El perfeccionamiento del contratos de compraventa trae como principal consecuencia el que los bienes salgan del patrimonio de una persona y pasen al de la otra por meros efectos del contrato y de acuerdo a lo antes referido queda muy claro que esa transmisión se verifica en el momento en que las partes se ponen de acuerdo en precio y cosa sin necesidad de que exista obligación de ningún tipo de tradición como refiere la ley.

Época: Quinta Época, Registro: 342449, Instancia: Tercera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo CX, Materia(s): Civil, Tesis: Página: 236

COMPRAVENTA, PERFECCIONAMIENTO DE LA (REIVINDICACION. LEGISLACION DE CHIHUAHUA). La transmisión de la propiedad en favor del comprador, se efectúa por el simple perfeccionamiento del contrato, aunque la cosa no le hubiera sido entregada, de acuerdo con el artículo 2067 del Código Civil. En tales condiciones, el comprador está en aptitud de hacer valer la acción reivindicatoria, en los términos del artículo 4o. del Código de Procedimientos Civiles, por surtirse las condiciones de acreditar aquél su propiedad y de no estar el mismo en posesión del bien respectivo.

Amparo civil directo 4921/51. Bañuelos María del Patrocinio. 8 de octubre de 1951. Unanimidad de cuatro votos. El Ministro Carlos I. Meléndez no intervino en el asunto por las razones que constan en el acta. Ponente: Vicente Santos Guajardo.

Época: Quinta Época, Registro: 358987, Instancia: Tercera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo XLVII, Materia(s): Civil, Tesis: Página: 3868

COMPRAVENTA, EXISTENCIA DE LA. Los artículos relativos del Código Civil de 1884, disponen que la venta es un contrato por el cual uno de los contratantes se obliga a transferir un derecho o a entregar una cosa, y el otro a pagar un precio cierto y en dinero; que la venta es perfecta y obligatoria para las partes, por el solo convenio de las mismas en la cosa y en el precio, aunque la primera no haya sido entregada, ni el segundo satisfecho; que desde el momento que la venta es perfecta, conforme a los artículos 1276, 1436 y 2818, pertenece la cosa al comprador y el precio al vendedor, teniendo cada uno de ellos derecho de exigir del otro, el cumplimiento del contrato; y que en las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes, por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición, ya sea natural, ya simbólica, salvo convenio contrario; por lo que si los contratantes se obligaron, uno a transferir la propiedad de un inmueble cierto y determinado, y el otro a pagar un precio cierto y en dinero, y aún más, pactaron la forma de pago, estableciendo plazos desde la fecha del contrato, y es convino en que desde la firma del mismo, el comprador podría entrar en posesión del predio vendido y hacer construcciones en él, no cabe duda que están llenadas todas las condiciones intrínsecas de un verdadero contrato de compraventa, ya que una llamada condición suspensiva concertada y hecha consistir en que la transmisión del dominio del terreno vendido, no pasará al comprador sino cuando haya pagado en una partida o en cierto número de mensualidades determinadas, parte del precio, es contraria a la naturaleza del contrato de compraventa, en el sistema del citado Código Civil, según las disposiciones invocadas, pues siendo la esencia del contrato, que se transmita la propiedad desde que hay convenio en cosa y precio, una cláusula contractual que suprime o aplaza ese efecto, debe considerarse sin valor alguno; porque la sanción por falta de cumplimiento de dicha condición, que hace no llevar adelante la compraventa, quedando obligados ambos contratantes a devolver o indemnizar lo que hubiesen recibido, está indicando que, en realidad, no se trata de una condición suspensiva, sino más bien de una condición resolutoria, y que los contratantes entendieron celebrar el citado contrato, desde que convinieron en cosa y precio, ya que sólo se rescinde un contrato cuando está perfeccionado; por otra parte, la circunstancia de que el contrato sólo conste en una minuta o borrador, únicamente da derecho a los interesados, para exigir que se otorgue y firme la escritura respectiva, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 90. del Código de Procedimientos Civiles de 1884.

Recurso de súplica 155/32. De la Lama y Basurto, S.A. 7 de marzo de 1936. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Luis Bazdresch. La publicación no menciona el nombre del ponente.

De nueva cuenta, como los anteriores autores, deja de considerar la oportunidad de que un tercero pueda emitir el consentimiento para que se pueda perfeccionar la compraventa judicial y por lo mismo no nos aporta

elementos que puedan llegar a entender a partir de qué momento se transmite la propiedad del bien objeto de la enajenación judicial.

III. DENOMINACIÓN DE LA COMPRAVENTA JUDICIAL

La corte ha contribuido en que los elementos de la venta judicial no queden muy bien determinados si desde los propios criterios que ésta emite, se olvidan de lo que se establece en el art. 2323 del Código Civil Federal y deciden eliminar a la venta judicial llamándola ejecución forzada emitiendo algunos criterios a través de los cuales se puede identificar algunos elementos.

REMATE O VENTA JUDICIAL. EL JUZGADOR DEBE ATENDER AL PRINCIPIO DE MAYOR BENEFICIO PARA TODAS LAS PARTES INVOLUCRADAS. Las ventas judiciales son procedimientos de «ejecución forzada», que tienen lugar cuando el obligado no satisface voluntariamente su obligación, después de haber sido condenado a su cumplimiento en una sentencia que ha causado ejecutoria. En otras palabras, son procedimientos dirigidos a asegurar la eficacia de las sentencias de condena, a hacer efectivo el cumplimiento de la obligación. Por regla general, las sentencias condenatorias ordenan el pago de una cantidad de dinero a la parte que obtuvo sentencia favorable, y para hacer efectivo dicho pago se ordena el embargo de bienes del deudor. Ahora bien, uno de los principios del remate judicial, es el de «mayor beneficio para todas las partes involucradas», lo que se traduce, entre otras acciones, en que el juzgador que lleva a cabo la venta judicial debe intentar que el precio en el que se finque el remate sea lo más elevado posible, en el menor tiempo posible, ya que de lo contrario, si el remate se prolonga más de lo necesario, el valor del bien inmueble es susceptible de reducirse en cada almoneda, lo cual no causa beneficio a ninguna de las partes en el procedimiento de ejecución.

Época: Décima Época, Registro: 2011437, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 29, Abril de 2016, Tomo II
Materia(s): Civil ,Tesis: 1a. CII/2016 (10a.) , Página: 1140

Contradicción de tesis 331/2014. Entre las sustentadas por el Tribunal Colegiado en Materias Civil y Administrativa del Décimo Cuarto Circuito y el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito. 8 de julio de 2015. La votación se dividió en dos partes: mayoría de cuatro votos por la competencia. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Unanimitad de cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, en cuanto al fondo. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Rosa María Rojas Vértiz Contreras.

Nota: Esta tesis no constituye jurisprudencia toda vez que no contiene el tema de fondo que se resolvió en la contradicción de la cual deriva.

Esta tesis se publicó el viernes 15 de abril de 2016 a las 10:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Asimismo, en el siguiente criterio han señalado desde un punto de vista equivocado según este trabajo sobre el perfeccionamiento el perfeccionamiento del contrato de compraventa, en los siguientes términos:

VENTA JUDICIAL. LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD DE LOS BIENES OCURRE CUANDO SE DICTA LA RESOLUCIÓN QUE FINCA EL REMATE, CONSIDERANDO QUE LA MISMA QUEDE FIRME. Para algunos tratadistas la venta judicial constituye una modalidad; para otros, es una figura jurídica distinta que ni siquiera debe clasificarse dentro del régimen de los contratos. Rafael Rojina Villegas afirma que es un acto jurídico de autoridad que se presenta con características propias del mismo que se realiza sin la conformidad del dueño de la cosa; por lo tanto, no existe el consentimiento que es el elemento esencial de todo contrato; en consecuencia, no podemos hablar de un acto de esa naturaleza no obstante que el Código Civil considere que, por lo que se refiere a las obligaciones de comprador y vendedor, se aplicarán las reglas de la venta ordinaria, pues ello quiere decir simplemente que se imponen al dueño de la cosa todas las obligaciones de un vendedor ordinario. Pero, tratándose del remate, la enajenación se realiza por un acto jurídico de autoridad donde concurre la decisión del Juez con la voluntad del adquirente para la enajenación de los bienes. Por ello se considera que si el dueño de la cosa firma voluntariamente la escritura que ordena el Juez existe el contrato; pero, si no lo hace, en su rebeldía la firmará el Juez. Aunque en el caso el dueño de los bienes o ejecutado no esté conforme en otorgar la escritura pública. Así no existe sino una apariencia de contrato, porque propiamente el acto jurídico de la firma es consecuencia del remate o venta judicial de la cosa; si el dueño da su conformidad firmando, no significa que en ese momento se traslade la propiedad, ya que así, sustancialmente la enajenación se llevó a cabo en la subasta pública con o sin la conformidad del ejecutado. Tales conclusiones se fundan en la interpretación del artículo 2323 del Código Civil donde no se exige el otorgamiento de la escritura pública como requisito para la transmisión del dominio del bien que, en todo caso, deberá firmar el ejecutado o el Juez en su rebeldía, de modo que se debe acudir a las reglas generales para establecer el momento en que se transfiere la propiedad. Entonces, si la venta judicial es perfecta desde que el Juez aprueba la subasta, la transmisión del dominio del bien se da en ese momento, considerando que dicha resolución quede firme, sin importar que la escritura se otorgue posteriormente, porque esto último es una formalidad prescrita por la ley.

Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 239/2010. Luis Fernando Flores Ramírez. 26 de agosto de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Julio César Vázquez-Mellado García. Secretario: Benjamín Garcilazo Ruiz.

Época: Novena Época, Registro: 163523, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXII, Octubre de 2010, Materia(s): Civil, Tesis: I.7o.C.149 C, Página: 3224.

Criterio que no satisface las inquietudes que se han señalado en este trabajo, ya que en la parte final del criterio, únicamente se concreta el tribunal que emite la resolución a decir que la venta se perfecciona cuando se emite cuando el juez aprueba la subasta, olvidándose del tema del fincamiento del remate el cual forma parte del procedimiento y lo pasa por alto el tribunal, concentrándose en decir que no es hasta que se emite la escritura sino cuando se aprueba el remate confirmando el criterio del artículo 2249 del Código Civil Federal, pero dejándonos sin una certeza en cuanto al momento en que operó la transmisión de propiedad.

IV. ELEMENTOS DEL PROCEDIMIENTO QUE FUERON OLVIDADOS POR LOS AUTORES Y POR EL TRIBUNAL QUE EMITIÓ EL CRITERIO MENCIONADO

IV.I. PRECISIÓN TERMINOLÓGICA

IV.I.I. *Remate*

En sentido amplio, abarca todo el procedimiento que tiende a la venta judicial de los bienes embargados hasta llegar a la adjudicación de los mismos y la consecuente aplicación del producto de la venta y, en sentido estricto, comprende la venta propiamente dicho a una persona determinada por haber sido considerada mejor su postura.

Para algunos de los autores señalados, el remate es un acto jurisdiccional en el cual el juez se sustituye procesal y civilmente al deudor ejecutado, y hace lo que éste debiera hacer voluntariamente: vender el bien para pagar a sus acreedores. Para otros, el remate implica la declaración formulada por el juez en vía de apremio respecto de una de las posturas hechas en la correspondiente subasta en el caso de que hubieses sido varias—, o la de ser aceptable la que se hubiere hecho con el carácter de única.

El remate judicial es un procedimiento de venta forzosa en pública almoneda o subasta, que tiene tres momentos; (i) El avalúo, (ii) La subasta o remate y; (iii) La entrega del precio, el otorgamiento de la escritura y pago al acreedor ejecutante.

Conforme a lo anterior, el remate es el conjunto de actos jurídicos realizados por la autoridad judicial que llevó a cabo la ejecución, por medio de los cuales procede a vender forzada, públicamente y, por regla general, en el local del juzgado de los bienes embargados, al mejor postor, en ejercicio del poder de coacción, pudiera decirse, delegado por el Estado, con la finalidad de satisfacer con su precio una obligación de condena impuesta u homologada.

Algunos autores de los que referimos al inicio de este trabajo sostienen que el remate es la institución jurídica en cuya virtud la autoridad estatal transmite el dominio de un bien mueble o inmueble embargada, a una persona física o moral que ha reunido los requisitos legales para adquirirla dentro de la vía de apremio.

Conforme a tal definición, sus elementos son:

A) Es una institución jurídica dado que hay un conjunto de “relaciones jurídicas” unificada con vista a una finalidad común consistente en la ejecución de una sentencia. Esas relaciones incluyen: (i) El avalúo, (ii) El certificado de libertad de gravámenes, (iii) La postura legal, (iv) La publicación de la convocatoria al remate, (v) La adjudicación, (vi) El fincamiento del remate, (vii) La aprobación del remate, (viii) El otorgamiento de la escritura pública y (ix) La entrega de la posesión.

B) La consecuencia jurídica más relevante del remate es la transmisión de dominio. El bien se traslada del patrimonio del deudor al patrimonio de la persona que ha manifestado su voluntad de adquirirlo en la llamada venta judicial sin decir ¿cuándo?

C) El bien enajenado puede ser un bien mueble o inmueble. Tal precisión es importante, por las reglas específicas para el remate de bienes inmuebles son distintas en comparación con las habidas para los bienes muebles.

D) El bien que se enajena ha sido embargado, es decir, se rematan bienes embargados. No se concibe la venta judicial en remate de un bien que previamente no haya sido embargado, se trata de un requisito sine qua non para el remate.

E) El consentimiento se integra por la proyección concurrente y coincidente de dos voluntades; una la de una persona física o moral, que se ha manifestado en el sentido de adquirir el bien y; otra, la de la autoridad estatal —que incluyendo tanto la judicial en procedimientos civiles como la administrativa en procedimientos administrativos y fiscales— que actúa con todo el imperio que corresponde al poder público sustituyendo la voluntad del propietario del bien embargado.

F) Se dice que no basta la manifestación de voluntad del adquirente en remate sino que es necesario que se satisfagan todos y cada uno de los requisitos que el legislador ha establecido para la venta judicial y que debe revisar que se hayan cumplido por de la autoridad que está ejecutando.

G) El remate forma parte de la vía de apremio, es decir, del proceso de ejecución forzada cuando el deudor ha dejado de cumplir con las obligaciones a su cargo derivadas de una sentencia judicial, de una interlocutoria, de

un auto firme, de un convenio judicial, de una transacción o de un laudo arbitral.

Considerando lo anterior cabe concluir que el remate abarca un conjunto de actos o procedimientos a cargo de la autoridad estatal-judicial o administrativa—, en vía de apremio, que tiene como propósito hacer líquidos los bienes previamente embargados, mediante su enajenación forzosa, pública y a título oneroso, dado el incumplimiento de ciertas obligaciones del propietario de ellos, para aplicar el producto de la enajenación al pago de sus deudas a que ha sido condenado.

IV.I.II. *Subasta y almoneda*

La subasta se refiere a la venta pública que se hace al mejor postor. Que sea pública conlleva la oportunidad para que concurren a la enajenación de un bien todas las personas que quieran adquirirlo, siempre que satisfagan los requisitos que en cada caso se establezca, bajo la base de que transmitirá el dominio al mejor postal, es decir, a quien ofrezca el precio más alto.

La almoneda, por su parte, alude a la venta en pública subasta. En consecuencia, podemos considerar que gramaticalmente hay una equivalencia de significación entre subasta y almoneda, así como una relación sumamente estrecha de estos términos con el remate, ya que se le requiere la venta a través de subasta o almoneda.

Precisamente este es el sentido que le dan a dichos conceptos los artículos:

564: “Toda venta que conforme a la ley deba hacerse en subasta o almoneda, se sujetará a las disposiciones contenidas en el título...” y

565: “Todo remate de bienes raíces será público...”, ambos del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México.

Si, como concluimos en el punto anterior, la enajenación es, forzosa, pública y a título oneroso; lo público conlleva en que sea en subasta o almoneda.

IV.I.III. *Venta pública de bienes*

La venta pública de bienes a través del remate tiene lugar cuando: primero, se han embargado bienes ya sea como resultado de una sentencia condenatoria dentro de un juicio ordinario, o bien por ejercer la acción correspondiente en un juicio ejecutivo y; segundo, se ha dictado sentencia dentro del juicio especial hipotecario.

El supuesto, objeto de nuestro análisis, obedece al principio de que sólo pueden ser rematados los bienes previamente embargados.

Para proceder al remate de los bienes embargados, si estos son bienes inmuebles, el Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México ordena satisfacer los siguientes requisitos.

A) Exhibir el certificado de libertad de gravámenes. El artículo 566 del código en cita establece, como regla general, que:

Art. 566. "...la parte interesada deberá exhibir el certificado de gravámenes de los últimos diez años..."; a menos que "... en autos obre ya un certificado que se refiere a la parte de dicho lapso..." supuesto en el cual "... solo se exhibirá el relativo al periodo transcurrido desde la fecha de aquél hasta la (sic) en que se solicite".

El certificado de libertad de gravámenes contendrá, entre otros datos, los gravámenes, limitaciones de dominio y derechos reales vigentes sobre la finca.

La razón de tal requerimiento estriba, fundamentalmente, en que los acreedores que no fueron parte del juico, pero cuyos derechos aparecen inscritos en el Registro, sean llamados al remate de modo que tengan la oportunidad de deducir sus derechos sobre los bienes embargados y; además, puedan ejercitar los derechos contenidos en el artículo 568 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México.

B) Avalúo. Este requisito se establece para fijar la postura legal y para así poder convocar a la subasta o almoneda.

C) Convocatoria de postores. Una vez practicado el avalúo el promotor de la vía de apremio deberá solicitarle al juez que señale día y hora para que tenga verificativo la pública subasta. Fijada la fecha y hora se debe hacer la convocatoria a pública subasta a fin de llamar a las personas que pudiesen estar interesadas en adquirir los bienes embargados. Estas personas reciben el nombre de postores.

En cuanto al contenido de la convocatoria el Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México es totalmente omiso; por tanto, la doctrina y la jurisprudencia han tenido que llenar esa laguna. La convocatoria debe contener: (i) Descripción, ubicación y características generales del bien objeto del remate (ii) El precio fijado en el avalúo, (iii) El monto de la postura legal; (iv) El número del juzgado en que se llevará a cabo el remate; (v) El número de expediente en el que se tramita el procedimiento de ejecución; (vi) La naturaleza del proceso; (vii) El nombre de los litigantes y; (viii) El día y la hora señalados por el juez para que tenga verificativo la almoneda.

D) Postura legal. Es postura legal el ofrecimiento escrito de un precio y de unas condiciones de pago hechas por una persona interesada en adquirir los bienes que se intentan rematar.

E) Audiencia de remate. El día y hora señalados en la convocatoria se reunirán, por regla general, en el local del juzgado el ejecutado, el ejecutante y los postores para proceder al remate de los bienes.

Para dar principio a la audiencia el juez, observando lo previsto por el artículo 579 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México, deberá: (i) Personalmente, pasar lista de los postores presentados; (ii) Conceder media hora para admitir nuevos postores; (iii) Transcurrido ese tiempo, declarar que procederá al remate y que ya no admitirá nuevos postores y; (iv) Revisar las propuestas presentadas desechando las que no tengan la postura legal, así como aquellas que no estuviesen respaldadas con el billete de depósito respectivo.

El desarrollo de la audiencia de remate, en primera almoneda —de acuerdo con el artículo 580 y 582 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México. El desarrollo de la segunda y tercera almoneda se rige por los mismos lineamientos, con excepción de los valores que sirven para fijar la postural legal.

F) Aprobación del remate. En el Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México no hay una referencia explícita a la aprobación del remate. En todo caso, se infiere de texto de algunos artículos, tales como;

Art. 571: “Antes de aprobarse el remate, podrá el deudor liberar sus bienes... Después de aprobado quedará la venta irrevocable”,

Art. 580: “...declara el tribunal fincado el remate a favor del postor que hubiere hecho aquélla y lo aprobará en su caso. La resolución que apruebe o desapruebe el remate será apelable...”;

Art. 581: “Al declarar aprobado el remate...” y,

Art. 588: “Aprobado el remate...”.

En este sentido, es de suma importancia no confundir dos términos procesales muy similares entre sí: fincamiento del remate y aprobación del remate; dado que guardan notables diferencias, principalmente en lo que se refiere a las consecuencias jurídicas que generan.

El fincamiento del remate a favor de la persona que hizo el mejor ofrecimiento produce dos efectos: (i) por una parte, pone fin a la audiencia de remate, o sea, impide que se formulen nuevas pujas tanto de los demás postores como del ejecutante y; (ii) por otra, consideramos que se transmite la propiedad porque se ha emitido el consentimiento en el precio por parte de alguno de los postores, por lo que deberá ser a partir de esta fecha en que se produzca la transmisión de la propiedad sujeta, consideramos, a una

condición resolutoria, esto es, que no se emita una resolución que desapruebe el remate porque no se cumplieron algunos de los requisitos que se han señalado.

El pronunciamiento que haga el juez sobre la aprobación del remate: “auto de aprobación del remate”, debe producir el efecto únicamente de confirmar que se ha transmitido el dominio de los bienes rematados a favor de quien se fincó el remate y por lo tanto, cualquier derecho que se pretenda oponer en contra del bien objeto del remate, necesariamente tendrá que ser anterior a la fecha del fincamiento del remate.

Confusión nos crea lo que refiere el artículo 571 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México:

Art. 571 “... Después de aprobado quedará la venta irrevocable”, debiendo añadir desde la fecha del fincamiento para no dejar lugar a dudas, ya que, ¿qué pasa si el dictado de la sentencia tarda meses o años?, ¿quedará en el limbo la titularidad de la propiedad?, por eso es que se propone en este trabajo que se haga una modificación a la ley procesal para que se establezca que la propiedad se transmite en el momento del fincamiento sujeto a que no se resuelva de manera contraria en la aprobación del remate.

Pensar lo contrario anularía la referencia que ordena el artículo 2323 al diverso artículo 2249 del Código Civil de esta ciudad que sostiene que la compraventa es perfecta desde que hay acuerdo entre precio y cosa aunque la primera no haya sido entregada ni el segundo satisfecho.

No estamos de acuerdo en pensar que los efectos traslativos de dominio se dan con la aprobación del remate ya que como se ha citado, la enajenación debe considerarse como perfecta desde el momento del fincamiento.

Es importante considerar adicionalmente que, la condición resolutoria que se propone quede sujeto el remate, es precisamente que debemos esperar a que la sentencia quede firme: es decir, que el resolución no haya sido apelado, o bien promovida la apelación aquella hubiese sido confirmado, pues en el segundo párrafo del artículo 580 dice que

Art. 580. “...La resolución que apruebe o desapruebe el remate será apelable...”. y si se considera que ya hay compraventa sujeta a condición, es más fácil determinar el nacimiento de actos jurídicos derivados de la operación.

Otro elemento importante en la venta judicial es la Consignación del precio y pago al ejecutante.

Para que la enajenación sea perfecta radica en que la persona a favor de que se fincó el remate consigne el remanente del precio ante el juez en el plazo que él señale en el auto de aprobación del remate.

De no hacerlo, la enajenación dejará de tener efecto como lo ordena el segundo párrafo del artículo 588 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México:

Art. 588. "...Si el comprador no consignare el precio en el plazo que el juez señale, o por su culpa dejare de tener efecto la venta, se procederá a nueva subasta como si no se hubiera celebrado, perdiendo el postor el depósito a que se refiere el artículo 574, que se aplicará por vía de indemnización, por partes iguales, al ejecutante y al ejecutado.

Luego, pensar en una condición resolutoria, implicaría que de no cumplirse ese o cualquier otro requisito, no quedaría aprobado el remate, pero los efectos de la transmisión ya quedaron debidamente determinados.

Uno de las últimas etapas es el "Otorgamiento y firma de escritura".

El artículo 581 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México señala que dentro de los tres días siguientes a que se apruebe el remate el juez ordenará que se otorgue la escritura de adjudicación a favor del "comprador" y que se le entreguen los bienes rematados.

No obstante el otorgamiento y firma de escritura no podrá hacerse sino hasta que se consigne el precio, en términos del artículo 589 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México y además, el auto de aprobación que firme.

Así las cosas, vale insistir en que la transmisión de dominio tiene lugar con el fincamiento y ratificada la condición con el auto de aprobación del remate y que la escritura sólo le da forma legal a la adquisición.

Finalmente entramos al tema de la "entrega de la posesión de los bienes".

El artículo 590 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México dispone que una vez otorgada la escritura se le entregarán al "comprador" los títulos de propiedad y se le dará la posesión de los bienes, para lo cual el juez podrá dar las órdenes que sea necesarias.

La Corte se ha pronunciado al respecto y ha señalado lo siguiente:

ADJUDICACIÓN DE BIENES INMUEBLES EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA. PARA QUE PUEDAN ENTREGARSE AL ADJUDICATARIO ES NECESARIA SU PREVIA ESCRITURACIÓN. El artículo 525 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal prevé la entrega inmediata de la posesión de un inmueble en dos supuestos específicos: 1) a la persona que corresponda derivado de una sentencia o determinación en la que así se ordena; y, 2) a la persona a cuyo favor se fincó el remate aprobado. En este último supuesto, para que pueda materializarse dicha entrega es menester que, acorde al análisis sistemático de los artículos 581, 589 y 590 del ordenamiento legal citado, una vez aprobado el remate y consignado el precio de la venta, y ante la contumacia de la parte vencida, el Juez firme la escri-

tura respectiva, con el objeto de formalizar la adjudicación y entregar tanto el título de propiedad, como la posesión del inmueble. Lo anterior, porque acorde a la exposición de motivos relativa a la reforma al mencionado numeral 589, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 8 de noviembre de 2007, el legislador sostuvo que la razón de dicha formalización atiende a que la firma de la escritura es un acto que no sólo atañe al cumplimiento de una obligación civil que un acreedor puede exigir, sino a una orden judicial, como parte conclusiva del procedimiento que se ejerce en vía de apremio y en la que el Juez hace efectiva su resolución soberana; de lo que se colige que esas disposiciones no generan duda de la intención del legislador y, por tanto, que la autoridad judicial esté obligada a su aplicación literal, es decir, conforme a la letra de la ley, como ordena el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Época: Décima Época, Registro: 2012872, Instancia: Plenos de Circuito, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 35, Octubre de 2016, Tomo II, Materia(s): Civil, Tesis: PC.I.C. J/38 C (10a.) Página: 966.

Pleno En Materia Civil del Primer Circuito. Contradicción de tesis 4/2016. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Octavo y Tercero, ambos en Materia Civil del Primer Circuito. 6 de septiembre de 2016. Mayoría de diez votos de los Magistrados María del Carmen Aurora Arroyo Moreno, Jaime Aurelio Serret Álvarez, Ethel Lizette del Carmen Rodríguez Arcovedo, Eliseo Puga Cervantes, Carlos Manuel Padilla Pérez Vertti, Elisa Macrina Álvarez Castro, María del Refugio González Tamayo, Marco Polo Rosas Baqueiro, Martha Gabriela Sánchez Alonso y Arturo Ramírez Sánchez. Disidentes: Víctor Francisco Mota Cienfuegos, Fernando Rangel Ramírez, Adalberto Eduardo Herrera González y Alejandro Sánchez López. Ponente: Martha Gabriela Sánchez Alonso. Secretaria: Reyna María Trejo Téllez.

Tesis y/o criterios contendientes:

Tesis I.3o.C.34 C (10a.), de rubro: "ADJUDICACIÓN POR REMATE JUDICIAL. LA PROTOCOLIZACIÓN O ESCRITURACIÓN E INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO PÚBLICO DE LA PROPIEDAD Y DE COMERCIO, NO CONSTITUYE UN REQUISITO NECESARIO PREVIO A PONER AL ADJUDICATARIO EN POSESIÓN DEL BIEN.", aprobada por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XIII, Tomo 4, octubre de 2012, página 2361 y

El sustentado por el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, al resolver el amparo en revisión 298/2015.

Esta tesis se publicó el viernes 21 de octubre de 2016 a las 10:31 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 24 de octubre de 2016, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

Interpretación que tristemente nos lleva a continuar con el positivismo formal que se había intentado poner en duda, para dar paso al análisis de reglas y principios como refiere Alexi o las reglas de optimización como analiza Dworkin, mismas que no fueron tema en la sentencia que se emitió al respecto.

V. CONCLUSIONES

1. El artículo 2323 del Código Civil Federal advierte dos momentos en la compraventa judicial: (i) todo lo que tenga que ver con la sustancia del contrato, es decir, consentimiento, objeto, forma, licitud en el motivo fin del acto, ausencia de vicios en el consentimiento etc., deberá regirse por el título de la compraventa y (ii) todo lo que tenga que ver con el procedimiento de la venta judicial o venta forzada se deberá tramitar en los términos que se fijen en el código de procedimientos civiles; es decir, todo lo que tenga que ver con el certificado de libertad de gravámenes, el avalúo, los edictos para convocar postores, el procedimiento y calificación de las posturas y finalmente el fincamiento del remate y su aprobación.

2. Los autores consultados no precisan de forma clara en qué momento se perfecciona el consentimiento en la venta judicial. Sólo se advierten los tipos de operaciones que se ponen en consideración de un juez pero no señalan cuando se genera la transmisión de propiedad en virtud de una venta judicial.

3. La corte ha contribuido en que los elementos de la venta judicial no queden muy bien determinados si desde los propios criterios que ésta emite, se olvidan de lo que se establece en el art. 2323 del Código Civil Federal y deciden eliminar a la venta judicial llamándola *ejecución forzada* emitiendo algunos criterios a través de los cuales se puede identificar algunos elementos.

4. El remate, en sentido amplio, abarca todo el procedimiento que tiende a la venta judicial de los bienes embargados hasta llegar a la adjudicación de los mismos y la consecuente aplicación del producto de la venta y; en sentido estricto, comprende la venta propiamente dicho a una persona determinada por haber sido considerada mejor su postura.

5. La subasta se refiere a la venta pública que se hace al mejor postor. Que sea pública conlleva la oportunidad para que concurran a la enajenación de un bien todas las personas que quieran adquirirlo, siempre que satisfagan los requisitos que en cada caso se establezca, bajo la base de que transmitirá el dominio al mejor postor, es decir, a quien ofrezca el precio más alto.

6. La venta pública de bienes a través del remate tiene lugar cuando: primero, se han embargado bienes ya sea como resultado de una sentencia condenatoria dentro de un juicio ordinario, o bien por ejercer la acción correspondiente en un juicio ejecutivo y; segundo, se ha dictado sentencia dentro del juicio especial hipotecario.

7. El fincamiento del remate a favor de la persona que hizo el mejor ofrecimiento produce dos efectos: (i) por una parte, pone fin a la audiencia de remate, o sea, impide que se formulen nuevas pujas tanto de los demás postores como del ejecutante y; (ii) por otra, consideramos que se transmite la propiedad porque se ha emitido el consentimiento en el precio por parte de alguno de los postores, por lo que deberá ser a partir de esta fecha en que se produzca la transmisión de la propiedad sujeta, consideramos, a una condición resolutoria, esto es, que no se emita una resolución que desapruebe el remate porque no se cumplieron algunos de los requisitos que se han señalado.

El pronunciamiento que haga el juez sobre la aprobación del remate: “auto de aprobación del remate”, debe producir el efecto únicamente de confirmar que se ha transmitido el dominio de los bienes rematados a favor de quien se fincó el remate y por lo tanto, cualquier derecho que se pretenda oponer en contra del bien objeto del remate, necesariamente tendrá que ser anterior a la fecha del fincamiento del remate.

EL CONTRATO DE MUTUO

Vicente Solís Arana¹



I. HOMENAJE

Cuando escribo estas ideas comienza el mes de marzo del año 2017. Lo hago con el objetivo de hacer patente mi agradecimiento a esos grandes maestros que en nuestra juventud universitaria nos formaron de manera desinteresada, con tenacidad, liderazgo y una gran cultura, y crearon en mi generación el espíritu soñador de intentar ser como ellos y, en algún momento, como todo buen alumno, llegar a superar al maestro, ¡vaya reto!.

El medio ahora es ideal. Quienes participamos en el Colegio de Profesores de Derecho Civil, nos hemos empeñado en agradecer a nuestros grandes maestros, quienes son, para nosotros, incansables formadores de muchas generaciones de abogados, las cuales, con el paso del tiempo, se han convertido en hombres de bien, dignos del relevo generacional, natural síntesis de la historia.

Siempre he pensado que ser agradecido es una buena costumbre, y que este mundo sería mucho mejor con la realización de más buenas costumbres todos los días.

Hoy se dice y se dice bien en mi querida Facultad “¡Honrar, honra!”, como lo repite frecuentemente y con fuerza nuestro director, el Doctor Raúl Juan Contreras Bustamante.

Ahora toca el turno al gran maestro, el doctor Othón Pérez Fernández del Castillo, sin duda que esta decisión es un gran acierto para el Colegio de

¹ Es Profesor de las materias de Obligaciones y de Contratos en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Pertenece al Colegio de Profesores de Derecho Civil, del que es Secretario. Es conductor del programa de radio, de temas jurídicos, especialmente civiles, “CONTRAFIRMA”, en Radio Ius, estación de radio de la Facultad de Derecho de la UNAM. Es Aspirante a Notario de la Ciudad de México.

Profesores de Derecho Civil, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

¡Enhorabuena!

II. EL DOCTOR OTHÓN PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO Y EL QUE SUSCRIBE ESTAS LÍNEAS

Tuve la fortuna de que al hacer mis estudios pude inscribirme en la materia de contratos con el doctor Othón Pérez Fernández del Castillo, sin duda una gran experiencia.

Lo que me impactó, siendo un joven universitario, y que hoy lo sigue haciendo, es su vasta cultura; no importa el tema que trate siempre es apantallante escucharlo, claro, además que lo hace con todos sus dotes de gran orador, sin duda todo un privilegio convivir con él.

Quizá no para todos, pero su clase me pareció un instante, un suspiro, un rayo de cultura, que me hubiera gustado que durara más y así poder aprender de él muchos más temas o con mayor profundidad. Seguramente la inmadurez de esos años juveniles cuando uno estudia en la Universidad hizo que así fuera.

La vida me tenía una sorpresa, no pasaron muchos años cuando el doctor Othón Pérez Fernández del Castillo fue nuevamente mi maestro, ahora en el postgrado, lo que me hace pensar que uno tiene siempre una segunda oportunidad. Esta vez fui con todo, lo busqué hasta agotarlo en todos los minutos que tuvo disponible para nosotros sus alumnos. Siempre fue amable y nos escuchaba con atención y respondía a cada pregunta que le hacíamos, dentro y fuera de la clase.

Venturosamente, no fue la única ocasión que un salón de clases nos unió, iniciaba en aquella época su Universidad y vinieron los estudios de postgrado con él, que, sin duda, resultó ser una gran época para nosotros, que en aquel entonces éramos unos inquietos jóvenes universitarios.

Es del conocimiento de mis amigos cercanos, que cuando me dieron la oportunidad de dar clase en mi querida Facultad, sin dudar decidí que la clase tenía que ser resultado de mis clases con el doctor Pérez Fernández del Castillo: contratos.

La mala fortuna visitó temporalmente la Facultad y mi querido y gran maestro no dio más clases de contratos. Recuerdo como si fuera ayer aquella pieza de oratoria, grandiosa ante miles de sus alumnos que lo escuchábamos en un abarrotado auditorio del Centro Médico Nacional, en donde expuso magistralmente sus razones para ello.

Sin duda que su regreso a su amada Facultad ha sido un gran acierto, que a todos sus seguidores nos congratula.

Nuestro querido México, siempre convulso, nos volvió a unir. Era la época posterior al error de diciembre, momentos de gran incertidumbre para toda la población. En un pletórico auditorio del Centro Médico Nacional se presentó el gran orador, el gran maestro, el doctor Othón Pérez Fernández del Castillo, quien después de otra gran pieza de oratoria cautivó a su público, entre otras frases que han quedado para la historia, aquella que dijo de manera clara y contundente: los contratos de crédito bancarios son nulos. La ovación fue total.

Sigo siendo afortunado. Más de veinte años participando en el Colegio de Profesores de Derecho Civil me han dado la oportunidad de seguir conviviendo con él en diferentes foros y en relación con muy variados temas.

Sin duda un momento grandioso para mí y para mi querida Facultad fue aquel día, cuando participamos en el Auditorio Presidente Benito Pablo Juárez García, y en la mesa de honor nos encontrábamos el doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, el doctor Othón Pérez Fernández del Castillo y el que escribe estas líneas, para agradecer, en vida, los cincuenta años y la jubilación (el retiro de las aulas) de ese gran maestro de maestros que ha sido el notario Miguel Ángel Zamora y Valencia. Qué gran día y, desde luego, nuevamente, qué gran pieza de oratoria del doctor Othón Pérez Fernández del Castillo.

Espero de todo corazón, tener, para bien de todos nosotros, por muchos años más en las aulas universitarias al gran maestro, maestro de maestros, doctor de doctores y notario de notarios, al doctor Othón Pérez Fernández del Castillo.

III. PALABRAS INICIALES DEL CONTRATO DE MUTUO

Podría parecer que el contrato de mutuo no tiene ya vigencia en nuestros días, que ya no se utiliza o que ha pasado de moda. Para el que escribe esto, nada de eso es cercano a la realidad cotidiana de la vida de las personas que habitamos la ciudad de México.

La estridencia de las noticias de colores, a veces roja, a veces amarilla o a veces de todos los colores, quizá no deja espacio para que se hable de lo realmente importante, del día a día de las personas, de las “de a pie”, de las que piensan en sus circunstancias inmediatas, de las personas del “mundo civil”, de ese mundo que en ocasiones pareciera no existir, pero que está más vivo que nunca y con, toda seguridad, lo seguirá estando, simplemente

porque es parte de la vida misma de las personas, elemento que no se puede separar y que va adherido como parte esencial de la vida misma.

IV. DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE MUTUO

El artículo 2384 del Código Civil vigente para la ciudad de México, lo define como el contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad.

De dicha definición es importante resaltar que el contrato de mutuo es un contrato traslativo de dominio, que permite que una persona que tiene una necesidad temporal de un bien fungible, incluido en este concepto el dinero (el bien más fungible que existe en nuestro sistema jurídico), pueda tener en su patrimonio, con una justa causa, dicho bien para satisfacer las necesidades que le presente el vivir cotidiano.

Desde luego que quien recibe ese bien fungible en mutuo adquiere la obligación de entregar, en un momento posterior, dicho bien recibido ahora al mutuante.

Lo anterior convierte al contrato de mutuo en un contrato de doble transmisión de la propiedad, la primera en tiempo la que hace el mutuante en favor del mutuario, y la segunda, una vez recibido el bien, del mutuario al mutuante.

Contrato con la bondad de permitir, con justa causa, colocar temporalmente los excedentes que una persona del “mundo civil” pudiera tener de bienes fungibles, y que en ocasiones pudiera ser con intereses.

V. PROPUESTA DE DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE MUTUO

El contrato de mutuo es un contrato por medio del cual una persona llamada mutuante se obliga a entregar, en un primer momento, un bien fungible, pudiendo ser dinero, en favor de otra persona llamada mutuario, quien después de recibir dicho bien se obliga, en un segundo momento, a entregar al mutuante otro bien fungible equivalente al recibido, existiendo una doble transmisión de la propiedad, que se verifica en dos momentos diferentes y como consecuencia de la celebración del contrato.

Como decía el Maestro Gutiérrez y González en sus libros, se reciben las críticas constructivas a lo antes dicho.

VI. NOMBRE DE LAS PARTES Y SUS OBLIGACIONES

La primera parte de ellas se llama mutuante y esta parte tendrá, cuando menos, las siguientes obligaciones:

I. Para que se inicien las obligaciones de las partes, en un primer momento, el mutuante tendrá que entregar el bien convenido.

II. De manera inmediata y junto con la anterior obligación, deberá el mutuante mencionar o determinar las características del bien que ha convenido entregar para la transmisión de su propiedad.

De lo anterior es preciso mencionar lo que los artículos 2014 y 2015 del Código Civil hacen referencia para los bienes determinados y los bienes determinables, por lo que se refiere a las reglas de su transmisión.

III. Escuchamos con mucha atención a nuestros grandes profesores en la Universidad que en los contratos traslativos de dominio, la parte que transmite, por regla general, está obligada a responder del saneamiento por la evicción y a responder por los vicios.

Es necesario precisar que por lo que se refiere a los bienes fungibles “dinero”, no existe esta obligación. Sin embargo, para los demás bienes fungibles sí existe esta obligación y a ello se hace referencia en el artículo 2390 del Código, haciendo especial mención de “si conoció los defectos”, independientemente de encontrarse esta disposición, en la regulación del contrato de mutuo simple o sin intereses, considerado gratuito.

Desde luego que esta obligación también corresponderá al mutuuario cuando, en ese segundo momento, tenga que entregar el bien equivalente, al mutuante. No olvidemos que este contrato es un contrato doblemente traslativo de la propiedad.

IV. Seguramente que también tendrán las partes que cumplir con la parte fiscal, por lo que se refiere al valor agregado y al impuesto sobre la renta.

Reglas particulares que no son parte de este trabajo.

La segunda parte de ellas se llama mutuuario y esta parte tendrá, cuando menos, las mismas obligaciones antes mencionadas, pero en un segundo tiempo.

El contrato de mutuo es una obra de teatro en dos actos, el primero de ellos en el que el que transmite como consecuencia del contrato es el mutuante y un segundo acto en el que el mutuuario es quien debe de transmitir como consecuencia del contrato.

VII. LA FORMALIDAD EN ESTE CONTRATO

El contrato de mutuo es consensual, lo que quiere decir que el Código Civil no requiere una formalidad en particular para este contrato.

Lo anterior pareciera que es la regla general para todos los contratos, de conformidad con la primera parte del artículo 1796, que, después de un pequeño análisis, no lo es.

El principio de los contratos de la consensualidad, sigue siendo doctrinalmente válido y con fundamento en el artículo mencionado anteriormente.

VIII. CARACTERÍSTICA ESPECIAL EN ESTE CONTRATO ES EL CONTRATO DE MUTUO CON INTERÉS

En la doctrina también se considera que es una modalidad del contrato de mutuo, el mutuo con interés. Este contrato se regula en los artículos 2393 al 2397.

IX. CARACTERÍSTICA ESPECIAL, TAMBIÉN EN ESTE CONTRATO, ES EL CONTRATO DE MUTUO SUBROGATORIO

Considerado por parte de la doctrina (el maestro Miguel Ángel Zamora y Valencia) como un contrato solemne, ya que la ley, el Código Civil exige requisitos que hacen que la formalidad se convierta en un elemento esencial o de existencia.

Los requisitos solemnes para que sea contrato de mutuo subrogatorio, son, como los establece el artículo 2059 del Código, los siguientes:

- I. Que sea en un título auténtico, fehaciente, es decir en escritura pública.
- II. Que en ese documento se exprese, que el fin del contrato de mutuo es cubrir una deuda del Mutuatario.

La falta de cualquiera de los dos requisitos antes mencionados, trae como consecuencia que no haya subrogación en el contrato de mutuo, pero esto no quiere decir que sea la nada jurídica. De lo anterior nos permite pensar que pudiera existir un simple contrato de mutuo o en su caso una donación indirecta, consecuencia de no cumplir con lo ordenado por la ley.

X. CÓMO TERMINA EL CONTRATO DE MUTUO

El contrato de mutuo debe terminar cuando las partes han cumplido cada una de ellas con sus obligaciones en los tiempos que a cada una de ellas le corresponde.

Sin embargo, ese mudo rosa no siempre termina siendo realidad. Cuando existe incumplimiento de las obligaciones que cada una de ellas debe de llevar a cabo, y tratándose de un contrato bilateral, tendremos la posibilidad de exigir la excepción del contrato no cumplido a que se hace referencia en el artículo 1949 del Código.

Estas ideas son, con toda seguridad, producto de la historia legal del contrato de mutuo, que comienza para nosotros con la Codificación francesa, el Código de los franceses de 1804 y continúa en México con los códigos del 70 y del 84, para en definitiva ser el Código vigente el que determina su actual regulación.

Para mayor aportación en la información histórica legal del contrato de mutuo, a continuación, en la parte que se relaciona, incluyo dichos ordenamientos.

XI. EN EL “CODE”, CÓDIGO DE LOS FRANCESES, CÓDIGO NAPOLEÓNICO

Este Código se dividía en un título preliminar, muy al estilo de nuestro Código, que a esa parte la nombra “Disposiciones Preliminares”; después se divide en tres libros: libro primero, “De las personas”; libro segundo, “De los bienes y las diferentes modificaciones de la propiedad”; y el libro tercero, “De las diferentes maneras de adquirir la propiedad”. Dentro del libro tercero, en el título diez, “Del préstamo”, del artículo 1874 al artículo 1914, en tres capítulos, el capítulo primero, “Del préstamo de uso o comodato”; el capítulo segundo, “Del préstamo de consumo o préstamo simple”; el capítulo tercero, “El préstamo con intereses”, el cual es, en su parte conducente, como sigue:

«...TITRE X.
Du prêt.

1874. Il y a deux sortes de prêt: celui des choses dont on peut user sans les détruire, et celui des choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait. La première espèce s'appelle prêt à usage, ou commodat; la deuxième s'appelle prêt de consommation ou simplement prêt.

CHAPITRE PREMIER.
Du prêt à usage, ou commodat.

Section I.re.
De la nature du Prêt à usage.

1875. Le prêt à usage ou commodat est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi.

1876. Ce prêt est essentiellement gratuit.

1877. Le prêteur demeure propriétaire de la chose prêtée.

1878. Décrété le 18 Ventôse an XII. Promulgue le 28 du même mois. Tout ce qui est dans le commerce, et qui ne se consomme pas par l'usage, peut être l'objet de cette convention.

1879. Les engagements qui se forment par le commodat, passent aux héritiers de celui qui prête, et aux héritiers de celui qui emprunte. Mais si l'on n'a prêté qu'en considération de l'emprunteur, et à lui personnellement, alors ses héritiers ne peuvent continuer de jouir de la chose prêtée.

Section II.

Des Engagements de l'Emprunteur.

1880. L'emprunteur est tenu de veiller, en bon père de famille, à la garde et à la conservation de la chose prêtée. Il ne peut s'en servir qu'à l'usage déterminé par sa nature ou par la convention le tout à peine de dommages-intérêts, s'il y a lieu.

1881. Si l'emprunteur emploie la chose à un autre usage, ou pour un temps plus long qu'il ne le devait, il sera tenu de la perte arrivée, même par cas fortuit.

1882. Si la chose prêtée périt par cas fortuit dont l'emprunteur aurait pu la garantir en employant la sienne propre, ou si, ne pouvant conserver que l'une des deux, il a préféré la sienne il est tenu de la perte de l'autre.

1883. Si la chose a été estimée en la prêtant, la perte qui arrive, même par cas fortuit, est pour l'emprunteur, s'il n'y a convention contraire.

1884. Si la chose se détériore par le seul effet de l'usage pour lequel elle a été empruntée, et sans aucune faute de la part de l'emprunteur, il n'est pas tenu de la détérioration.

1885. L'emprunteur ne peut pas retenir la chose par compensation de ce que le prêteur lui doit.

1886. Si, pour user de la chose, l'emprunteur a fait quelque dépense, il ne peut pas la répéter.

1887. Si plusieurs ont conjointement emprunté la même chose, ils en sont solidairement responsables envers le prêteur.

Section III.

Des engagements de celui qui prête à usage.

1888. Le prêteur ne peut retirer la chose prêtée qu'après le terme convenu ou, à défaut de convention qu'après qu'elle a servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée.

1889. Néanmoins, si, pendant ce délai ou avant que le besoin, de l'emprunteur ait cessé, il survient au prêteur un besoin pressant et imprévu de sa chose le juge peut, suivant les circonstances, obliger l'emprunteur à la lui rendre.

1890. Si, pendant la durée du prêt, l'emprunteur a été obligé, pour la conservation de la chose, à quelque dépense extraordinaire, nécessaire, et tellement urgente qu'il n'ait pas pu en prévenir le prêteur, celui-ci sera tenu de la lui rembourser.

1891. Lorsque la chose prêtée à des défauts tels, qu'elle puisse causer du préjudice à celui qui s'en sert le prêteur est responsable, s'il connaissait les défauts et n'en a pas averti l'emprunteur.

CHAPITRE II.

Du prêt de consommation, ou simple prêt.

Section Ier.

De la nature du Prêt de consommation

1892. Le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à d'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de mêmes espèce et qualité.

1893. Par l'effet de ce prêt, l'emprunteur devient le propriétaire de la chose prêtée et c'est pour lui qu'elle périclite, de quelque manière que cette perte arrive.

1894. On ne peut pas donner à titre de prêt de consommation, des choses qui, quoique de même espèce, diffèrent dans l'individu, comme les animaux alors c'est un prêt à usage.

1895. L'obligation qui résulte d'un prêt en argent, n'est toujours que de la somme numérique énoncée au contrat. S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du paiement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du paiement.

1896. La règle portée en l'article précédent n'a pas lieu, si le prêt a été fait en lingots.

1897. Si ce sont des lingots ou des denrées qui ont été prêtés, quelle que soit l'augmentation ou la diminution de leur prix, le débiteur doit toujours rendre la même quantité et qualité, et ne doit rendre que cela.

SECTION II.

Des Obligations du Prêteur.

1898. Dans le prêt de consommation, le prêteur est tenu de la responsabilité établie par l'article 1891 pour le prêt à usage.

1899. Le prêteur ne peut pas redemander les choses prêtées, avant le terme convenu.

1900. S'il n'a pas été fixé de terme pour la restitution, le jugé peut accorder à l'emprunteur un délai suivant les circonstances.

1901. S'il a été seulement convenu que l'emprunteur paierait quand il le pourrait, ou quand il en aurait les moyens, le juge lui fixera un terme de paiement suivant les circonstances.

Section III.

Des Engagements de l'Emprunteur.

1902. L'emprunteur est tenu de rendre les choses prêtées, en même quantité et qualité et au terme convenu.

1903. S'il est dans l'impossibilité d'y satisfaire, il est tenu d'en payer la valeur eu égard au temps et au lieu où la chose devait être rendue d'après la convention. Si ce temps et ce lieu n'ont pas été réglés, le paiement se fait au prix du temps et du lieu où l'emprunt a été fait.

1904. Si l'emprunteur ne rend pas les choses prêtées ou leur valeur au terme convenu, il en doit l'intérêt du jour de la demande en justice.

CHAPITRE III.

Du prêt à intérêt.

1905. Il est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt soit d'argent, soit de denrées, ou autres choses mobilières.

1906. L'emprunteur qui a payé des intérêts qui n'étaient pas stipulés, ne peut ni les répéter ni les imputer sur le capital.

1907. L'intérêt est légal ou conventionnel. L'intérêt légal est fixé par la loi. L'intérêt conventionnel peut excéder celui de la loi toutes les fois que la loi ne le prohibe pas. Le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit.

1908. La quittance du capital donnée sans réserve des intérêts en fait présumer le paiement, et en opère la libération.

1909. On peut stipuler un intérêt moyennant un capital que le prêteur s'interdit d'exiger. Dans, ce cas, le prêt prend le nom de constitution de rente.

1910. Cette rente peut être constituée de deux manières en perpétuel ou en viager.

1911. La rente constituée en perpétuel est essentiellement rachetable. Les parties peuvent seulement convenir que le rachat ne sera pas fait avant un délai qui ne pourra excéder dix ans, ou sans avoir averti le créancier au terme d'avance qu'elles auront déterminé.

1912. Le débiteur d'une rente constituée en perpétuel peut être contraint au rachat:

- i. S'il cesse de remplir ses obligations pendant deux années;
- ii. S'il manque à fournir au prêteur les sûretés promises par le contrat.

1913. Le capital de la rente constituée en perpétuel devient aussi exigible en cas de faillite ou de déconfiture du débiteur.

1914. Les règles concernant les rentes viagères sont établies au titre des Contrats aléatoires.... «

XII. EL "CÓDIGO CIVIL DEL 70"

Código Civil Para El Distrito Federal Y Territorio De La Baja California. (Aprobado el 8 de diciembre de 1870 y en vigor el 1 de marzo de 1871). El cual en su parte conducente, es del tenor literal siguiente:

“... LIBRO TERCERO.
De los contratos...

...TÍTULO DÉCIMOSEXTO.
Del préstamo.

CAPÍTULO I.
Disposiciones generales.

Art. 2785. Bajo el nombre de préstamo se comprende toda concesión gratuita por tiempo y para objeto determinados del uso de una cosa no fungible, con obligación de restituir ésta en especie; y toda concesión gratuita o a interés, de cosa fungible, con obligación de devolver otro tanto del mismo género y calidad. En el primer caso, el préstamo se llama comodato, y en el segundo mutuo.

Art. 2786. Pueden dar y recibir en préstamo los que pueden disponer libremente de sus cosas.

Art. 2787. Los derechos y obligaciones que resultan del préstamo, son transmisibles tanto a los herederos como a los representantes del que prestó y del que recibió el préstamo.

Art. 2788. Si el préstamo se declara nulo o se rescinde, se observará, por lo que toca a la cosa, lo dispuesto en el artículo 1794.

Art. 2789. Si el contrato de préstamo se rescinde o anula por ser incapaz uno de los contratantes, la excepción de nulidad no aprovecha al fiador que haya intervenido en el contrato, si no prueba que al otorgar la fianza ignoraba la incapacidad en que se fundó la rescisión.

CAPÍTULO II.
Del Comodato.

Art. 2790. El comodante conserva la propiedad de la cosa prestada.

Art. 2791. El comodatario adquiere el uso, pero no los frutos y acciones de la cosa prestada, de la que no es poseedor conforme a derecho.

Art. 2792. Si el comodatario paga alguna cantidad por el uso de la cosa prestada, el contrato deja de ser comodato.

Art. 2793. Si el préstamo se hace en contemplación á sólo la persona del comodatario, los herederos de éste no tienen derecho de continuar en el uso de la cosa prestada.

Art. 2794. El comodatario debe emplear en el uso de la cosa la misma diligencia que en el de las suyas propias; en caso contrario responde de los daños y perjuicios.

Art. 2795. El comodatario no puede destinar la cosa a uso distinto del convenido; de lo contrario, es responsable de los daños y perjuicios.

Art. 2796. El comodatario responde de la pérdida de la cosa, si la emplea en uso diverso o por más tiempo del convenido, aun cuando aquella sobrevenga por caso fortuito.

Art. 2797. Si la cosa perece por caso fortuito de que el comodatario haya podido garantirla, empleando la suya propia, o si no pudiendo conservar más que una de las dos, ha preferido la suya, responde de la pérdida de la otra.

Art. 2798. Si la cosa ha sido estimada al prestarla, su pérdida aun cuando sobrevenga por caso fortuito, es de cuenta del comodatario, quien deberá entregar el precio, sino hay convenio expreso en contrario.

Art. 2799. Si la cosa se deteriora por sólo efecto del uso para el que fue prestada, y sin culpa del comodatario, no es éste responsable del deterioro.

Art. 2800. El comodatario no tiene derecho para repetir el importe de los gastos ordinarios que se necesiten para el uso y la conservación de la cosa prestada.

Art. 2801. Tampoco tiene derecho el comodatario para retener la cosa a pretexto de lo que por expensas o por cualquiera otra causa le deba el dueño.

Art. 2802. Siendo dos o más los comodatarios, están sujetos solidariamente a las mismas obligaciones.

Art. 2,803. El comodatario tiene obligación de restituir la cosa prestada, terminado que sea el plazo convenido o satisfecho el objeto del préstamo.

Art. 2804. Si no se ha determinado el uso o el plazo del préstamo, el comodante podrá exigir la cosa cuando le pareciere.

Art. 2805. La prueba de haber convenidos uso o plazo, incumbe al comodatario.

Art. 2806. El comodante podrá exigir la devolución de la cosa antes de que terminen el uso o plazo convenidos, sobreviniéndole necesidad urgente de la cosa o probando que hay peligro de que ésta perezca si continúa en poder del comodatario.

Art. 2807. Si durante el préstamo el comodatario ha tenido que hacer para la conservación de la cosa algún gasto extraordinario, y de tal manera urgente, que no haya podido dar aviso de él al comodante, éste tendrá obligación de reembolsarlo.

Art. 2808. Cuando la cosa prestada tiene defectos tales que puede causar perjuicios al que se sirve de ella, el comodante es responsable de éstos, si conoció los defectos y no dio aviso oportuno al comodatario.

CAPÍTULO III. *Del mutuo simple.*

Art. 2809. El mutuuario hace suya la cosa prestada, y es de su cuenta el riesgo desde que se la entregan.

Art. 2810. El mutuuario tiene obligación de restituir en el plazo convenido otro tanto del mismo género y calidad de lo que recibió.

Art. 2811. Si no hubiere convenio acerca del plazo de la restitución, se observará lo dispuesto en los tres artículos siguientes.

Art. 2812. Si el mutuuario fuere labrador, y el préstamo consistiere en cereales u otros productos del campo, la restitución se hará en la siguiente cosecha de los mismos o semejantes frutos o productos.

Art. 2813. La misma se observará respecto de los mutuuarios, que no siendo labradores, perciban frutos semejantes de sus tierras.

Art. 2814. En todos los demás casos la obligación de restituir comienza desde el requerimiento judicial.

Art. 2815. El préstamo deberá restituirse en el lugar convenido.

Art. 2816. Cuando no se haya señalado lugar, si el préstamo consistiere en efectos, la restitución se hará en el lugar donde se recibieron; y si consistiere en dinero, en el domicilio del mutuante.

Art. 2817. Si no fuere posible al mutuuario restituir en género, satisfará pagando el valor que la cosa prestada tenía en el tiempo y lugar en que se hizo el préstamo, a juicio de peritos, si no hubiere estipulación en contrario.

Art. 2818. Cuando el préstamo se hace en dinero y en determinada especie de moneda, el mutuuario debe pagar en la misma especie recibida, sea cual fuere el valor que ésta tenga en el momento de hacerse el pago. Si no puede pagar en la misma especie, debe entregar la cantidad de moneda corriente que corresponda al valor de la especie recibida.

Art. 2819. El mutuante es responsable de los perjuicios que el mutuuario sufra, en los términos del artículo 2808.

Art. 2820. El mutuuario es responsable de los intereses desde que se ha constituido en mora.

Art. 2821. En el caso de haberse pactado que la restitución se hará cuando pueda o tenga medios el deudor, fijarán los tribunales, según las circunstancias, el tiempo en que debe hacerse; salvo lo dispuesto en el artículo 1632.

CAPÍTULO IV.

Del mutuo con interés.

Art. 2822. Es permitido estipular interés por el mutuo, ya consista en dinero, ya en géneros.

Art. 2823. El interés es legal o convencional.

Art. 2824. El interés legal está fijado por la ley, y su tasa será en todo caso el seis por ciento anual. El interés convencional es el que se fija á arbitrio de los contratantes, y puede ser menor o mayor que el interés legal.

Art. 2825. La tasa del interés convencional debe incluirse en el mismo contrato de mutuo, y puede probarse por los mismos medios que éste.

Art. 2826. Si el mutuuario debe intereses y abona algunas cantidades, se aplicarán éstas a los intereses vencidos, y lo que de ella sobre, se imputará al capital.

Art. 2827. No puede cobrarse interés de los intereses vencidos si no está expresamente estipulado en el contrato; observándose lo que en él se establezca sobre los plazos en que deba hacerse la capitalización.

Art. 2828. El recibo del capital dado sin reserva de intereses, establece a favor del deudor la presunción de haberlos pagado....”

XIII. EL “CÓDIGO CIVIL DEL 84”

Código Civil del Distrito Federal y territorio de la Baja California.
(Aprobado el 14 de diciembre de 1883 y en vigor el 1 de junio de 1884).

El cual es del tenor literal siguiente:

“...LIBRO TERCERO.

De los Contratos...

...TÍTULO DÉCIMOSEXTO.

Del préstamo.

CAPÍTULO I.

Disposiciones generales.

Art. 2661. Bajo el nombre de préstamo se comprende toda concesión gratuita por tiempo y para objeto determinados, del uso de una cosa no fungible, con obligación de restituir ésta en especie; y toda concesión gratuita o a interés, de cosa fungible, con obligación de devolver otro tanto del mismo género y calidad. En el primer caso el préstamo se llama comodato, y en el segundo, mutuo. (Art. 2,785. Código Civil de 1870).

Art. 2662. Pueden dar y recibir en préstamo los que pueden disponer libremente de sus cosas. (Art. 2,786. Código Civil de 1870).

Art. 2663. Los derechos y obligaciones que resultan del préstamo, son transmisibles tanto a los herederos como a los representantes del que prestó y del que recibió el préstamo. (Art. 2,787. Código Civil de 1870).

Art. 2664. Si el préstamo se declara nulo o se rescinde, se observará, por lo que toca a la cosa, lo dispuesto en el artículo 1680. (Art. 2,788 Código Civil de 1870).

Art. 2665. Si el contrato de préstamo se rescinde o anula por ser incapaz uno de los contratantes, la excepción de nulidad no aprovecha al fiador que haya

intervenido en el contrato, si no prueba que al otorgar la fianza ignoraba la incapacidad en que se fundó la rescisión. (Art. 2,789. Código Civil de 1870).

CAPÍTULO II.

Del comodato.

Art. 2666. El comodante conserva la propiedad de la cosa prestada. (Art. 2,790. Código Civil de 1870).

Art. 2667. El comodatario adquiere el uso pero no los frutos y acciones de la cosa prestada, de la que no es poseedor conforme a derecho. (Art.-2,791. Código Civil de 1870).

Art. 2668. Si el comodatario paga alguna cantidad por el uso de la cosa prestada, el contrato deja de ser comodato. (Art. 2,792. Código Civil de 1870).

Art. 2669. Si el préstamo se hace en contemplación a sólo la persona del comodatario, los herederos de éste no tienen derecho de continuar en el uso de la cosa prestada. (Art. 2,793. Código Civil de 1870).

Art. 2670. El comodatario debe emplear en el uso de la cosa la misma diligencia que en el de las suyas propias; en caso contrario, responde de los daños y perjuicios. (Art. 2,794. Código Civil de 1870).

Art. 2671. El comodatario no puede destinar la cosa a uso distinto del convenido; de lo contrario, es responsable de los daños y perjuicios. (Art.-2,795. Código Civil de 1870).

Art. 2672. El comodatario responde de la pérdida de la cosa si la emplea en uso diverso o por más tiempo del convenido, aun cuando aquella sobrevenga por caso fortuito. (Art. 2,796. Código Civil de 1870).

Art. 2673. Si la cosa perece por caso fortuito, de que el comodatario haya podido garantirla empleando la suya propia, o si no pudiendo conservar más que una de las dos, ha preferido la suya, responde de la pérdida de la otra. (Art. 2,797. Código Civil de 1870).

Art. 2674. Si la cosa ha sido estimada al prestarla, su pérdida, aun cuando sobrevenga por caso fortuito, es de cuenta del comodatario, quien deberá entregar el precio si no hay convenio expreso en contrario. (Art. 2,798. Código Civil de 1870).

Art. 2.675. Si la cosa se deteriora por sólo efecto del uso para el que fue prestada, y sin culpa del comodatario, no es éste responsable del deterioro. (Art. 2,799. Código Civil de 1870).

Art. 2676. El comodatario no tiene derecho para repetir el importe de los gastos ordinarios que se necesiten para el uso y la conservación de la cosa prestada. (Art. 2,800, Código Civil de 1870).

Art. 2677. Tampoco tiene derecho el comodatario para retener la cosa a pretexto de lo que por expensas o por cualquiera otra causa le deba el dueño. (Art. 2,801, Código Civil de 1870).

Art. 2678. Siendo dos o más los comodatarios, están sujetos solidariamente a las mismas obligaciones. (Art. 2,802, Código Civil de 1870).

Art. 2,679. El comodatario tiene obligación de restituir la cosa prestada, terminado que sea el plazo convenido o satisfecho el objeto del préstamo. (Art. 2,803, Código Civil de 1870).

Art. 2680. Si no se ha determinado el uso o el plazo del préstamo, el comodante podrá exigir la cosa cuando le pareciere. En este caso, la prueba de haber convenido uso o plazo, incumbe al comodatario. (Arts. 2,804. y 2,805. Código Civil de 1870).

Art. 2681. El comodante podrá exigir la devolución de la cosa antes de que termine el plazo o uso convenidos, sobreviniéndole necesidad urgente de la cosa, o probando que hay peligro de que ésta perezca si continúa en poder del comodatario. (Art. 2,806. Código Civil de 1870).

Art. 2682. Si durante el préstamo el comodatario ha tenido que hacer, para la conservación de la cosa, algún gasto extraordinario, y de tal manera urgente que no haya podido dar aviso de él al comodante, éste tendrá obligación de reembolsarlo. (Art. 2,807. Código Civil de 1870).

Art. 2683. Cuando la cosa prestada tiene defectos tales que puede causar perjuicios al que se sirve de ella, el comodante es responsable de éstos, si conoció los defectos y no dio aviso oportuno al comodatario. (Art. 2,808. Código Civil de 1870).

CAPÍTULO III.

Del mutuo simple.

Art. 2684. El mutuuario hace suya la cosa prestada, y es de su cuenta el riesgo desde que se la entregan. (Art. 2,809. Código Civil de 1870).

Art. 2685. El mutuuario tiene obligación de restituir en el plazo convenido, otro tanto del mismo género y calidad de lo que recibió. (Art. 2,810. Código Civil de 1870).

Art. 2686. Si no hubiere convenio acerca del plazo de la restitución, se observarán las reglas siguientes:

I. Si el mutuatario fuere labrador y el préstamo consistiere en cereales u otros productos del campo, la restitución se hará en la siguiente cosecha de los mismos o semejantes frutos o productos.

II. Lo mismo se observará respecto de los mutuatarios que, no siendo labradores, hayan de percibir frutos semejantes por otro título.

III. En todos los demás casos, la obligación de restituir se rige por lo dispuesto en el artículo 1517. (Arts. 2,811. al 2,814. Código Civil de 1870).

Art. 2687. El préstamo deberá restituirse en el lugar convenido. (Art. 2,815. Código Civil de 1870).

Art. 2688. Cuando no se haya señalado lugar, si el préstamo consistiere en efectos, la restitución se hará en el lugar donde se recibieron; y si consistiere en dinero, en el domicilio del mutuante. (Art. 2,816. Código Civil de 1870).

Art. 2689. Si no fuere posible al mutuatario restituir en género, satisfará pagando el valor que la cosa prestada tenía en el tiempo y lugar en que se hizo el préstamo, a juicio de peritos, si no hubiere estipulación en contrario. (Art. 2,817. Código Civil de 1870).

Art. 2690. Cuando el préstamo se hace en dinero y en determinada especie de moneda, el mutuatario debe pagar en la misma especie recibida, sea cual fuere el valor que ésta tenga en el momento de hacerse el pago. Si no puede pagar en la misma especie, debe entregar la cantidad de moneda corriente que corresponda al valor de la especie recibida. (Art. 2,818. Código Civil de 1870).

Art. 2691. El mutuante es responsable de los perjuicios que el mutuatario sufra, en los términos del artículo 2683. (Art. 2,819, Código Civil de 1870).

Art. 2692. El mutuatario es responsable de los intereses desde que se ha constituido en mora. (Art. 2,820. Código Civil de 1870).

Art. 2693. En el caso de haberse pactado que la restitución se hará cuando pueda o tenga medios el deudor, fijarán los tribunales, según las circunstancias, el tiempo en que debe hacerse; salvo lo dispuesto en el artículo 1518. (Art. 2,821. Código Civil de 1870).

CAPÍTULO IV.

Del mutuo con interés.

Art. 2694. Es permitido estipular interés por el mutuo, ya consista en dinero, ya en géneros. (Art. 2,822. Código Civil de 1870).

Art. 2695. El interés es legal o convencional. (Art. 2,823. Código Civil de 1870).

Art. 2696. El interés legal está fijado por la ley, y su tasa será en toda caso el seis por ciento anual. El interés convencional es el que se fija a arbitrio de los

contratantes, y puede ser menor o mayor que el interés legal. (Art. 2,824. Código Civil de 1870).

Art. 2697. La tasa del interés convencional debe incluirse en el mismo contrato de mutuo, y puede probarse por los mismos medios que éste, si no excediere del interés legal; en caso de que el interés pactado exceda del legal, sólo podrá probarse por medio de documentos o instrumentos. (Art. 2,825. Código Civil de 1870).

Art. 2698. Si el mutuuario debe intereses y abona algunas cantidades, se aplicarán éstas a los intereses vencidos, y lo que de ellas sobre se imputará al capital. (Art. 2,826. Código Civil de 1870).

Art. 2699. No puede cobrarse interés de los intereses vencidos si no está expresamente estipulado en el contrato; observándose lo que en él se establezca sobre los plazos en que deba hacerse la capitalización. (Art. 2,827. Código Civil de 1870).

Art. 2700. El recibo del capital dado sin reserva de intereses, establece a favor del deudor la presunción de haberlos pagado. (Art. 2,828. Código Civil de 1870)....”

XIV. CÓDIGO CIVIL VIGENTE PARA LA CIUDAD DE MÉXICO EN 2017

Por lo que se refiere, en su parte conducente, al contrato de mutuo, es del tenor literal siguiente:

“TÍTULO QUINTO.

Del mutuo

CAPÍTULO I.

Del mutuo simple.

Artículo 2384. El mutuo es un contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad.

Artículo 2385. Si en el contrato no se ha fijado plazo para la devolución de lo prestado, se observarán las reglas siguientes:

I. Si el mutuuario fuere labrador y el préstamo consistiere en cereales u otros productos del campo, la restitución se hará en la siguiente cosecha de los mismos o semejantes frutos o productos;

II. Lo mismo se observará respecto de los mutuarios que, no siendo labradores, hayan de percibir frutos semejantes por otro título;

III. En los demás casos, la obligación de restituir se rige por lo dispuesto en el artículo 2080.

Artículo 2386. La entrega de la cosa prestada y la restitución de lo prestado se harán en lugar convenido.

Artículo 2387. Cuando no se ha señalado lugar, se observarán las reglas siguientes: I. La cosa prestada se entregará en el lugar donde se encuentre;

II. La restitución se hará, si el préstamo consiste en efectos, en el lugar donde se recibieron. Si consiste en dinero, en el domicilio del deudor, observándose lo dispuesto en el artículo 2085.

Artículo 2388. Si no fuere posible al mutuario restituir en género, satisfará pagando el valor que la cosa prestada tenía en el tiempo y lugar en que se hizo el préstamo, a juicio de peritos, si no hubiere estipulación en contrario.

Artículo 2389. Consistiendo el préstamo en dinero, pagará el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida conforme a la ley monetaria vigente al tiempo de hacerse el pago, sin que la prescripción sea renunciable. Si se pacta que el pago debe hacerse en moneda extranjera, la alteración que ésta experimente en valor, será en daño o beneficio del mutuario.

Artículo 2390. El mutuante es responsable de los perjuicios que sufra el mutuario por la mala calidad o vicios ocultos de la cosa prestada, si conoció los defectos y no dio aviso oportuno al mutuario.

Artículo 2391. En el caso de haberse pactado que la restitución se hará cuando pueda o tenga medios el deudor, se observará lo dispuesto en el artículo 2080.

Artículo 2392. No se declararán nulas las deudas contraídas por el menor para proporcionarse los alimentos que necesite, cuando su representante legítimo se encuentre ausente.

Capítulo II

Del mutuo con interés

Artículo 2393. Es permitido estipular interés por el mutuo, ya consista en dinero, ya en géneros.

Artículo 2394. El interés es legal o convencional.

Artículo 2395. El interés legal es el nueve por ciento anual. El interés convencional es el que fijen los contratantes, y puede ser mayor o menor que el

interés legal; pero cuando el interés sea tan desproporcionado que haga fundadamente creer que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor, a petición de éste el juez, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso, podrá reducir equitativamente el interés hasta el tipo legal.

Artículo 2396. Si se ha convenido un interés más alto que el legal, el deudor, después de seis meses contados desde que se celebró el contrato, puede reembolsar el capital, cualquiera que sea el plazo fijado para ello, dando aviso al acreedor con dos meses de anticipación y pagando los intereses vencidos.

Artículo 2397. Las partes no pueden, bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses....

EL DERECHO DE RETENCIÓN

Miguel Ángel Zamora y Valencia



El derecho de retención no está reglamentado en términos generales en nuestro Código Civil. Nuestra legislación sólo contempla esta figura, en forma muy deficiente, en casos concretos. Si se reglamentara dentro del marco jurídico general, muchos interesados, como pueden ser los empresarios al celebrar el contrato de obra a precio alzado o los hoteleros al celebrar el contrato de hospedaje, podrían considerarse perjudicados, por los requisitos que sería necesario establecer, para hacer efectivo y justo ese derecho.

Si se evitaran los serios problemas que pueden originarse de su reglamentación y se compaginaran los intereses que sin duda tienen tanto el poseedor como el propietario del bien sobre el que pueda recaer el derecho y se respetara cumplidamente con el marco jurídico en vigor, la reglamentación general podría dar seguridad y certeza a los valores que se tratara de proteger.

El artículo 2,644 del código establece:

El constructor de cualquier obra mueble tiene derecho de retenerla mientras no se le pague (lo que le adeude el propietario) y su crédito será cubierto preferentemente con el precio de dicha obra”. Como el derecho no está reglamentado, en ese caso, el constructor, por su simple manifestación puede decir que no se le ha pagado el precio convenido por la obra y manifiesta que no la entrega, mientras no se le pague. Pero ese artículo no establece nada, respecto a una notificación que debería hacer el constructor al dueño de la obra, para informarle cual es la cantidad que considera él que se le debe, que no utilizará el bien en su beneficio, que lo conservará en el estado convenido y que notificará en un plazo perentorio al Juez competente, su pretensión de conservar el bien en garantía para el cobro de su crédito. Además, debería pretender constituir un derecho de prenda, para dar certeza a su derecho frente a terceros y además, para proteger posibles derechos de terceros sobre el bien. Tal como está redactado el precepto, el empresario puede abusar, no entregando el bien, haga lo que haga el dueño, porque siempre podrá aducir que no le ha pagado el crédito en su totalidad. Pero hay algo más grave, está tomando la justicia en

sus manos en clara violación al artículo 17 Constitucional que establece que “Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho”; y no olvidemos el papel que juega el Juez en los términos de los artículos 14 y 16 Constitucionales. Como no hay norma que le impida, el retenedor puede usar el bien en su beneficio, puede violentar derechos de tercero que tengan sobre ese bien, puede ocultarlo y si se daña o él lo daña, puede negarlo, etc.

Sin pretender tomar como modelo el concepto que da de este derecho el código civil argentino, sino por el contrario mostrar que no es fácil esa reglamentación general del derecho, el artículo 3929 de ese ordenamiento indica: El derecho de retención “Es la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena para conservar la posesión de ella hasta obtener el pago de lo debido por razón de la misma cosa.” Como puede apreciarse, ese concepto adolece de los mismos defectos del que se podrían dar si se reglamentara en el código mexicano, si no se hace encuadrar esa reglamentación dentro del marco jurídico general.

Cuando se pretenda establecer una reglamentación general de este derecho, habrá que tomar en cuenta los siguientes aspectos o presupuestos:

A. Deberá otorgarse sólo en casos concretos y determinados. Así, si se juzga prudente otorgar ese derecho al empresario, deberá señalarse expresamente que el empresario lo tiene, pero se ejercerá conforme a las reglas amplias establecidas en su reglamentación general.

B. No se debe violentar el derecho del dueño. A quien la ley otorgue el derecho, deberá notificar fehacientemente al dueño, que se va a hacer uso de ese derecho, señalar en la notificación con toda precisión el monto del crédito adeudado y el plazo que de conformidad con los antecedentes tiene el dueño para efectuar el pago de su adeudo; deberá comprometerse en hacer del conocimiento del Juez competente, que se pretende ejercer el derecho de retención y obligarse a depositar el bien en poder de un depositario confiable, a juicio del Juez, para salvar y respetar el espíritu de los artículos 14 y 16 constitucionales que establecen: “Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derecho, 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” y “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, derechos, papeles o posesiones sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento”.

Puede ser conveniente proponer previamente a su estudio un concepto provisional de ese supuesto derecho, para tratar de encuadrarlo dentro del marco jurídico vigente.

Es la facultad que otorga la ley en casos concretos y determinados al poseedor de un bien ajeno para conservar esa posesión, hasta que el propie-

tario le pague lo que le adeuda, relacionado con ese mismo bien o con el acto o hecho jurídico del que se derive la posesión y que faculta al titular, previa notificación fehaciente al propietario, a pretender través de la vía judicial, a considerarse como acreedor prendario.

Si se pretende hacer una reglamentación de ese derecho, deberían tomarse en cuenta, entre otros aspectos, los siguientes:

1. Se debe precisar en qué casos es conveniente establecer el derecho, no concederlo indiscriminadamente a toda persona que tenga en su poder un bien ajeno y aduzca que se le debe cierta suma por parte del propietario; y que pueda probar que recibió ese bien del propietario y que hizo gastos o sufrió daños que debe pagar el propietario.

2. No debe violentar el orden jurídico. Es conveniente que solicite al juez competente la declaración de validez de su derecho a retener el bien sobre el que pretende su derecho de retención; deberá justificar su legal posesión, los gastos hechos o los daños sufridos y que existe una relación de causa a efecto entre el hecho de su posesión y esos gastos y daños.

3. Deberá justificar con dictamen pericial el monto de esos gastos o daños y el importe de los mismos.

4. Deberá dar garantía suficiente de que si obtiene la declaratoria de validez de sus pretensiones, cuando se cubra el crédito, devolverá el bien en el estado que guardaba al momento que entró en su posesión.

5. Deberá aceptar el hecho de estar en posibilidad de entregar la posesión del bien a un depositario judicial, para evitar que por descuido o negligencia el bien pudiera dañarse en su posesión.

6. Al permitírsele la retención del bien o su depósito en poder de un depositario judicial, dar garantías de no perjudicar derechos de tercero. Pudiera darse el caso de que quien le dio la posesión del bien no fuera el propietario y éste no hubiera dado su consentimiento para que se hiciera sobre el bien obra o trabajos que originaran ese crédito que dice tener el poseedor.

7. El poseedor debe justificar y probar haber hecho impensas sobre el bien o tener derechos derivados del acto jurídico del que derive la posesión, o si el poseedor sufrió daños relacionados directamente como consecuencia del acto del que se origina la posesión del bien o por su guarda o manejo.

8. El poseedor debe justificar y probar haber recibido el bien del propietario o de un tercero con facultades para ello. Este derecho no procede si el detentador es el propietario o fue el quien elaboró el bien.

9. El poseedor no simplemente solicitará la retención judicial del bien, sino que deberá pretender constituir un derecho de prenda sobre ese bien, que le garantice el pago de su crédito, mediante un derecho oponible a terceros, como es el derecho de prenda.

Como puede apreciarse de lo expuesto, no es fácil, en primer lugar, obtener la declaración judicial de validez del derecho del poseedor de retener el bien, y en segundo lugar conseguir por vía judicial el derecho de prenda sobre el bien.

Sin embargo, es necesario conducirse dentro de la legalidad, no sólo en relación a este derecho de retención, sino en toda actividad social.

No se puede violentar el precepto constitucional que establece la prohibición de hacerse justicia por sí mismo ni ejercer violencia para reclamar su derecho y manifiestamente si un poseedor de un bien del que no es propietario y sólo manifiesta que le deben dinero por gastos hechos sobre el bien o ha sufrido perjuicios por causa del mismo bien y que retiene el bien hasta que le paguen esos gastos o perjuicio, manifiestamente se está haciendo justicia por propia mano y está ejerciendo violencia para reclamar su derecho.

I. ARTÍCULOS DEL CÓDIGO EN QUE SE MENCIONA ESE DERECHO DE RETENCIÓN

A. En general:

a. Art. 810 en materia de posesión. “El poseedor de buena fe que haya adquirido la posesión por título traslativo de dominio, tiene los derechos siguientes: I. El de hacer suyos los frutos percibidos, mientras su buena fe no es interrumpida. II. El de que se le abonen todos los gastos necesarios, lo mismo que los útiles, teniendo derecho de retener la cosa poseída hasta que no haga el pago...”

b. Art. 2579 en materia del contrato de mandato. “El mandatario podrá retener en prenda las cosas que son objeto del mandato hasta que el mandante haga la indemnización y reembolso de que tratan los dos artículos anteriores.”

c. Art. 2662 en materia del contrato de obra a precio alzado. “El constructor de cualquier obra mueble tiene derecho de retenerla mientras no se le pague, y su crédito será cubierto preferentemente con el precio de dicha obra.”

d. Art. 2669 en materia del contrato de hospedaje. “Los equipajes de los pasajeros responden preferentemente del importe del hospedaje, a ese efecto, los dueños de los establecimientos donde se hospedan podrán retenerlos en prenda hasta que obtengan el pago de lo adeudado.”

e. Art. 2662, en materia del contrato de porteadores. “El crédito por fletes que se adeudaren al porteador, será pagado preferentemente con el precio de los efectos transportados, si se encuentran en poder del acreedor.”

B. Cuando menciona la autorización judicial para la retención:

a. Arts. 2523, 2524, 2528, 2530, en materia del contrato de depósito.

“Si después de constituido el depósito tiene conocimiento el depositario de que la cosa es robada y de quien es el verdadero dueño, debe dar a viso a éste o a la autoridad competente, con la reserva debida.” (2523).

“Si dentro de los ocho días no se le manda judicialmente retener o entregar la cosa, puede devolverla al que la depositó, sin que por ello quede sujeto a responsabilidad alguna.” (2524).

“El depositario no está obligado a entregar a entregar la cosa cuando judicialmente se le haya mandado retener o embargar.” (2528).

“Cuando el depositario descubra o pruebe que es suya la cosa depositada y el depositante insistas en sostener sus derechos, debe ocurrir al juez pidiéndole orden para retenerla o para depositarla judicialmente.” (2530).

b. Art. 2533 y 2534, en materia del contrato de depósito.

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

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

C. Niegan el derecho de retención:

a. Art. 2509 en materia del contrato de comodato.

“Tampoco tiene derecho el comodatario para retener la cosa a pretexto de lo que por expensas o por cualquier otra causa e deba el dueño”.

b. Art. 2534, en materia del contrato de depósito.

Tampoco puede retener la cosa como prenda que garantice otro crédito que tenga contra el depositante”.

Es importante conocer y analizar los artículos que mencionan el derecho de retención, porque pueden dar ideas sensatas y apegadas al sistema jurídico, para reglamentar a futuro ese derecho de retención. Por ejemplo, en qué materias se menciona la posibilidad de conceder el derecho a determinados contratantes y en cuáles no; en qué supuestos se menciona la expresión retener la cosa como prenda y por qué no lo hace en otros casos o por qué no lo hace en todos los casos, etcétera. Posiblemente fuera sensato no conceder el derecho en algunos contratos, como ejemplo, en los contratos *ituitu personae* como a los depositarios, mandatarios y donantes o mutuatarios, etc.

Desde otro punto de vista, porque en algunos casos el legislador mencionó la expresión “retener la cosa como prenda” y no lo hace en todos los casos.

Posiblemente, en una reglamentación general del derecho de retención, valdría la pena concederla en ciertos y determinados contratos y en otros negarla siempre. Podría negarse en los contratos que se celebran en atención a las cualidades personales del apoderado, del profesional, del mandante; o concederse en otros casos, como al empresario en los contratos de obra a precio alzado.

Valdría la pena estudiar si en todos los casos se reglamentaría en general el derecho que tenga por objeto obtener judicialmente el derecho de retención para constituir de inmediato y a continuación un derecho de acreedor prendario, por orden judicial, para evitar abusos de la parte económicamente fuerte en los contratos y establecer con toda claridad los requisitos de procedencia, para evitar acciones ilegales (por no decir claramente inconstitucionales) y si es necesario, también reformar los artículos procedentes del código de procedimientos civiles, para que los jueces puedan calificar de válidas las retenciones que reúnan ciertos requisitos, para constituir legalmente una prenda que podría considerarse como judicial.

II. NO DEBE CONFUNDIRSE EL DERECHO DE RETENCIÓN, CON LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

La “*Exceptio non adimpleti contractus.*”

El derecho de retención:

1. Puede originarse de fuente contractual o extracontractual, como la posesión.
2. Pretende garantizar el pago de una obligación del dueño de la cosa poseída.
3. Puede originar un derecho de prenda. Para poderlo lograr, es necesario que el crédito que pretende el poseedor tenga fecha cierta y que se cumplan los requisitos respecto de la forma, en términos de la ley.
4. Se hace valer por vía de acción.
5. No es un derecho real en sí.
6. No permite que el poseedor se aproveche de la cosa.

La excepción de contrato no cumplido (“*exceptio non adimpleti contractus*”):

1. Sólo se origina en los contratos con prestaciones recíprocas (onerosos).
2. Pretende el cumplimiento simultáneo de las obligaciones de entrega.
3. Es un medio para que el cumplidor decida si opta por el cumplimiento forzoso o por la resolución del contrato.
4. Sólo se hace valer por vía de excepción.

Caso práctico:

Si en una compraventa el comprador no ha pagado el precio o no lo ha garantizado en términos de la ley su pago, el vendedor puede no entregar el bien vendido, pero no por un derecho de retención, sino por la *exceptio non adimpleti contractus*. Es un principio de equidad que en todos los contratos, cada parte debe cumplir o garantizar cumplir sus obligaciones, si pretende exigir que su contraparte cumpla con las suyas. No significa que una de las partes en el contrato desee una garantía del cumplimiento de las obligaciones de la otra parte, sino que las obligaciones establecidas en el contrato, si no existe cláusula expresa en contrario, se cumplan al mismo tiempo, ya que existe la presunción de que el contrato se celebró de buena fe entre los contratantes. Esta excepción sólo procede en los contratos onerosos, en los que las partes no han señalado un plazo para el cumplimiento de sus obligaciones y la ley no suple esa omisión.

El derecho de retención debe estar establecido en la ley para ciertos y determinados supuestos y deben cumplir con los requisitos que la propia ley establece. El Código Civil argentino en la nota al artículo 3939, señala “tres condiciones son necesarias para el derecho de retención: la. Posesión de la cosa de otro por un tercero; 2ª. Obligación por parte del propietario respecto del poseedor; 3a. Conexión entre la cosa retenida y el crédito del que la retiene”.

En el libro “Contratos Civiles” el autor Zamora y Valencia, señala:

No hay duda de que el derecho de retención se fundamenta en principios de equidad, para que ciertos acreedores que por circunstancias concretas, tienen la posesión de bienes de sus deudores puedan conservarlos como una presión para obtener un forma rápida y preferente el pago de sus créditos. Sin embargo, el legislador debe ser cauto al conceder y en su caso reglamentar este derecho, en primer lugar porque puede violentar un precepto constitucional y en segundo lugar, porque el poseedor podría abusar, reteniendo el bien, dilatando la liquidación de su crédito y además con mucha facilidad puede originar conflictos de intereses con terceros, ya sean adquirentes del dominio o titulares de derechos de garantía respecto de los bienes retenidos.

Es interesante recalcar que los artículos 2534, 2579 y 2669 señalan que el acreedor “podrá retener en prenda”; por ello se sugiere que si en alguna ocasión se pretende hacer un estudio para reglamentar ese derecho en la ley, sería conveniente que se hiciera como un antecedente para conseguir a favor del acreedor una garantía ya consagrada en nuestra legislación, como es el derecho real de prenda, con lo que se eliminaría la crítica de inconstitu-

cionalidad del derecho. Además, como se apunta líneas arriba, es conveniente darle vista al juez de lo civil, para que confirme el derecho del poseedor y proteja los intereses del propietario. Además algunos artículos ya citados establecen la intervención judicial para la procedencia del derecho, que debería establecerse como obligatoria para el ejercicio del derecho, lo que aseguraría la garantía constitucional de audiencia al propietario, consagrada en los primeros artículos de la Constitución.

Tanto el derecho de retención como la excepción de contrato no cumplido justifican el principio de equidad y pretenden el equilibrio en las relaciones entre las personas que tienen derechos respecto de un solo bien, que pretenden evitar la intervención de terceros acreedores de una u otra parte y pueden presentarse como medios de defensa para conseguir el cumplimiento de las obligaciones de ambas partes.

Sin embargo, estas figuras tienen orígenes diferentes y una forma de operar diferente.

Respecto del origen, el derecho de retención se origina ya sea por los gastos o expensas que una persona ha hecho para la conservación o para el mejoramiento de un bien, o como consecuencia de los daños que el objeto le ha originado al poseedor; independientemente que exista un contrato entre el dueño y el poseedor.

En cambio la excepción, solo tiene su origen en los contratos onerosos bilaterales, en los cuales los contratantes deben cumplir, en principio, al mismo tiempo sus respectivas obligaciones; ya que si a alguno de ellos se le ha dado un plazo determinado para el cumplimiento de su obligación, no puede ser obligado a cumplir, sin haber vencido ese plazo.

Por lo que ve a la forma de operar, el derecho de retención pretende, a través de la vía judicial, perfeccionar una garantía efectiva (derecho de prenda) para conseguir el cumplimiento de sus derechos; en cambio, la excepción, busca un plazo para que su titular pueda decidir si opta por el cumplimiento forzoso de la obligación o por la resolución del contrato por el incumplimiento de las obligaciones de la otra parte.

El derecho de retención sólo opera si el acreedor tiene la posesión del bien; en la excepción, la posesión es indiferente para su ejercicio. En la excepción el interesado pretende en primer lugar el cumplimiento simultáneo de las obligaciones de ambas partes contratantes; en cambio en el derecho de retención, se pretende la obtención de una garantía para evitar daños por el incumplimiento de las obligaciones del propietario del bien. Por último, cuando se ejercita el derecho de retención, nunca habrá una condena por daños y perjuicios por el incumplimiento de la obligación, en cambio sí existe esa posibilidad en el ejercicio de la excepción.

Ambas figuras confieren derechos subjetivos, pero el derecho de retención los da en forma de acción y el *non adimpleti contractus*, en forma de excepción.

Se insiste en que el derecho de retención no tiene una reglamentación general en la legislación de la Ciudad de México; tampoco exige que para evitar violación a los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución Política, se deba en primer término solicitar la declaración de validez de la obligación de pago del propietario del bien y el monto del crédito, y que deben cubrirse los requisitos legales para constituir un derecho de prenda, como una garantía efectiva para lograr el pago del crédito, para evitar daños por el incumplimiento de la obligación y para garantizar la legalidad de la retención del bien y daños a terceros.

Todo lo anterior impide formular un concepto legal preciso del derecho de retención. Con esas salvedades y tomando en cuenta la orientación que puede obtenerse de la redacción de los artículos que mencionan el derecho, como son las menciones de “mandar judicialmente retener” en los artículos 2524, 2528, 2530 y 2533; y la redacción que habla de “la retención en prenda” en los artículos 2534, 2579 y 2669, se aventura un concepto provisional del derecho, que necesariamente tendrá que variar cuando se dé una modificación a los artículos antes precisados que lo mencionan o se regule una reglamentación general sobre la materia:

Concepto: Derecho de retención es la facultad que otorga la ley en casos concretos y determinados al poseedor de un bien ajeno, para conservar esa posesión hasta que el propietario le pague lo que le adeude, relacionado con ese mismo bien o con el acto o hecho jurídico del que se derive la posesión y que faculta al titular, previa notificación fehaciente al propietario, a considerarse como acreedor prendario.

Tomando con consideración que el legislador pretende establecer un derecho al poseedor de un bien ajeno para garantizar el pago de su crédito y su preferencia en el pago frente a terceros, dentro del marco jurídico imperante, sin violentar ese orden y sin perjudicar derechos de tercero, no es aventurado sugerir una reforma legal para hacer obligatoria la declaratoria de validez de la obligación y su monto y pretender que la retención sea un antecedente para constituir el derecho de prenda (y excepcionalmente de hipoteca), como una garantía efectiva y legal al poseedor.

Como se encuentra actualmente mencionado el derecho de prenda, no constituye un derecho real, es una garantía incompleta y por ello no puede hacerse valer frente a terceros; no puede solicitar judicialmente su enajenación, sino que requerirá primero embargar el bien y además no puede usarlo ni apropiarse sus frutos. Si el bien produce frutos, el derecho no se

extiende a ellos. Los derechos reales son sólo los que reglamenta la ley y el derecho de retención no está entre ellos.

Para transformar el derecho de prenda en un derecho real, es indispensable que se dé certeza a la fecha de su constitución y se precise el monto de la obligación garantizada. Para la certeza de la fecha, es necesario que en su constitución intervenga un juez o un notario.

Si no, no se exige la certeza de la fecha, pueden verse lesionados derechos de tercero, argumentando que el poseedor tiene el derecho de retención y por ello no entrega el bien al tercero propietario o al tercero que aduce un derecho real en general. En la actualidad, la forma más simple de darle certeza a la fecha de inicio de la retención del bien, es la notificación al propietario ya sea judicial o notarial, de que hará valer su derecho de retención y notificarle asimismo el monto de su crédito; además en esa forma se le da oportunidad del propietario de que cuestione el derecho del poseedor y el monto de su obligación.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	IX
Ángel Gilberto Adame López	
LA IMPLEMENTACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONVENCIONALIDAD EN MÉXICO ...	1
Ángel Gilberto Adame	
I. Consideraciones del principio <i>pro persona</i>	3
II. Matices políticos y económicos dentro del problema de la convencionalidad en los derechos fundamentales.....	5
III. Propuesta para una armonización entre la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos fundamentales	8
LA FE PÚBLICA DEL MEDIADOR PRIVADO. EL CASO DE LA CIUDAD DE MÉXICO.	11
Víctor Rafael Aguilar Molina	
I. Introducción	11
II. El procedimiento de mediación	16
III. Mediador privado	20
IV. Elementos materiales	22
IV.I. El sello	22
IV.II. Libro de registro.....	24
IV.III. El archivo.....	25
IV.IV. Conservación	25
IV.V. Garantía.....	26
IV.VI. Convenio de asociación	27
IV.VII. Fe pública	27
V. Clasificación de la fe pública.....	30
V.I. Fe pública judicial	31
V.II. Fe pública extrajudicial.....	32
V.II.I. Ministerio Público.....	32
V.II.II. Cónsules	33
V.II.III. Fe pública registral	33
VI. Fe pública	33
VI.I. Del mediador privado.....	33

Apuntes en torno a la responsabilidad civil	37
Miguel Ángel Beltrán Lara	
I. Introducción	37
II. Responsabilidad civil	37
II.I. Primer elemento del hecho ilícito: la antijuridicidad	39
II.II. Segundo elemento del hecho ilícito: la culpa	40
II.II.I. Clasificación de la culpa en el derecho romano.....	41
II.II.II. Elementos de la conducta culposa	42
II.II.III. Aplicación de la culpa en derecho mexicano.....	42
II.II.IV. Definición de culpa.....	43
II.II.V. Presunción de culpabilidad	44
II.III. Tercer elemento del hecho ilícito: el daño.....	44
III. Clases de responsabilidad civil	44
III.I. Responsabilidad civil extracontractual.....	44
III.II. Responsabilidad civil contractual	45
III.III. Obligaciones de resultado o determinadas	46
III.IV. Obligaciones de medios, de prudencia o de diligencia	46
III.V. Responsabilidad objetiva o riesgo creado	47
III.VI. Código Civil italiano	47
III.VII. Código Civil del Distrito Federal.....	47
III.VIII. Campo de aplicación de la responsabilidad objetiva o riesgo creado.....	48
III.IX. Exclusión de responsabilidad.....	48
IV. La indemnización	48
IV.I. Tipos de indemnización	49
IV.I.I. Indemnización compensatoria o retributiva.....	49
IV.I.II. Indemnización moratoria.....	49
IV.I.III. Obligación de hacer sin plazo pactado	50
IV.I.IV. Obligación de hacer con plazo pactado.....	50
IV.I.V. Obligación de dar sin plazo pactado	50
IV.I.VI. Obligación de dar con plazo pactado.....	51
IV.I.VII. Imposibilidad de que haya mora en obligaciones de no hacer.....	51
IV.II. Reglas para fijar la indemnización	51
V. Convenios sobre la responsabilidad civil	54
V.I. Convenios para prefijar la responsabilidad civil.....	54
V.II. Beneficios de la cláusula penal.....	54
V.II.I. Características de la cláusula penal.....	54
V.II.II. Consecuencias del carácter accesorio de la cláusula penal..	55
V.II.III. No acumulación de la pena con el cumplimiento efectivo de la obligación	55
V.II.IV. Convenios para eliminar la responsabilidad civil	55

V.II.V. Convenio para eliminar la responsabilidad civil proveniente de la violación de un deber jurídico.	55
V.II.VI. Convenio para eliminar la responsabilidad civil proveniente de la violación de una obligación.	56
V.II.VII. Excluyentes de responsabilidad civil.	56
V.II.VIII. Cuando el hecho dañoso proviene de un acontecimiento ajeno a la voluntad de las partes e irresistible (caso fortuito o fuerza mayor)	57
V.II.IX. Por prescripción.	58
Concordancia sexo-genérica	61
Hilda Pérez Carbajal y Campuzano	
Introducción	61
I. Conceptos.	62
I.I. Género y sexo	62
I.II. Orientación sexual	63
II. Breves antecedentes de la homosexualidad	63
II.I. Pueblos Mesopotámicos	63
II.II. Antiguo Egipto	63
II.III. Grecia	64
II.IV. Roma	64
II.V. Edad Media	64
II.VI. Edad Moderna	65
III. Clases de sexualidad distintas de la heterosexualidad.	65
III.I. Homosexualidad.	65
III.I.I. La genética en el homosexualismo	66
III.I.II. La identidad homosexual	67
III.II. Lesbianismo.	67
III.III. Travestismo.	67
III.IV. Intersexualidad	69
III.V. Asexualidad.	70
III.VI. Transexualidad	71
IV. Marco jurídico.	72
IV.I. Fundamentos de derecho	72
V. Conclusiones	78
Enumeración de las principales obligaciones del notario en materia fiscal federal	81
Heriberto Castillo Villanueva	
I. Obligaciones del notario previstas en la Ley del Impuesto Sobre la Renta.	81
II. Obligaciones del notario previstas en la Ley del Impuesto al Valor Agregado.	89

III. Obligaciones del notario previstas en el Código Fiscal de la Federación	90
IV. Obligaciones derivadas de la resolución miscelánea fiscal 2017.....	95
El derecho de familia en el Código Civil de la Ciudad de México	99
Joel Chirino Castillo	
I. Introducción	99
II. La familia y sus efectos jurídicos	105
III. Consideraciones finales	108
Evolución de la noción. Responsabilidad civil	109
Raquel Sandra Contreras López	
Introducción	109
I. Origen de la clasificación de la responsabilidad civil, en contractual y extracontractual y su regulación en los códigos civiles de 2000	110
II. Diversas especies de responsabilidad civil	116
III. Reforma al artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de junio de 2002.....	159
IV. Conclusiones	166
La responsabilidad civil subjetiva	173
Antonio Fernández Fernández	
I. Planteamiento	173
II. Clasificación de la responsabilidad civil	174
III. Responsabilidad civil subjetiva, aquiliana y objetiva. Diferencias	180
IV. Conclusiones	182
Derechos humanos y función policial	185
Sergio García Ramírez	
Reflexiones del notariado en el tiempo	195
Adrián Iturbide Galindo	
Consideraciones sobre matrimonio “igualitario” en Estados Unidos y en México.....	209
Alejandro Márquez Murillo	
I. Introducción y objetivo	209
II. Sentencia Obergefell v. Hodges. (Estados Unidos)	210
III. Jurisprudencias mexicanas	213
IV. Comentarios y consideraciones	224
La sociedad anónima y sus órganos sociales.....	229
Alberto Fabián Mondragón Pedrero	
Generalidades.....	229

I. Concepto de Sociedad Anónima	229
II. Requisitos de constitución.	230
II.I. Requisitos generales de constitución de una Sociedad Mercantil.	230
II.II. Requisitos particulares para la Sociedad Anónima	231
II.III. Reflexiones a la fracción VII del artículo 91 de la LGSM.	232
II.III.I. Restricciones a la circulación de las acciones	232
II.III.II. Causales de exclusión de socios	232
II.III.III. Restricción para ejercer derechos de separación o de retiro	232
II.III.IV. Amortización de acciones y bases para su determinación	233
II.III.V. Derecho de veto o requerimiento de voto favorable de uno o más accionistas	233
II.III.VI. Voto de calidad	233
II.III.VII. Suscripción preferente	233
II.III.VIII. Responsabilidad de consejeros y funcionarios	233
III. Formas de constitución	234
III.I. Constitución simultánea	234
III.II. Constitución por suscripción pública	234
IV. Personalidad de las sociedades mercantiles	235
IV.I. Concepto	235
IV.II. Surgimiento de la personalidad de la Sociedad.	235
IV.III. Consecuencias de la personalidad	236
IV.III.I. Patrimonio social	236
IV.III.III. Capital social	237
IV.III.IV. Nombre social	237
IV.III.V. Domicilio social.	238
V. Órganos de la sociedad mercantil	238
V.I. Generalidades	238
V.I.II. Asamblea de Accionistas	238
V.I.II.I. Asamblea general constitutiva	238
V.I.II.II. Asamblea general ordinaria	238
V.I.II.III. Asambleas generales extraordinarias	239
V.I.II.IV. Asambleas generales especiales	240
VI. Órgano de administración.	240
VI.I. Generalidades	240
VI.II. Facultades del órgano de administración	242
VI.III. Responsabilidad de los Administradores.	242
VI.IV. Terminación del cargo de órgano de administración	243
VII. Órgano de vigilancia (comisario).	243
VII.I. Generalidades	243
VII.II. Facultades y obligaciones de los Comisarios.	244

La familia como base de la sociedad. Visto desde el matrimonio y las uniones de hecho en relación con la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal	247
Eduardo Montoya López	
I. Introducción	247
II. Las uniones de hecho como medio para formar una familia	249
III. Conclusiones	262
La compra con dinero ajeno. Régimen civil, cuestiones fiscales y lavado de dinero	265
Matías Eduardo Pérez García	
I. Introducción	265
II. Las figuras del derecho civil en juego	267
III. La donación del precio.....	269
III.I El tercero paga el precio en pago de una deuda suya con el comprador.....	270
III.II. El tercero paga el precio porque es depositario del dinero del comprador.....	271
III.III. El tercero paga el precio porque tiene pactado un préstamo de esa cantidad con el comprador (mutuatario).....	271
III.IV. El tercero paga el precio al pactar con el vendedor una estipulación en favor de tercero (el comprador).....	271
IV. El régimen fiscal de la compra con dinero ajeno	272
IV.I. Régimen fiscal de la ciudad de México	272
V. Régimen fiscal federal.....	272
V.I. Ley federal para la prevención e identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita.....	276
La ética en los contratos	280
Bernardo Pérez Fernández del Castillo	
¿Cómo se logra la ética notarial en los contratos?.....	280
¿Cómo interviene el notario en la redacción de una escritura?	280
¿Cuáles son las cláusulas inútiles, las abusivas y las nulas?	281
¿Cuáles son las cláusulas abusivas?	281
La desaparición de la venta judicial en el Código Civil Federal	287
Óscar Solís Arana	
I. Introducción	287
II. Definición del contrato de compraventa y de la compraventa judicial..	288
III. Denominación de la compraventa judicial.....	308
IV. Elementos del procedimiento que fueron olvidados por los autores y por el tribunal que emitió el criterio mencionado.....	310

IV.I. Precisión terminológica	310
IV.I.I. Remate	310
IV.I.II. Subasta y almoneda	312
IV.I.III. Venta pública de bienes	312
V. Conclusiones	318
El contrato de mutuo	321
Vicente Solís Arana	
I. Homenaje	321
II. El doctor Othón Pérez Fernández del Castillo y el que suscribe estas líneas	320
III. Palabras iniciales del Contrato de mutuo	323
IV. Definición del Contrato de mutuo	324
V. Propuesta de definición del Contrato de mutuo	324
VI. Nombre de las partes y sus obligaciones	325
VII. La formalidad en este contrato	326
VIII. Característica especial en este contrato es el contrato de mutuo con interés	326
IX. Característica especial, también en este contrato, es el contrato de mutuo subrogatorio	326
X. Cómo termina el contrato de mutuo	326
XI. En el "Code", Código de los franceses, Código napoleónico	327
XII. El "Código Civil del 70"	331
XIII. El "Código Civil del 84"	335
XIV. Código Civil vigente para la Ciudad de México en 2017	339
El derecho de retención	343
Miguel Ángel Zamora y Valencia	
I. Artículos del Código en que se menciona ese derecho de retención. ...	346
II. No debe confundirse el derecho de retención, con la excepción de contrato no cumplido.	348

Esta obra se terminó de componer, imprimir y encuadernar
el 20 de abril de 2017 en los talleres de
Castellanos Impresión, SA de CV,
Ganaderos 149, col. Granjas Esmeralda,
09810, Iztapalapa, Ciudad de México

La edición consta 250 de ejemplares
más sobrantes para reposición

La implementación del principio de convencionalidad en México

Ángel Gilberto Adame

La fe pública del mediador privado. El caso de la Ciudad de México

Víctor Rafael Aguilar Molina

Apuntes en torno a la responsabilidad civil

Miguel Ángel Beltrán Lara

Concordancia sexo-genérica

Hilda Carbajal Pérez y Campuzano

Enumeración de las principales obligaciones del notario en materia fiscal federal

Heriberto Castillo Villanueva

El derecho de familia en el Código Civil de la Ciudad de México

Joel Chirino Castillo

Evolución de la noción. Responsabilidad civil

Raquel Sandra Contreras López

La responsabilidad civil subjetiva

Antonio Fernández Fernández

Derechos humanos y función policial

Sergio García Ramírez

Reflexiones del notariado en el tiempo

Agustín Iturbide

Consideraciones sobre matrimonio "igualitario" en Estados Unidos y en México

Alejandro Márquez Murillo

La sociedad anónima y sus órganos sociales

Alberto Fabián Mondragón Pedrero

La familia como base de la sociedad. Vista desde el matrimonio y las uniones de hecho en relación con la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal

Eduardo Montoya López

La compra con dinero ajeno. Régimen civil, cuestiones fiscales y lavado de dinero

Matías Eduardo Pérez García

La ética en los contratos

Bernardo Pérez Fernández del Castillo

La desaparición de la venta judicial en el Código Civil Federal

Oscar Solís Arana

El contrato de mutuo

Vicente Solís Arana

Derecho de retención

Miguel Ángel Zamora y Valencia